

# REVISTA de Estudos e Debates

---

Volume 3 - nº 1 - jul. - dez. 2017

---

**Parte Especial: A Biblioteca  
Marcello Caetano**



**CEDES**

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

**Expediente:**

**Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Estudos e Debates - CEDES

***Revista de Estudos e Debates***

Av. Erasmo Braga, sala 413, bloco F, Lâmina I.

20.026-090 – Rio de Janeiro - RJ

cedes@tjrj.jus.br

**Diagramação:**

Serviço de Identidade Visual

(DGCOM \ DECCO \ CCMJ \ SEIVI)



# **REVISTA** de Estudos e Debates

---

**Volume 3 - nº1 - jul.-dez. 2017**

---



**Diretor-Geral**

Desembargador CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA

**Diretor da Área Cível**

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

**Diretor da Área Criminal**

Desembargador LUCIANO SILVA BARRETO

**Diretor da Área Cível Especializada**

Desembargadora ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA

**Juizes integrantes do CEDES**

Juíza ADMARA FALANTE SCHNEIDER

Juíza ADRIANA RAMOS DE MELLO

Juíza ANA LÚCIA VIEIRA DO CARMO

Juiz ANDRÉ LUIZ NICOLITT

Juiz AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

Juiz BRUNO ARTHUR MAZZA VACCARI MACHADO

Juiz CLÁUDIO AUGUSTO ANNUZA FERREIRA

Juiz DANIEL WERNECK COTTA

Juíza DANIELA BARBOSA ASSUMPÇÃO DE SOUZA

Juíza ELIZABETH MACHADO LOURO

Juíza EUNICE BITENCOURT HADDAD

Juíza LEDIR DIAS DE ARAÚJO

Juíza LEISE RODRIGUES DE LIMA ESPÍRITO SANTO

Juiz LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juíza LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES

Juiz LUIZ ALBERTO DE CARVALHO ALVES

Juiz LUIZ UMPIERRE DE MELLO SERRA

Juiz MARCELLO DE SÁ BAPTISTA

Juiz PAULO ASSED ESTEFAN

Juiz PAULO MELLO FEIJÓ

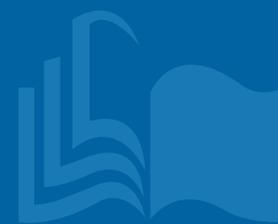
Juíza RAPHAELA DE ALMEIDA SILVA

Juíza REGINA HELENA FÁBREGAS FERREIRA

Juíza RENATA GOMES CASANOVA DE OLIVEIRA E CASTRO

Juíza YEDDA CHRISTINA CHING-SAN FILIZZOLA ASSUNÇÃO





O CEDES faz perceber, desde o primeiro contato, sua estrutura democrática através de apresentações, debates, discussões e tantos outros meios de consolidação da jurisprudência. Ideias novas, ou mesmo aquelas que vêm sendo consolidadas ao longo do tempo, encontram campo fértil nas reuniões cíclicas dos juristas que ali têm lugar.

Tanta produção criativa não poderia se confinar entre as paredes do Centro, de sorte que salta aos olhos a importância das revistas periodicamente divulgadas. Aqui em sua quinta edição, a publicação confirma sua tradição de trazer excelentes textos em diversos vieses do direito.

Em sua parte especial, a marca é de criatividade. O dinâmico mundo empresarial impõe aos operadores da área um exercício contínuo de capacidade criadora para solução dos mais diferentes desafios. Os artigos sobre a cessão da Biblioteca Marcello Caetano trazem, muito além das palavras ali insertas, demonstração cabal de como o direito, vetusto aos olhos de alguns, pode contribuir de forma inédita, e até surpreendente, para a formação cultural da sociedade.

O Juiz Fernando Viana, da 7ª Vara Empresarial da Capital, expõe os caminhos percorridos para a composição jurídico-social daquilo que, de início, se apresentava como um problema inexpugnável. A história é fascinante!

O Presidente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Dr. Arno Wehling, traz, a seu turno, subsídios acerca daquele momento de encruzilhada e da inegável necessidade de preservação de tão importante conjunto de obras raras. Na mesma senda, o recebedor das obras, Presidente do Real Gabinete Português de Leitura Francisco Gomes da Costa realça a relevância da biblioteca ilustrando os principais passos do seu formador.

Mas não é só. Contextualizando a cessão, o Dr. Jaime Leitão, Cônsul Geral de Portugal no Rio de Janeiro, dá a nota do significado da medida para o povo português. Aliás, a repercussão naquela terra também é mostrada pelos parágrafos jornalísticos publicados no Jornal Expresso e no Diário de Notícias, que, junto com o esboço bibliográfico daquele que deu nome à Biblioteca, a cargo do Prof. Ricardo de Brito, completam o temário da Parte Especial.

A Parte Geral inicia-se com o texto do Diretor Geral do CEDES, Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, acerca do Direito à Moradia. Com significativa preocupação social e sem se descuidar de apontar caminho a ser seguido, o escrito revela o quanto se deve acentuar o cuidado com a preservação da dignidade das pessoas. A compreensão do tema e as diretrizes para o uso das normas específicas saltam do artigo numa cadência instigante.

O Desembargador Antônio Carlos Esteves Torres lança-se sobre a mediação, instrumento capaz de resolver não só a pendência da vez, mas proporcionar, também, a possibilidade de uma solução mais abrangente e reconciliadora, prevenindo-se danos futuros provenientes da rusga latente. Estudioso do assunto, o autor inclui o imperativo da formação do mediador. O conhecimento específico como ponto nodal para o bom desempenho da função.

Na diversidade de matéria, surge, então, o artigo do Dr. Márcio dos Santos Barros. De sua experiência no Tribunal de Contas do Estado, retira as lições para nos informar acerca do complexo mundo do direito administrativo. A conjugação de interesses e o cuidado com a coisa pública.

Por fim, coroando essa quinta edição, Dr. David Tolomeotti nos traz letras sobre o desenvolvimento sustentável ao fazer reflexões sobre a tutela do meio ambiente e os interesses daqueles que pretendem explorá-lo, sem deixar de comentar sobre a necessidade de melhor estruturação e integração dos órgãos de proteção escalonados nos diversos níveis de governo.

Como se pode notar, a vida no CEDES não está presa à academia, mas se dirige à conformação social através daqueles que, por vocação, e independentemente da função, são apaixonados pela humanidade. Essa revista traduz esse espírito social e confiante. A leitura é indispensável.

### **Paulo Assed Estefan**

Juiz Titular da 4<sup>a</sup> Vara Empresarial.

---





# SUMÁRIO



## **PARTE ESPECIAL - A CESSÃO DA BIBLIOTECA MARCELLO CAETANO**

MENSAGEM DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PORTUGUESA.....	15
<b>Marcelo Rebelo de Sousa</b>	
A BIBLIOTECA MARCELLO CAETANO.....	19
<b>Fernando Viana</b>	
A SALVAGUARDA DE UMA BIBLIOTECA HISTÓRICO-JURÍDICA.....	27
<b>Arno Wehling</b>	
VALOR DA HERANÇA.....	31
<b>Jaime Leitão</b>	
MARCELLO CAETANO.....	35
<b>Francisco Gomes da Costa</b>	
MARCELLO CAETANO: UMA TRAJETÓRIA.....	39
<b>Ricardo de Brito</b>	
JORNAL EXPRESSO - Lisboa, 10 de junho de 2017.....	49
DIÁRIO DE NOTÍCIAS - Lisboa, 11 de junho de 2017.....	53

## **PARTE GERAL**

DIREITO À MORADIA: O QUE FALTA AO JUDICIÁRIO INCORPORAR!.....	59
<b>Caetano Ernesto da Fonseca Costa</b>	
MEDIAÇÃO E CONHECIMENTO ESPECÍFICO.....	67
<b>Antonio Carlos Esteves Torres</b>	
A APLICABILIDADE AMPLIADA DA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	75
<b>Márcio dos Santos Barros</b>	
NOTAS CRÍTICAS SOBRE O FEDERALISMO COOPERATIVO E O REGIME JURÍDICO AMBIENTAL BRASILEIRO.....	87
<b>David Tolomeotti</b>	



# ARTIGOS

**Parte Especial: A Biblioteca  
Marcello Caetano**





# O PRESIDENTE DA REPÚBLICA PORTUGUESA

Lisboa, 25 de outubro de 2017

**Marcelo Rebelo de Sousa**

É com grato prazer que escrevo estas breves linhas, à memória do Professor Doutor Marcello Caetano, meu Mestre, a quem me ligam tantas e tão profundas recordações pessoais e familiares.

O Professor Doutor Marcello Caetano foi um dos juristas portugueses mais notáveis da sua época.

Foi, acima de tudo, um grande professor, mestre de sucessivas gerações de alunos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Na vida pública portuguesa do século XX, exerceu os mais altos cargos, mas não era o desejo da fama nem a vã glória do poder que o animavam.

O Professor Marcello Caetano amava o seu País, a sua Família, a cultura portuguesa dispersa pelas sete partidas do mundo. O seu carinho pelos livros sempre foi conhecido, e a sua extraordinária biblioteca era, muito provavelmente, o lugar onde mais gostava de estar, na serenidade do estudo incessante, feito com paciência beneditina, com um humanismo comovente para todos quantos tiveram o privilégio de o conhecer.

Tinha, além disso, um profundo amor ao Brasil e ao povo brasileiro, que sempre considerou irmão, naquilo que de mais autêntico e fraterno existe nessa palavra.

O Brasil foi a sua derradeira morada, o lugar onde viveu os últimos anos de vida e onde quis ser sepultado. Nas amizades do Rio de Janeiro, no ensino na Universidade Gama Filho, no convívio com os alunos, encontrou o lenitivo possível para a amargura com que observava os destinos da sua Pátria, que nunca deixou de amar.

É, pois, com particular emoção que saúdo a iniciativa de salvaguarda e protecção da biblioteca particular do Professor Marcello Caetano, um impressionante acervo de mais de dezoito mil registos, entre livros, documentos e fotografias.

Encontrando-se na Universidade Gama Filho, e graças à acção do Juiz Fernando Viana, a livraria de Marcello Caetano foi transferida para o lugar certo, o Real Gabinete Português de Leitura, instituição histórica da cidade do Rio de Janeiro que o insigne jurista de Portugal e do Brasil sempre admirou pela beleza de seu edifício e pela riqueza do seu património.

Doravante, a Biblioteca de Marcello Caetano encontra-se devidamente preservada e será acessível aos estudiosos do Direito e das Humanidades em geral.

Não poderia existir melhor forma de homenagear a sua memória, pelo que me associei desde o início a esta iniciativa e aqui deixo estas palavras singelas, que exprimem a gratidão do Presidente da República, mas também do discípulo, do admirador e do amigo do Professor Doutor Marcello Caetano, um português de carácter cujo legado humano, académico e intelectual devemos honrar para sempre, nos dois lados do Atlântico.



[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

## 1. Introdução

O presente artigo tem por escopo analisar as questões que fundamentaram a decisão judicial proferida nos autos da falência da sociedade Galileo Recursos Educacionais S.A., a qual deferiu a cessão de todos os direitos sobre o acervo literário e documentos que compõem a “Biblioteca Doutor Marcello Caetano” ao Governo de Portugal, para guarda e acondicionamento nas instalações do Real Gabinete Português de Leitura do Rio de Janeiro.

Primeiramente, faz-se necessária breve introdução acerca do processo de falência envolvendo a proprietária do acervo literário em questão e da importância histórica e cultural que o reveste.

## 2. O processo de falência da Galileo Educacional S.A.

A sociedade Galileo Recursos Educacionais S.A., sociedade anônima de capital fechado que, por meio de contrato de assunção e transferência de manutenção, assumiu a administração das conceituadas universidades Gama Filho e UniverCidade, teve o pedido de recuperação judicial indeferido pelo Juízo da 7<sup>a</sup> Vara Empresarial, ao argumento de que não estariam preenchidos todos os requisitos previstos no artigo 51 da Lei n. 11.101/2005.

A decisão foi cassada em sede recursal, e o juízo, assim, deu prosseguimento à recuperação judicial, nomeando administrador judicial e demais providências do artigo 52 da Lei n. 11.101/2005.

No exercício de seu munus, o administrador judicial apontou imperfeições objetivas e subjetivas no plano de recuperação apresentado, no qual a recuperanda apresentou como solução de mercado a venda de bens que não lhe pertenciam. Além disso, o administrador judicial apontou a impossibilidade de apresentação do relatório financeiro diante da falta de informações e inatividade da empresa.

---

<sup>1</sup> Juiz Titular da 7<sup>a</sup> Vara Empresarial.

Diante disso, o Ministério Público opinou pela quebra da sociedade e, em nova decisão, o juízo considerou que “existem provas nos autos de que há uma verdadeira batalha jurídica desencadeada entre a devedora e as sociedades por ela geridas, que culminou na ruína estrutural e organizacional, paralisando por completo suas atividades empresariais; sem exercício da atividade não há empresa, se não há empresa não há o que preservar”, culminando com a decretação da falência do grupo.

Neste passo, os administradores judiciais apresentaram relatório sobre os fatos que envolviam a falência da Galileo Educacional S/A, que assumiu tanto a manutenção da UGF, até então exercida pela Sociedade Universitária Gama Filho (SUGF), como a manutenção da UniverCidade, até então exercida pela Associação São Paulo Apóstolo (ASSESPA).

Em seu relatório, os administradores judiciais afirmaram que os referidos contratos de assunção e transferência de manutenção das instituições de ensino foram causadores da falência, já que ocorreram diversos ilícitos nos referidos pactos, posto que os recursos foram minados para pagar dívidas das associações mantenedoras e possibilitar a captação de recursos que foram usufruídos exclusivamente por estas. Assim, pediram a desconsideração da personalidade jurídica de todos os envolvidos, inclusive as associações ASSESPA e SUGF, para arrecadar os seus ativos.

### **3. O acervo literário da “Biblioteca Doutor Marcello Caetano”**

No curso do processo foi arrecadado, junto à “Biblioteca Doutor Marcello Caetano”, da Universidade Gama Filho, um acervo literário de obras raras, e documentos diversos que, segundo relatado pelos administradores judiciais, seriam de imensurável valor histórico para o Governo de Portugal. De imediato, o Consulado-Geral de Portugal manifestou expressamente o interesse do Estado português em receber o acervo literário e documentos que integravam a referida biblioteca, esclarecendo que os bens seriam guardados e acondicionados nas instalações do Real Gabinete Português de Leitura do Rio de Janeiro.

Em seguida, foi anexado aos autos do processo de falência laudo técnico que atestava que o referido acervo se encontrava em imóvel da falida, acondicionado em local inadequado, com risco de perecimento por falta de conservação. Por seu turno, o Administrador Judicial secundou as conclusões do relatório técnico, asseverando a precariedade e inadequação no acondicionamento das obras, as quais se encontravam em ambiente sem controle de temperatura e umidade, com sério risco de deterioração.

### **4. O jurista Marcello Caetano**

Nascido em Lisboa, no ano de 1906, Marcello José das Neves Alves Caetano foi dois mais importantes juristas de Portugal, além de renomado escritor e político.

Como autor, teve mais de cem títulos publicados, transitando nas áreas jurídica, econômica, política e autobiográfica.

Na área acadêmica licenciou-se em Direito no ano de 1927 e obteve seu doutorado em Ciências Político-Econômicas em 1931 na Faculdade de Direito de Lisboa, onde exerceu o magistério e atingiu a cátedra em Ciências Jurídico-Políticas, em 1939.

É considerado fundador do moderno Direito Administrativo português, tendo publicado uma obra considerada referência na área, intitulada “Manual de Direito Administrativo”, a qual chegou à décima edição.

Foi o último Presidente do Conselho do Estado Novo, cargo que assumiu em 1968.

Marcello Caetano destacou-se por ser um dos poucos membros do regime salazarista a defender maior liberdade de expressão. Enquanto Presidente, introduziu algumas mudanças positivas no regime em vigor. Foi deposto pela Revolução de 25 de abril de 1974, a qual implementou uma ditadura militar em Portugal.

Exilou-se no Brasil, onde foi diretor do Instituto de Direito Comparado da Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro. Recebeu, também, o título de Professor ‘honoris causa’ da Faculdade de Direito de Osasco, no estado de São Paulo.

Sua obra hoje faz parte da história e da cultura de dois países irmãos, cabendo ao Poder Público o dever de preservação, valorização e difusão de todo o acervo.

## **5. O direito dos credores e o interesse público**

Conforme já explicitado, o acervo literário alocado na “Biblioteca Doutor Marcello Caetano”, da Universidade Gama Filho, foi arrecadado na falência do grupo educacional.

Entre os diversos efeitos decorrentes da sentença que decreta a falência de uma empresa, está a perda por parte do falido do direito de administração e de disposição sobre seus bens, a teor do artigo 103 da Lei n. 11.101/2005, além da formação da chamada massa falida objetiva, a qual se constitui pela arrecadação de todos os bens do devedor, com exceção dos bens absolutamente impenhoráveis, constante do artigo 108, §4º do mesmo diploma legal.

De acordo com o artigo 139 da já citada lei de falências, uma vez concluída a arrecadação dos bens e consolidada a massa falida objetiva, passa-se à realização do ativo do devedor, que nada mais é que a venda dos bens que compõem a massa com o escopo de pagar os credores do falido.

A realização do ativo dar-se-á através das modalidades leilão, propostas fechadas ou pregão, todas previstas no artigo 142 da lei, o qual estipula ainda a necessidade de prévia avaliação e publicação de aviso em prazo estipulado em lei.

Como é de se ver, as alienações ordinárias não possuem agilidade, uma vez que se sujeitam a diversas formalidades elencadas pelo legislador na busca pela maximização dos ativos e da satisfação dos interesses dos credores.

Nesse ponto, há de se perquirir acerca da adequação ou não da aplicação dos procedimentos elencados em lei para a alienação do ativo, por conta da natureza atípica do acervo literário em questão, com risco iminente de perecimento.

A resposta para tal questionamento deve perpassar por diversos fatores envolvendo o acervo, tais como seu inestimável valor histórico-cultural; seu inexpressivo valor econômico; a morosidade dos procedimentos de alienação do ativo falimentar e os deletérios efeitos do tempo sobre um acervo já tão deteriorado por sua má-conservação.

Indubitavelmente, a alienação do acervo por intermédio dos procedimentos previstos na Lei de Falências, em razão de sua demora, acabaria por agravar os danos já causados aos livros e documentos que o compõem.

Ademais, ainda que, hipoteticamente, se lograsse a alienação em prazo exíguo, não haveria a garantia de que o interesse público na preservação e acesso às obras raras estaria resguardado, posto que o direito de propriedade ficaria restrito ao interesse privado do arrematante.

Concluiu-se que a adoção da alienação prevista em lei, em se tratando de bem de interesse público, no caso presente de inquestionável valor histórico e cultural luso-brasileiro, não se coadunaria com o direito de acesso à cultura, e acabaria por representar a sobreposição de interesses privados sobre o interesse público.

## **6. Do direito fundamental à cultura e do interesse público**

No plano internacional, o direito à cultura é um direito humano e encontra previsão no artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>2</sup>:

“Artigo 27

§1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.

§2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.”

---

<sup>2</sup> <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>

No plano interno, o direito à cultura é classificado pela doutrina como um direito fundamental de segunda dimensão e vem assegurado no artigo 215 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>3</sup>:

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1.º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2.º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.”

O dispositivo supracitado deixa clara a preocupação do constituinte em garantir a todos o efetivo exercício do direito à cultura por meio da democratização do acesso às fontes da cultura nacional, bem como às manifestações das diversas culturas que contribuíram e contribuem para a formação da identidade cultural brasileira.

A mesma preocupação pode ser extraída da interpretação do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 3927/2001, o qual elenca entre os objetivos principais a serem alcançados pelos dois Estados: “[...] o desenvolvimento econômico, social e cultural alicerçado no respeito aos direitos e liberdades fundamentais, enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no princípio da organização democrática da Sociedade e do Estado, e na busca de uma maior e mais ampla justiça social;[...]”<sup>4</sup>.

Fixada a premissa de que o direito à cultura é um direito fundamental e que tornar disponível à sociedade o acesso ao histórico acervo literário constitui uma manifestação de tal direito, deve-se perquirir se sua realização encontra limitações em algum outro direito fundamental.

Isso porque, como se sabe, uma das características dos direitos fundamentais elencadas pela doutrina é justamente a sua relatividade ou limitabilidade, por encontrarem limitações em outros direitos constitucionalmente assegurados.

No caso ora analisado, o direito de acesso à cultura colide com o direito que teriam os credores de verem bens da massa alienados e seus créditos solvidos.

Diante da constatação da existência de tal conflito, é necessário que se verifique se o constituinte previu expressamente sua provável ocorrência e, mais, se já prestabeleceu a solução adequada.

3 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

4 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3927.htm)

Um exemplo clássico de colisão entre direitos fundamentais para a qual o constituinte já fixou uma solução é aquele que envolve o direito de acesso à cultura e à informação e os direitos de autor, estes últimos consagrados no inciso XXVII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”<sup>5</sup>

No caso da colisão acima referida, o próprio constituinte trouxe uma diretriz de como solucionar o conflito, ao afirmar que o direito exclusivo do autor sobre suas obras se perde ao cabo de certo lapso temporal a ser fixado pelo legislador infraconstitucional.<sup>6</sup>

Já o caso envolvendo o acervo literário e os direitos dos credores retrata um conflito que não encontra solução expressa pelo legislador: o conflito entre o direito fundamental de acesso à cultura, de titularidade de toda coletividade, e o direito dos credores da falida de verem seu crédito solvido, o que corresponde ao direito de propriedade, também um direito fundamental constitucionalmente assegurado.

*Obiter dictum*, a irrelevância do valor econômico do acervo literário indica que sua alienação acabaria por, possivelmente, sacrificar o direito de acesso à cultura por toda coletividade sem efetivamente garantir aos credores da falida o pagamento de seus créditos.

Assim, fica claro que o entendimento que privilegia o direito de acesso à cultura, garantindo a toda coletividade o acesso a livros e documentos que retratam parte da história luso-brasileira prima por sua razoabilidade, por atender ao interesse público sem impactar de maneira relevante no interesse privado dos credores.

Relativamente à necessidade de o próprio Estado assumir uma postura ativa na preservação do interesse público frente aos interesses privados, observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Com efeito, já em fins do século XIX começaram a surgir reações contra o individualismo jurídico, como decorrência das profundas transformações ocorridas nas ordens econômica, social e política, provocadas pelos próprios resultados funestos daquele individualismo exacerbado. O Estado teve que abandonar a

5 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

6 A lei que regula os direitos autorais é a Lei n. 9.610/98.

sua posição passiva e começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada.

O direito deixou de ser apenas instrumento de garantia de direitos individuais e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo

[...]

Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem estar-social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade, cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional”<sup>7</sup>

A pretensão de guarda do acervo em local próprio, adequado e seguro, atende ao interesse público, neste caso coincidente com o interesse do Estado português, visto que o acondicionamento do acervo literário no Real Gabinete Português de Leitura garantirá que os livros e documentos que retratam parte da história luso-brasileira, ficará disponível para consulta por pesquisadores, acadêmicos e cientistas.

Preservou-se o interesse público, sem que houvesse ofensa concreta ao interesse privado.

Finaliza-se com as palavras do próprio Marcello Caetano, em seu clássico Manual de Direito Administrativo (Tomo I, primeira edição brasileira): **“Nunca é demais repetir que a Comunidade Luso-Brasileira tem de assentar, não apenas nos laços naturais decorrentes da identidade do sangue e da língua, mas também de uma constante assimilação de cultura. A cultura jurídica não faz exceção. Temos, os juristas das duas pátrias, de nos aproximar cada vez mais para nos compenetrarmos dos princípios e das soluções que caracterizam o Direito positivo de cada uma, e podermos entendê-los tão facilmente como os dos nossos próprios sistemas. Agora que está prestes a tornar-se realidade o estatuto que equipara quanto possível, no território de cada país, a condição de portugueses e brasileiros, teremos necessariamente de tender para a constituição de uma zona de Direito comum, onde se movam com inteiro à-vontade os nacionais dos dois países. Conhecer e compreender é o primeiro passo para desfazer desconfianças e atritos, é o alicerce mais seguro da amizade perdurável. Porque se os sentimentos são sempre fiéis, mais firmes se tornam quando esclarecidos pela inteligência”**.

---

7 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010, pg.65.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

# A SALVAGUARDA DE UMA BIBLIOTECA HISTÓRICO-JURÍDICA

Arno Wehling<sup>1</sup>

RESUMO: Registro das ameaças e riscos sofridos por diferentes bibliotecas e conjuntos documentais em circunstâncias históricas peculiares e por motivos diversos e descrição sumária das circunstâncias que levaram à incorporação de uma das mais importantes bibliotecas histórico-jurídicas do mundo luso-brasileiro, a Biblioteca Marcello Caetano, ao Real Gabinete Português de Leitura do Rio de Janeiro.

Em *A Invenção do Quotidiano* Michel de Certeau chamava a atenção para a fugacidade da leitura, que “não se protege contra o desgaste do tempo”, já que é afetada por nossa memória e a permanência da escrita, que segundo ele “acumula, estoca, resiste ao tempo pelo estabelecimento de um lugar”. Roger Chartier, no *A ordem dos livros*, menciona-o e vai pela mesma linha de argumentação, sublinhando o contraste entre “o escrito – conservador, fixo, durável – e as leituras, sempre na ordem do efêmero”.

Na verdade, nem sempre isso ocorre. Quanto de patrimônio cultural se perdeu em diferentes culturas ao longo dos respectivos processos históricos, fazemos apenas vaga ideia, fundamentada em algumas evidências e muitas conjeturas.

Por esse motivo existem as políticas de preservação cultural e os procedimentos de salvaguarda, hoje em dia universalizados – ou quase – pela UNESCO. E também por ele a Constituição brasileira em seu art. 23 incisos III e IV define a competência das diferentes esferas públicas para “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” e ainda “impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural”. Tais disposições são complementadas pelo extenso artigo 216 que define e discrimina as ações relativas ao patrimônio cultural material e imaterial do país.

---

<sup>1</sup> \* Membro da Academia Brasileira de Letras, Presidente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Professor Titular da UFRJ e Emérito da UNIRIO, é Conselheiro do IPHAN e foi professor e reitor da Universidade Gama Filho.

Arquivos e bibliotecas, frequentemente sem a distinção técnica que hoje fazemos, foram particularmente sensíveis às mudanças sociais e políticas e aos fanatismos ideológicos de toda natureza. Os registros mais antigos falavam da destruição mútua de acervos na luta entre os clérigos seguidores de Amon e de Aton no Egito do século XIV. AC, por ocasião da reforma religiosa que, a partir do trono, procurou implantar o monoteísmo no país. Em nossos dias a destruição das Bibliotecas Nacionais de Bagdá em 2003 e Sarajevo em 1992 acarretou a perda de milhares, ou mesmo milhões, de manuscritos e livros raros oriundos de diferentes tradições culturais. Emblemática também foi a destruição das bibliotecas de Alexandria, no século I AC e de Constantinopla em 1453, pois como as demais representaram danos que comprometeram – sem que possamos sequer dimensionar seu significado – irreversivelmente a sedimentação de conhecimentos.

O risco de perda da Biblioteca Marcello Caetano, da antiga Universidade Gama Filho, certamente não possui essa dimensão épica, mas representaria notório empobrecimento da vida intelectual e particularmente da erudição jurídica luso-brasileira. Constituída ao longo de uma intensa vida profissional nos campos do direito, da administração, do magistério universitário e da ação política, a Biblioteca como se sabe passou à Universidade Gama Filho na segunda metade da década de 1970. Derrubado do governo português pela Revolução de 25 de Abril de 1974 e asilando-se no Brasil, onde foi acolhido pela Universidade, desenvolveu suas atividades de magistério no então recém-iniciado Mestrado em Direito.

O posterior desembarço pelas autoridades portuguesas de sua biblioteca permitiu a vinda para o Brasil dos livros e coleções documentais que, se atendiam às necessidades iniciais da pós-graduação nascente, constituíam igualmente um importante acréscimo para o patrimônio cultural da cidade e do país. Especializada em direito, notadamente direito administrativo, a Biblioteca refletia também como usualmente o itinerário intelectual de seu ameador, reunindo obras correlatas nos campos da administração, economia, história, sociologia, antropologia e filosofia. Uma enciclopédia bibliográfica das ciências sociais, numa perspectiva portuguesa e também ibérica e luso-brasileira, a que não faltaram as grandes fontes históricas do direito peninsular – das Sete Partidas de Afonso X a todas as Ordenações e códigos, além das grandes coleções legislativas, os praxistas e os doutrinadores.

Marcello Caetano teve pouco tempo de vida para aproveitar sua biblioteca no Brasil. No prefácio ao livro *Princípios fundamentais do direito administrativo* queixou-se ter de escrevê-lo quase de memória, raramente citando autores: “Privado dos meus livros que a revolução retém em Portugal, não pude conferir leituras antigas e citações anteriores”. Mas se o proprietário usufruiu pouco a estada brasileira da coleção, os docentes e alunos da Universidade e de outras instituições puderam fazê-lo por cerca de 30 anos.

A biblioteca naturalmente não é apenas importante por seu valor intrínseco, mas pelo que representa da vida intelectual de seu organizador. Não precisamos evocar o Dr. Johnson ou Borges para sublinhar este traço. Certamente uma boa parte da maneira de pensar o direito no mundo ibérico e luso-brasileiro se espelha na lógica dessa organização.

A paulatina e melancólica deterioração desse acervo com o esgarçamento institucional e finalmente a morte da Universidade era preocupação constante. Mais de uma vez fui procurado por Antonio Gomes da Costa, presidente do Real Gabinete Português de Leitura, na busca de uma solução para que, do imbróglho jurídico que enredava a instituição, pelo menos se salvasse a biblioteca, conservada em condições precárias de segurança e manutenção.

Felizmente a atuação de portugueses e brasileiros permitiu a solução feliz de integrar a biblioteca Marcello Caetano ao Real Gabinete Português de Leitura. Deve-se ao governo português e ao Consulado Geral no Rio de Janeiro a iniciativa formal, acolhida em boa hora pela decisão inteligente e de largas vistas do Juiz Fernando Viana, da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, adjudicando àquela grande instituição luso-brasileira este patrimônio de ambos os países. Distinguindo a questão especificamente patrimonial dos diretamente interessados daquela do *patrimônio cultural brasileiro*, soube o magistrado sopesar valores e, mesmo sem precedentes, tomar uma decisão que preserva o país e honra a justiça brasileira.

Certamente agora a Biblioteca Marcello Caetano, a despeito de eventuais danos que possa ter sofrido desde o fechamento da Universidade, poderá voltar a cumprir seu papel cultural.

Para todos aqueles que conheceram o conjunto do acervo, é de esperar que tenham destino semelhante os demais livros da biblioteca universitária, em particular a coleção do historiador e acadêmico Ivan Lins. Esta coleção, significativa reunião de obras sobre o positivismo do Brasil e do exterior, em especial as edições hoje raras dos folhetos do Apostolado Positivista editados por Miguel Lemos e Teixeira Mendes, foi objeto de um detalhado catálogo pela Universidade e merece igualmente ser protegida.

Os episódios conhecidos de destruição de acervos tiveram, em menor ou maior grau, a ação de alguns abnegados, conhecidos ou desconhecidos, que preservaram o que foi possível. O que ocorreu agora à Biblioteca Marcello Caetano contribuiu certamente para que isso acontecesse no âmbito do direito e da história do direito no universo luso-brasileiro.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

Jaime Leitão<sup>1</sup>

*Cesse tudo o que a musa antiga canta  
Que outro valor mais alto se alevanta.  
Camões, Os Lusíadas, Canto I*

A ‘estória’ é fácil de contar. Difícil é retratar a coragem do seu principal protagonista que merece ficar para a História das relações luso-brasileiras.

Vamos primeiro à ‘estória’. Um grande Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa chegou ao Rio de Janeiro aos sessenta e oito anos trazendo consigo o que de mais precioso tinha: a sua biblioteca.

Quisera o destino que na última meia dúzia de anos da sua vida em Portugal, o Professor Marcello Caetano trocasse a cátedra do ensino pela cadeira do poder e foi assim que a revolução dos cravos, de uma penada, o fez perder o lugar no Palácio de São Bento onde presidia ao Conselho de Ministros do governo da República e abandonar o anfiteatro da Universidade onde não mais poderia voltar a lecionar.

Ao chegar, Marcello Caetano encontrou no Rio de Janeiro o seu refúgio e, depois, a sua segunda casa, porque aqui pode fazer – na última meia dúzia de anos de vida – o que de melhor poderia e mais gostava: ser Professor de Direito.

Lecionou e foi Diretor do Instituto de Direito Comparado na Universidade Gama Filho e ao morrer deixou à instituição a sua biblioteca de quarenta mil volumes onde se contam livros raros e documentos inéditos. De novo o destino, que interrompera o percurso do Professor em vida, quis apagar-lhe a última memória depois da morte. A universidade fechou as portas, correu um processo de insolvência, a biblioteca trancada no meio do acervo da massa falida, as raridades deteriorando-se de dia para dia *em ambiente sem controle de temperatura e umidade\**.

Vamos agora à coragem. Como é possível deixar apodrecer uma herança que *interessa à sociedade como um todo\**? Os credores da instituição insolvente veem naquele acervo um valor econômico capaz de ressarcir em parte os seus créditos? E esse valor, sobrepõe-se ao *elevado interesse público na preservação e disponibilização do acervo de relevância para a*

---

<sup>1</sup> Embaixador. Cônsul-Geral de Portugal no Rio de Janeiro.

*comunidade luso-brasileira*\*? E será que é aceitável colocar esses dois valores nos dois pratos de uma balança? Quem poderia responder a tantas perguntas? Ou mais exatamente: quem teria coragem para buscar a solução que salvaguardasse tão grande e ilustre patrimônio?

Pois bem: tive a honra e o privilégio de ter podido testemunhar, no meu primeiro ano em funções como Cônsul Geral de Portugal no Rio de Janeiro, a coragem de um magistrado brasileiro, juiz da sétima vara empresarial do Tribunal de Justiça, de produzir uma decisão na qual, não apenas se afirma a primazia do interesse público sobre eventuais interesses privados, como ao fazê-lo, sendo o interesse público neste caso *coincidente com o interesse do Estado português*\*, está a mergulhar fundo no que de mais substancial tem as relações diplomáticas entre os nossos dois países, escrevendo por essa via uma página da História Luso-Brasileira.

Por determinação do Juiz Fernando Viana, a Biblioteca Doutor Marcello Caetano de *imensurável valor histórico para o Governo de Portugal*\* fugiu assim ao que o destino parecia querer condená-la, para viver hoje acomodada e tratada nas instalações do belíssimo Real Gabinete Português de Leitura no centro da cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro.

25 de fevereiro de 2018

\*Em Decisão no Processo nº 0105323-98.2014.8.19.0001, de 6 de junho de 2014.



[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

Marcello José das Neves Alves Caetano, ou simplesmente Marcello Caetano, licenciou-se muito jovem em Direito e, com menos de trinta anos, obteve o título de Doutor. Sendo assim, desde cedo expôs o seu talento para a carreira acadêmico-jurídica, publicando em 1937 o seu *Manual de Direito Administrativo*, que rendeu mais dez edições e, dois anos depois, ministrou a cátedra de Ciências Jurídico-Políticas, na Universidade de Lisboa, instituição na qual obteve sua formação.

É indiscutível a capacidade e competência de Marcello Caetano. O atual presidente de Portugal, Professor Marcelo Rebelo de Sousa, em um colóquio em 2009, fez vários elogios a Caetano em relação à sua vasta cultura, como um homem de “**inteligência completa e com forte sentido do dever**”<sup>2</sup>.

É importante fazermos uma breve retrospectiva em relação à sua vida política, de forma isenta e imparcial para que tenhamos conhecimento de sua trajetória. Caetano foi designado por Antônio de Oliveira Salazar para exercer o cargo de Comissário Nacional da Mocidade Portuguesa, deixando evidente os seus ideais reformistas e seu senso crítico em relação aos rumos da política salazarista; assumiu também a pasta de Chefe da Comissão Executiva da União Nacional, quando tentou implantar algumas reformas de flexibilização na política do Estado Novo. Foi também nomeado Ministro da Presidência do Conselho de Ministros, cargo que exerceu até 1958, no ano seguinte ocupando o cargo de Reitor da Universidade de Lisboa, até 1962.

Devido ao grave estado de saúde de Salazar, o então presidente Américo Tomás convidou Marcello Caetano para substituí-lo, dando início a uma política de caráter reformista, tanto no âmbito político quanto social, cargo no qual ficou até 25 de abril de 1974.

Após a Revolução dos Cravos, Marcelo seguiu para o seu exílio no Brasil, onde continuou exercendo sua carreira acadêmica em diversas universidades, até seu falecimento em 1980.

---

1 Presidente do Real Gabinete Português de Leitura.

2 [http://expresso.sapo.pt/dossies/dossiest\\_actualidade/dossie\\_marcelo\\_caetano\\_a\\_transicao\\_falhada/marcelo-caetano-foi-um-homem-excepcional=f497770](http://expresso.sapo.pt/dossies/dossiest_actualidade/dossie_marcelo_caetano_a_transicao_falhada/marcelo-caetano-foi-um-homem-excepcional=f497770)

Marcello Caetano doou sua biblioteca à Universidade Gama Filho onde lecionou. Com o encerramento das atividades da tão renomada instituição acadêmica e o incerto destino do citado acervo, por uma feliz decisão, a pedido do Estado Português, o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro promoveu a cessão de direitos sobre o acervo literário ao Governo de Portugal, para a guarda e conservação nas instalações do Real Gabinete Português de Leitura do Rio de Janeiro, sendo este ato de grande valor para o Brasil, pois é incontestável que o professor Marcello Caetano não foi apenas um grande intelectual português, mas um ícone da cultura em língua portuguesa.



[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

Nos estudos disponíveis sobre Marcello Caetano tem-se destacado principalmente o seu percurso político dentro do Estado Novo (em que inicialmente surge como entusiasta do corporativismo), a sua importância doutrinal nas áreas do Direito Administrativo e Constitucional e as suas qualidades de pedagogo. Porém, como historiador Marcello Caetano deixou uma obra significativa em domínios específicos como a história do Direito e das instituições, as cortes medievais, a organização administrativa central, local e corporativa, a codificação administrativa e a administração colonial portuguesa.

Historiador dotado de um método de análise rigoroso, que cultivou o predomínio do documento, principalmente de teor jurídico – poder-se-ia inseri-lo numa vertente *erudita* –, aliou sempre à sua formação jurídica de raiz o pensamento histórico, singularmente traduzido na afirmação segundo a qual, “os problemas de direito oferecem sempre, três aspectos distintos: o histórico, o político e o técnico-jurídico” (*Estudos de História da Administração Pública Portuguesa*, 1994, p.451). Neste sentido, e como observa Jorge Borges de Macedo, “em primeiro lugar, os seus estudos tinham, habitualmente, uma justificação extra-histórica: visavam analisar problemas jurídicos, acerca dos quais a atitude de Marcelo era a de que precisavam de um tratamento rigoroso e integral dos antecedentes, onde o factor tempo tinha muito a dizer, para apreender a margem de experiência bastante para poder comportar, sem abalo, a variedade do acontecer” (*Marcello Caetano historiador*, p. 10). Nele o historiador é, em grande medida, um reflexo do jurista, sublinhou José Adelino Maltez, na medida em que “não há um conteúdo universal e temporal do Direito: o que cabe na forma do jurídico tem de ser historicamente considerado consoante o tempo e o lugar” (*História do Direito Português, Fontes direito público: 1140-1495*, 1981, p. 14). O facto histórico é pois uma marca característica do pensamento do autor, condição de entendimento dos antecedentes e da evolução das realidades que constituíram objecto do seu interesse como historiador. Mas o facto histórico, segundo Marcello Caetano, não poderia ser entendido sem a observação e conjugação de diferentes factores, como o económico e o social,

1 Texto originalmente publicado no “Dicionário de Historiadores Portugueses”, disponível nos sítios da Biblioteca Nacional de Portugal (<http://dichp.bnportugal.pt/>) e do Centro de História da Universidade de Lisboa (<http://www.centrodehistoria-flul.com/>).

2 Mestre em História Contemporânea pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Actualmente, bolseiro de doutoramento pela FCT, no PIUDHist.

para além do estritamente político, o que terá uma importância estruturante do seu pensamento e critério historiográfico. Demonstrativo desta realidade, mas também da permanente preocupação pedagógica do autor, é o seu livro *Monografias sobre os concelhos portugueses* (1935), dedicado especialmente aos alunos que se debruçassem sobre o tema, onde explana todo o seu método de análise e de estudo.

O conjunto da sua obra divide-se em pequenos artigos, monografias com o tratamento de uma temática específica e obras de larga periodização cronológica. A sua produção científica foi ideologicamente influenciada, caso da teorização do corporativismo que empreende (tendo sido o primeiro titular da disciplina na Faculdade de Direito de Lisboa), bem como do estudo do município no campo do Direito Administrativo e das questões coloniais, cujo estudo desenvolve como professor de Direito Colonial e o estudo das Cortes e das Constituições no quadro mais vasto dos seus estudos de ciência política e Direito Constitucional.

Nascido e criado no seio de uma família profundamente católica da pequena burguesia lisboeta (seu pai era funcionário da Alfândega), completou os primeiros estudos no Liceu Camões, ingressando em 1922 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com 16 anos. É neste período da juventude e de formação intelectual que começa a definir linhas de pensamento e conclui o seu primeiro estudo de teor histórico-jurídico: *Um grande jurista português – Fr. Serafim Freitas* (Separata de *Nação Portuguesa*) (1925). A «polémica dos mares» - bem entendida, a questão colonial – será uma constante no pensamento e na produção do autor. Período de formação intelectual, data desta época o início da sua acção política, sofrendo influências do fascismo italiano como da Action Française e, na experiência nacional, do Integralismo Lusitano. Activista da Junta Escolar deste último grupo político, colaborou então na revista *Nação Portuguesa*, da qual foi secretário e noutras publicações, como *A Época*, *A Voz*, *Ideia Nacional* e *Jornal do Comércio e das Colónias*.

Com a colaboração do seu amigo e futuro *organizador* do corporativismo do Estado Novo, Pedro Teotónio Pereira, e Manuel Múrias, funda a revista *Ordem Nova* (1926), que se caracterizava a si mesma como “anti-moderna, anti-liberal, anti-democrática, anti-burguesa e anti-bolchevista”. Este movimento radicou-se essencialmente no Integralismo Lusitano e no pensamento de António Sardinha, que em grande medida influenciaram Marcello Caetano no que concerne ao estudo do corporativismo e do município. Importa ainda referir que a sua participação neste movimento é reveladora da sua concepção de Estado autoritário («A ditadura», in *Ordem Nova*, Nº 3, 1926, p. 98).

É com a frequência do curso de Direito, concluído em 1927, que inicia uma carreira como académico e como historiador. Em 1925, na cadeira de Direito Internacional Público, apresentou o seu primeiro estudo de teor histórico-jurídico – referido anteriormente – dedicado precisamente à memória de António Sardinha. A análise de um problema jurídico inserido em contexto histórico será significativa numa parte da sua produção histórica. Concluído o curso e dedicando-se ao doutoramento, Marcello Caetano irá produzir um estudo singular no conjunto da sua produção, *A depreciação da Moeda depois da Guerra* (1931, tese de doutoramento). Tornou-se, assim, o primeiro doutor em Ciências Político-Económicas pela Faculdade de Direito

da Universidade de Lisboa. Este estudo de base económica e financeira não é, porém, estranho. Recordemos que as ciências sociais e as vertentes económico-financeiras possuíam uma grande preponderância nas Faculdades de Direito no período em apreço. Sendo, desde 1929, auditor jurídico do Ministro das Finanças, colabora no projecto da Constituição de 1933. Ano marcante para Marcello Caetano, na medida em que prestou provas para professor na Faculdade de Direito, onde é admitido.

Durante a década de 1930, dedica-se à carreira universitária e doutrinária do corporativismo, publicando o seu manual *Lições de Direito Corporativo* (1935). Note-se que Marcello Caetano afirma, nesta obra, que em Portugal ainda não existia, verdadeiramente, um estado corporativo (p.148). Pensamento, aliás, que irá sustentar durante bastante tempo. Numa outra obra, *O Sistema Corporativo* (1938), tenta traçar o percurso histórico do corporativismo português, tendo em perspectiva a “experiência portuguesa” e onde explana a “sua maneira de ver pessoal”. Procurando evidenciar a origem, tanto longínqua como próxima, do nosso corporativismo, radicando-o nas corporações medievais e no corporativismo católico, tenta sustentar uma certa originalidade no corporativismo português. Inaugura os estudos superiores de Direito Corporativo na Faculdade de Direito, rege as cadeiras de Direito Administrativo e o Curso de Administração Colonial. Teve ainda a seu cargo Direito Constitucional, Direito Penal, História do Direito Português e Economia Política. Em suma, desde 1939, ano em que se torna catedrático, até 1968, rege todas as cadeiras do grupo de Ciências Políticas. A regência destas cadeiras permitiu a Marcello Caetano a compilação de vários manuais – alguns deles ainda hoje obras de referência. Vem a lume, em 1936, a 1ª edição do *Manual de Direito Administrativo*. Neste preciso ano, surgem as primeiras edições do *Corso di Diritto Amministrativo* de Guido Zanobini e do *Traité Élémentaire de Droit Administratif* de Marcel Waline, obras marcantes, na medida em que impulsionaram a renovação do Direito Administrativo europeu. Marcello Caetano encontrava-se, assim, inserido neste movimento de renovação do Direito Administrativo, mais ligado à Teoria Geral do Direito, com uma noção de interdisciplinaridade, libertando-se do positivismo da escola francesa (Marcello Caetano – *Professor da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1987, p. 182). Em 1934, foi incumbido pelo Governo de preparar o projecto do Código Administrativo. Aquando da preparação para o doutoramento e provas para professor, foi obrigado a estudar legislação dispersa e confusa, o que lhe levou a preocupar-se com os problemas da administração local. Essa pesquisa, em perspectiva histórica, teve como resultado o estudo *A codificação administrativa em Portugal – Um século de experiência (1836-1935)*. Estes trabalhos, e estando a par da legislação estrangeira, permitiram-lhe ficar à frente da compilação do Código Administrativo de 1936 (*Minhas Memórias de Salazar*, 1977, p.61.)

É ainda na década de 1930 que Marcello Caetano conhece – no verdadeiro sentido da palavra – o continente africano e, como tal, a repercussão no seu trabalho jurídico e histórico é patente ao longo dos anos ulteriores. À frente da cadeira de Direito Colonial Público Português, comparou a legislação nacional com as de outras potências coloniais, passando em revista a história da colonização portuguesa desde o tempo das feitorias. Em 1935, teve o seu primeiro contacto real com África. Foi nomeado director pedagógico de uma viagem organizada pela revista *Mundo Português*, cujo objectivo era a visita às colónias da zona atlântica, encontrando-se entre os seus assistentes Orlando Ribeiro.

O período compreendido entre 1920 a 1940 não corresponde a uma grande produção de teor histórico, embora esta se encontre patente, nomeadamente nos seus *Manuais* e alguns estudos. Representa, de forma mais genérica, uma afirmação das suas áreas de saber e de estudo, em que observamos os grandes temas que irão ser abordados e desenvolvidos nas suas obras posteriores, a partir da década de 1940.

A nomeação para o cargo de Comissário Nacional da Mocidade Portuguesa (MP), em 1940, marca o início de um período que, apesar de continuar a exercer funções de docência (entre 1942 e 1944 rege as cadeiras de Economia Política e Direito Industrial no Instituto Superior Técnico; acumula também funções na FDUL), marca a entrada propriamente dita na política do aparelho de Estado e, como tal, uma maior projecção da sua vida pública. Desde logo, impõe uma renovação nos princípios de acção da MP, abandonando alguns ideais do seu antecessor, o germanófilo Nobre Guedes, optando, ao invés das concepções militaristas, por uma linha inspirada nos princípios de Baden Powell. Este cargo aproximou-o, ainda mais, das questões relativas à educação no geral e da pedagogia em particular. Não é por acaso que surgem reflexões sobre a Universidade e o papel que os professores universitários nela desempenham – não esquecendo o estatuto do aluno –, sendo o texto *Universidade Nova – O problema das relações entre professores e estudantes* (1943), exemplo claro destas preocupações. Neste contexto, podemos observar que o cargo de Comissário da MP proporcionou a Marcello Caetano a oportunidade de por em prática uma experiência política pedagógica. As preocupações em torno da educação, e num sentido mais abrangente sobre a Universidade, serão uma constante durante a sua carreira universitária (*Marcello Caetano, historiador e professor*, no prelo). Tornou-se, também, membro da Direcção do Instituto de Alta Cultura (IAC), e foi nesta qualidade que participou numa missão do IAC a fim de inaugurar na Universidade de Roma uma cadeira de Estudos Portugueses.

O exercício do cargo de ministro no Ministério das Colónias, em 1944, marca, entre preocupações de carácter político, um maior cuidado com a questão da educação colonial. É durante o seu mandato de dois anos que se cria uma Direcção Geral do Ensino dentro do Ministério e se procede à reforma da Escola Superior Colonial, dando origem ao Instituto Superior de Estudos Ultramarinos. De salientar, ainda, diplomas que regulamentam a actividade missionária, a investigação científica colonial, o ensino técnico nas colónias e o apoio a estudantes africanos na metrópole. Tais medidas levam a uma progressiva revisão dos problemas da educação nas colónias («*Marcello Caetano*», 2003, p. 220).

O decénio de 1940 foi, em vários sentidos, marcante para Marcello Caetano, com uma intensa produção histórica – onde inicia um aprofundamento dos temas pelos quais ficou mais conhecido –, mas também exercendo funções dentro do aparelho político do regime. Esta produção histórica foi muito extensa até à ocupação do cargo de Presidente do Conselho de Ministros. Lembremos que é em 1941 que publica as primeiras *Lições de História do Direito Português*, um primeiro passo para aquilo a que viria a ser a sua última obra, a de 1981. Podemos ainda observar a interdisciplinaridade que propõe para a História do Direito. Um artigo intitulado «O Município em Portugal» (*O Século*, 1940, p. 97) marca, simbolicamente, o início deste período. Aqui, tenta evidenciar a importância estrutural que o município e as suas comunidades tiveram e têm para a vida da Nação. Abrangendo um largo período cronológico, passa em revista o período ro-

mano, medieval e [...] liberal, traçando as suas características, virtudes e defeitos de cada época, mormente evidenciando a dicotomia centralização-descentralização; apela, porém, que o município possua na actualidade um papel de relevo. Curioso será notar a distanciação de Marcello Caetano em relação ao medievalismo de Alexandre Herculano: “Herculano prestou-nos um mau serviço ao persuadir-nos de que as instituições municipais modernas seriam tanto mais perfeitas quanto mais próximas das da Idade Média.

Cada século tem o seu espírito e as suas exigências...” (p. 98).

Os anos subsequentes, até à sua nomeação para Reitor da Universidade de Lisboa (1959), serão de um intenso labor historiográfico, publicando as obras pelas quais ficou definitivamente conhecido como historiador. Destacam-se as monografias em torno das questões municipais e das Cortes, como *A Antiga Organização dos Mesteres da Cidade de Lisboa* (1942), *A Administração Municipal de Lisboa durante a 1ª Dinastia* (1951), *O Concelho de Lisboa na Crise de 1383-85* (1951), *As Cortes de 1385* (1951), *As Cortes de Leiria de 1254* (1954) – esta obra é o resultado da proposta que a Academia Portuguesa de História lhe fez para reunir os documentos necessários para a comemoração do VII centenário das primeiras cortes portuguesas com representação popular – e a edição do *Regimento dos Oficiais das Cidades, Vilas e Lugares destes Reinos* (1955) - trabalhos contribuirão para a perspectiva geral dos municípios medievais que encontramos na sua *História do Direito Português* (1981).

Estas obras, resultantes das suas actividade como académico, permitem a Marcello Caetano figurar no conjunto de autores que se debruçaram sobre a questão do municipalismo (mormente as origens dos municípios medievais), como Alexandre Herculano, Teófilo Braga, Alberto Sampaio, Torquato de Sousa Soares e Paulo Merêa entre outros. Mas distancia-se deles, nomeadamente de Herculano, no que respeita à origem romana dos municípios medievais. O próprio refere que devido a circunstâncias sociais e de conjuntura, “os vestígios das instituições municipais romanas conservadas no final da monarquia visigótica desapareceram durante o domínio muçulmano, e que também não se conservaram no reino das Astúrias” (*História do Direito Português, Fontes direito público: 1140-1495*, 1981, p. 221). Mas a par das questões em torno do municipalismo, este período também marca o início do seu interesse pelas constituições. Revelador do seu estudo pelo Direito Político e a história do constitucionalismo é o *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* (1952) e a *Breve História das Constituições Portuguesas* (1965).

As questões coloniais voltam a merecer-lhe um destaque particular, fruto, possivelmente, da experiência dos cargos que ocupou mas também do seu próprio pensamento em torno destas. A título de exemplo, podemos destacar obras como *Do Conselho Ultramarino ao Conselho do Império* (1943), *Antologia Colonial Portuguesa* (1946) e *As Campanhas de Moçambique de 1895 segundo os Contemporâneos* (1947). A introdução que escreveu para esta última obra possui algum relevo, na medida em que volta a focar o aspecto internacional da questão colonial, matéria que desenvolverá mais pormenorizadamente num estudo posterior: “as campanhas de 1895, em Moçambique, são um dos acontecimentos capitais da história portuguesa contemporânea. Demonstraram internacionalmente a nossa capacidade para a ocupação efectiva das

colónias” (p.5).

A remodelação governamental de 1947 ditou o afastamento temporário de Marcello Caetano do Governo (devido a tensões dentro da União Nacional) e de algumas escolhas para os lugares de governação – chegou, ainda assim, a ser Ministro da Presidência em 1955. Ocupando, primeiramente, a chefia da Comissão Executiva da União Nacional, passa depois para a presidência da Câmara Corporativa até 1958.

A nomeação para o cargo de Reitor da Universidade de Lisboa (1959-62) permitiu a Marcello Caetano um tratamento mais directo das questões relativas ao ensino universitário. Chefiou, na qualidade de Reitor, a delegação oficial portuguesa ao IV Colóquio Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, realizado em Bahia, onde volta a tratar de um tema já seu conhecido, «Frei Serafim de Freitas e a polémica da liberdade dos mares». Enquanto Reitor intentou construir um ambiente universitário entre as diversas faculdades. Pode ainda atribuir-se-lhe a promoção e a direcção dos primeiros cursos universitários de férias em Angola e Moçambique. Em 1961 inaugurou o actual edifício da Reitoria da Universidade de Lisboa, já com as Faculdades de Direito e Letras edificadas. A investigação histórica não sofre uma quebra. Exemplo disto é estudo sobre a própria Faculdade de Direito, com os *Apontamentos para a História da Faculdade de Direito de Lisboa* (1960) – obra de consulta fundamental para se ter uma perspectiva histórica dos professores, funcionários, legislação, entre outros aspectos, sobre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa desde a sua fundação, em 1913, até 1953 – ainda hoje um dos poucos sobre esta Faculdade. Há ainda a destacar, na qualidade de Reitor, o envolvimento de Marcello Caetano numa polémica com a Universidade de Coimbra sobre a antiguidade da própria Universidade de Lisboa. Toda esta situação criou uma enorme fricção entre os Senados Universitários de ambas as Universidades, ao ponto de o Senado da Universidade de Coimbra afirmar que existia uma “*tentativa de falseamento da verdade histórica*” por parte do Senado da Universidade de Lisboa (*Pela Universidade de Lisboa*, 1974, pp. 65-93).

Finda a crise académica de 1962, em que se demite do cargo de Reitor por divergência com o Ministro da Educação, Lopes de Almeida, Marcello Caetano (que se colocou ao lado dos estudantes) optou por se afastar da vida política, à qual regressará em 1968, sucedendo então a Oliveira Salazar na Presidência do Conselho. É possível que desta crise académica tenha resultado um reforço de uma certa imagem mais reformista e “liberal” de Caetano, sem esquecer as anteriores divergências em relação a Salazar. Estes cinco anos de interregno na política activa permitem-lhe regressar ao “refúgio” da actividade docente e intelectual, voltando a tratar das temáticas ligadas ao panorama colonial, cortes medievais e história do Direito português. Reveladoras deste último aspecto são as *Lições de História do Direito Português* (1962; cadeira que deixaria no ano seguinte), em que se pode observar uma evolução das suas lições de 1941, nomeadamente no aprofundar da análise realizada, em detrimento da extensão (*Marcello Caetano, historiador*, p. 14).

Mas é também neste período que Marcello Caetano publica o que se pode considerar como um dos seus grandes estudos – fora dos comumente destacados em torno das instituições medievais –, sugestivamente intitulado *Portugal e a Internacionalização dos Problemas*

*Africanos* (1963). Num âmbito cronológico alargado, Marcello Caetano aborda a relação de Portugal com as grandes questões internacionais respeitantes aos territórios ultramarinos, desde a «polémica da liberdade dos mares», com Frei Serafim de Freitas, até ao final da II Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU). Não se pode, porém, deixar de referir o acrescento que sofre o subtítulo na 4ª edição (1971): “*História de uma batalha: da liberdade dos mares às Nações Unidas*” - revelador da circunstância em que foi publicada.

Entre 1968 e 1974 Marcello Caetano sucede a António Oliveira Salazar no cargo de Presidente do Conselho de Ministros. Embora o marcelismo fosse, inicialmente, entendido como um momento em que haveria a possibilidade de uma progressiva reforma do próprio regime, com a afirmação da Ala Liberal e as reformas em algumas instituições, comumente entendidas por «cosméticas», na realidade, essas mudanças foram muito limitadas. A sua visão em torno das colónias é reveladora disso (veja-se, embora num escrito da década de 1950, o pensamento racial de Caetano – e de uma determinada «geração» – *Os Nativos na economia africana*, 1954, p. 16). O próprio Marcello Caetano tentou imprimir uma nova linha orientadora ao regime do Estado Novo com a nomenclatura de *Estado Social*, radicado essencialmente na sua ideia do corporativismo (*Estado Social*, 1970), chegando a concretizar algumas medidas nesse sentido. Na sequência dos acontecimentos de 25 de Abril de 1974, e com o fim do Estado Novo, Marcello Caetano é enviado para a Madeira, exilando-se, posteriormente, no Brasil a partir de 25 de maio. Estes anos finais da sua vida e da sua produção no campo historiográfico merecem um destaque particular.

Até à sua morte, em 1980, produziu ainda uma obra significativa. Capital para se perceber este último período da sua vida é o conjunto epistolar trocado com Maria Helena Prieto e Joaquim Veríssimo Serrão (amigo que manteve sempre viva a imagem de Caetano). Devido ao seu trabalho nas áreas da História e do Direito, Marcello Caetano era muito respeitado nas instituições universitárias do Brasil. Para além de ter sido professor na Universidade Gama Filho onde chegou a leccionar a cadeira de História das Ideias Filosóficas e Políticas em Portugal, viajou por todo o país para a apresentação de conferências e estudos. Foi membro do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e da Academia Brasileira de Letras. Poderemos assinalar algumas conferências de teor histórico e jurídico: «Carlos Malheiro Dias, Historiador» (1975), «Alfrânio Peixoto e a História de Portugal» (1976), «Alexandre Herculano e a História de Portugal» (1977), «O município na História do Direito Brasileiro» (1978) (*Marcello Caetano no exílio...*, 2006). No caso da conferência sobre Alexandre Herculano, Marcello Caetano é ambíguo, isto é, se por um lado Herculano é merecedor de elogio, por outro, também sofre uma crítica severa, embora de teor “pessoal”, veja-se: “*Senhores: é a grande admiração que tenho pela obra histórica de Alexandre Herculano que me leva a deplorar as facetas negativas da sua personalidade*” (*Marcello Caetano no exílio, Estudos...*, p.193). Volta à elaboração de Manuais e ao estudo do constitucionalismo, já com considerações sobre a Constituição de 1976, *Constituições Portuguesas* (4ª edição), *actualizada com a análise da Constituição de 1976* (1978); retoma a investigação histórica do Direito Português, sendo o produto final publicado postumamente, o primeiro e único volume de *História do Direito Português, Fontes – Direito Público, 1140-1495*, obra comumente entendida como uma nova interpretação das *Lições de História do Direito Português*, de 1941 e 1961. Não obstante o produto final ser consensualmente entendido como a sua obra magna, embora se

encontre hoje desactualizada em alguns aspectos, ergue-la foi tarefa difícil, que exigiu muito do autor. A falta de interlocutores com quem pudesse discutir os problemas, a doença, a falta de consulta de novas obras sobre a matéria, tudo isto constituíram dificuldades desta sua última obra, que podemos observar nas epístolas trocadas com Joaquim Veríssimo Serrão e Maria Helena Prieto.

Mas é também no Brasil, por ocasião da conferência sobre Alfrânio Peixoto, que Marcello Caetano volta a afirmar a sua visão de estudo da História, na medida em que: “Cada vez mais se tem consciência da íntima solidariedade de todos os aspectos e manifestações da vida de dada sociedade em certa época. A história política é incompreensível sem o conhecimento das instituições, a este ainda ligado o do Direito, em tudo isto estão presentes a estrutura social e a dinâmica económica, pairam no conjunto as ideias políticas e filosóficas que se exprimem na literatura, se manifestam na arte, se enraízam nos hábitos e nos costumes, se enlaçam com a religião...” (Idem, p. 178).

Numa tentativa de periodização da sua obra – tendo sempre presente os riscos que tal abordagem acarreta – podemos sugerir os seguintes «macro» períodos: um primeiro, compreendido entre 1920-40, corresponde essencialmente ao início da sua formação intelectual e doutrinária, em que começa a aprofundar as questões ligadas ao Direito pelo qual seria conhecido e debruça-se sobre o corporativismo, procurando entendê-lo e dar-lhe um significado original para a realidade portuguesa. Contudo, já se encontram patentes algumas das grandes questões de teor histórico que iria tratar posteriormente, como as questões coloniais e em torno do municipalismo. O segundo período, compreendido entre 1940-68, será o de maior produção de Marcello Caetano. Para além de ser um período em que se regista a entrada propriamente dita no aparelho político do regime, realçam-se os trabalhos sobre período medieval, mormente nas questões municipais, os estudos sobre as Cortes e Constituições e um tratamento sobre as questões coloniais, cuja grande síntese será a sua obra de 1963. O último, 1975-80, será passado no Brasil a aprofundar e a reflectir sobre vários temas anteriormente referidos. Deixamos ainda a sugestão mais detalhada feita por Jorge Borges de Macedo, “há no período entre 1940 e 1945, uma série de trabalhos voltados para a história administrativa de larga periodização cronológica, apresentados dentro da técnica de trabalho de Marcello Caetano, com sejam a junção das leis regulamentadoras e a referência à evolução dos fundamentos, com manifesto desinteresse pelas ocorrências. Este tipo de trabalhos desaparece por completo, depois de 1950, para dar lugar a duas preocupações fundamentais: as cortes e os mesteres, desse mesmo modo entendidos. A partir de 1955, torna-se predominante a sua preocupação pela experiência constitucional, integrando nela os estudos antecedentes sobre as cortes” (p. 14).

Entre outras associações científicas de que fez parte, destaquem-se o Instituto de Coimbra, a Academia Internacional de Direito Comparado (Paris), a Real Academia de Ciências Morais e Políticas (Madrid), o Instituto Internacional de Civilizações Diferentes (Bruxelas), o Instituto Luso-Hispanico-Americano de Direito Internacional, e o Instituto Internacional de Ciências Administrativas. Foi ainda director da *Verbo – Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, na secção de Ciências Jurídicas, com cerca de 86 entradas. Não participou no *Dicionário de História de Portugal*, dirigido por Joel Serrão, porque o próprio coordenador assim não o quis (*Jornal*

de Letras, 31 de Janeiro, 1989, p. 18). Pertenceu, em 1936, ao grupo fundador da Academia Portuguesa da História (chegou a ser seu vice-presidente), ao lado de figuras como Queirós Veloso, Reynaldo dos Santos, António Vasconcelos, Damião Peres, Paulo Mêrea, Alfredo Pimenta e Carlos Malheiro Dias, entres outros.

Bibliografia activa: *Um grande jurista português – Fr. Serafim de Freitas*, Separata de «Nação Portuguesa», Lisboa, 1925; *Monografias sobre os concelhos portugueses, Plano elaborado pelo professor da cadeira de direito administrativo*, Lisboa, Tip. da Emp. do Anuário Comercial, 1935; *Manual de direito administrativo*, Lisboa, Universidade Editora, 1937; *O Sistema Corporativo*, Lisboa, [s.n.], 1938; *A antiga organização dos mesteres da cidade de Lisboa*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1942; *As campanhas de Moçambique em 1895 segund os contemporâneos* (pref. e notas de Marcello Caetano), Lisboa, Agência Geral das Colónias, 1947; *As Cortes de 1385*, Coimbra, Faculdade de Letras, 1951; *Subsídios para a História das Cortes Medievais Portuguesas* (Comunicação apresentada ao Congresso Histórico de Portugal Medievo em Braga, Novembro, 1959), Lisboa, Universidade de Lisboa, 1963, Separata da *Revista da*

*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XV; *História breve das constituições portuguesas*, Lisboa, Verbo, 1965; *Portugal e a internacionalização dos problemas africanos, história duma batalha : da liberdade dos mares às Nações Unidas*, 4ª ed. rev. e ampl, Lisboa, Ática, 1971 (1ª ed. 1963); *Minhas Memórias de Salazar*, Rio de Janeiro, Editora Record, 1977; *Pela Universidade de Lisboa! 1959-1962*, Lisboa, IN-CM, 1974; *História do Direito Português, Fontes direito público: 1140-1495*, 1º vol., Lisboa, Verbo, 1981.

Bibliografia passiva: BRITO, Ricardo de, *Marcello Caetano, historiador e professor*, no prelo; CAETANO, Marcelo, *Estudos de História da Administração Pública Portuguesa*, (org. e pref. de Diogo Freitas do Amaral), [s.l.], Coimbra Editora, 1994; HESPANHA, António Manuel, «Historiografia jurídica e política do Direito (Portugal, 1900-1950)», in *Análise Social*, vol. XVIII (72-73-74), 1982-83, pp. 795-812; *Marcello Caetano no exílio. Estudos, Conferências, Comunicações* (pref. de Joaquim Veríssimo Serrão), Lisboa, Editorial Verbo, 2006; MACEDO, Jorge Borges de, *Marcello Caetano Historiador*, Lisboa, 1982, Separata da «Revista Brotéria», vol. 114, nº 2; MALTEZ, José Adelino, «História do Direito Português (1140-1495) de Marcello Caetano», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 26, 1985, pp. 611-617; PAULO, João Carlos, «Marcello Caetano», in António Nóvoa (dir.), *Dicionário de Educadores Portugueses*, ASA Editora, 2003, pp. 218-225; PEREIRA, André Gonçalves, «Marcello Caetano – Professor da Faculdade de Direito de Lisboa», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXVIII, 1987, pp. 179-184; ROSAS, Fernando, «Marcello Caetano», in ROSAS, Fernando e BRITO, J.M. Brandão de, *Dicionário de História do Estado Novo*, vol. I, Venda Nova, Bertrand Editora, 1996, pp. 110-112; REIS, António, «Marcelismo», in ROSAS, Fernando e BRITO, J.M. Brandão de, *Dicionário de História do Estado Novo*, vol. II, Venda Nova, Bertrand Editora, 1996, pp. 546-548; SILVA, Nuno Espinosa Gomes da, «Introdução» a Marcello Caetano, *História do direito português : subsídios para a história das fontes do direito em Portugal no séc. XVI : séculos XII-XVI* (4ª ed.), Lisboa, Verbo, 2000; TORRAL, Luís Reis, *Estados Novos Estado Novo*, vol. I, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2009, pp. 615-670; VALENTE, Vaco Pulido, *Marcello Caetano: as desventuras da razão*, 3ª ed., Lisboa, Gótica, 2003.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

## Portugal já tem espólio de Marcello Caetano

**Marcelo e Costa assistem no Rio de Janeiro à transferência simbólica da biblioteca do antigo chefe de Governo da ditadura. São mais de 20 mil livros que se encontram nas instalações encerradas de uma universidade falida, e que vão ficar à guarda do Real Gabinete Português de Leitura.**

**MANUELA GOUCHA SOARES**

Camões vai ser o novo guardião da biblioteca do último chefe de Governo do Estado Novo; ou melhor, a futura Associação Luís de Camões, no Rio de Janeiro, irá supervisionar os 17.963 títulos e 21.506 volumes do único património que Marcello Caetano levou para o exílio no Brasil, e que doou à Universidade Gama Filho onde deu aulas — o acervo funcionaria como um seguro de vida para o caso do também catedrático de Direito adoecer e não poder assegurar o seu sustento. Entre as publicações mais antigas e valiosas da biblioteca de Caetano, destaque para uma edição de 1731 das “Memórias de D. João I”.

A transferência tem um primeiro momento simbólico amanhã, que conta com a participação do Presidente da República e do primeiro-ministro. O ponto alto da visita de Marcelo e Costa ao Rio de Janeiro vai ser a assinatura do memorando de entendimento que estabelece os termos de constituição da futura Associação Luís de Camões no Brasil; a cerimónia terá lugar no Real Gabinete Português de Leitura, instituição fundada em 1837 por emigrantes e refugiados políticos portugueses que acolhe cerca de 350 mil livros.

O Presidente Marcelo já tinha visitado o Real Gabinete em agosto, por ocasião da sua viagem ao Rio de Janeiro para assistir à abertura dos Jogos Olímpicos. O PR, cujos pais eram afilhados de casamento de Caetano, aproveitou essa viagem para entregar ao Real Gabinete documentos e álbuns pessoais do último chefe de Governo da ditadura, que entretanto tinham sido retirados das instalações da universidade falida. No decurso dessa visita ao Rio, o PR promoveu uma reunião com as autoridades judiciais brasileiras para tentar agilizar uma solução para o caso, que já estava a ser acompanhado pela diplomacia portuguesa desde 2014.

A saga judicial da biblioteca terminou na última terça-feira, com o magistrado Fernando Viana, da 7<sup>a</sup> vara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a deferir a “cessão de todos os direitos sobre o acervo literário e documentos que compõem a ‘Biblioteca Doutor Marcello Caetano’, para o Consulado-Geral de Portugal, em nome do Governo de Portugal, para guarda e acondicionado nas instalações do Real Gabinete Português de Leitura do Rio de Janeiro que fica, desde já,

autorizado a adotar as providências em relação à política de preservação, transferência e acondicionamento do acervo”.

## **LIVROS ESTÃO NO RIO DE JANEIRO DESDE 1977**

Se não tivesse ocorrido o 25 de Abril de 1974, Caetano teria doado a biblioteca que tanto estimava à Faculdade de Direito de Lisboa, onde foi aluno e professor.

A revolução determina a sua expulsão do corpo docente e a partida para o exílio no Brasil, depois de ter estado detido em prisão domiciliária na Madeira. Aterrou no aeroporto de Viracopos [São Paulo], por exigência das autoridades brasileiras, sem passaporte e sem dinheiro; sabemos que dormiu uma noite no hotel Hilton em São Paulo, que a conta foi paga por um amigo, e que passou alguns dias em casa de outro amigo.

Como era um catedrático de renome internacional recebeu um convite para dar aulas na Universidade de São Paulo. Optou por ir viver para o Rio de Janeiro - onde tinha mais contactos no meio académico e intelectual - e, a 26 de maio de 1974, recolheu-se no Mosteiro de São Bento nesta cidade.

Quatro dias mais tarde, Luís Gama Filho fez-lhe uma proposta irrecusável para ir dar aulas na universidade privada que fundara em 1939, no bairro da Piedade, um subúrbio carioca. O pagamento incluía um salário de 10 mil cruzeiros (1500 dólares ao câmbio de 1974), um apartamento alugado num bom bairro do Rio de Janeiro e um automóvel com motorista.

Caetano tinha 67 anos e agarrou a oportunidade com as duas mãos porque queria trabalhar e ser financeiramente independente. Apresentou--se na UGF a 1 de junho, e começou a dar aulas e a orientar mestrados e doutoramentos, sentindo de imediato a falta da biblioteca, um dos seus instrumentos de trabalho, que começara a construir muito jovem.

Os livros chegaram ao Rio em junho de 1977, e foram o único bem que quis ter consigo no exílio. Como não tinha dinheiro para pagar o frete marítimo, doou à Universidade Gama Filho a biblioteca que tem várias obras raras; é o caso de uma edição de 1731 das “Memórias de D. João I” e cinco volumes das “Ordenações e Leys do Reyno de Portugal confirmadas e estabelecidas por D. João V”. A doação funcionou como um seguro de vida, já que perdera o direito à reforma com a queda da ditadura; o instrumento de doação foi assinado a 8 de abril de 1976 e, através dele, Caetano garantiu que a UGF lhe pagaria o ordenado até ao fim da vida, se a falta de saúde o impedisse de trabalhar. Morreu no ativo em outubro de 1980.

Nem em sonhos Marcello imaginou que a então maior universidade privada do Brasil iria ser vendida e, depois, falir e fechar.

José Miguel, o único neto de Caetano que vive no Brasil há alguns anos, vai assistir à cerimónia da transferência simbólica no Real Gabinete.



[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

Lisboa 11 de junho de 2017

## **Real Gabinete Português de Leitura recebe espólio de Marcello Caetano**

O Presidente da República e o primeiro-ministro assistem hoje, no Rio de Janeiro, no Brasil, à cerimónia de transferência do espólio do último chefe de Governo do Estado Novo, Marcello Caetano, para o Real Gabinete Português de Leitura.

Fonte do executivo português disse à agência Lusa que este será um dos momentos mais relevantes da visita de Marcelo Rebelo de Sousa e de António Costa ao Real Gabinete Português de Leitura, no Rio de Janeiro, que está integrado nas comemorações do Dia de Portugal, de Camões e das Comunidades no Brasil.

O Real Gabinete Português de Leitura é uma instituição fundada em 1837 por emigrantes e refugiados portugueses e guarda atualmente cerca de 350 mil livros.

A este conjunto de 350 mil livros vai agora juntar-se a biblioteca de Marcello Caetano, composta por 17.963 títulos e por 21.506 volumes, entre os quais uma edição de 1731 das “Memórias de D. João I”.

“O espólio de Marcello Caetano estava a degradar-se num armazém após a falência da Universidade Gama Filho. Sendo o acervo de valor histórico indiscutível, o Governo português decidiu custear esta operação”, referiu a mesma fonte do executivo português, embora sem indicar os valores envolvidos.

Durante a última visita do Presidente da República ao Brasil, em agosto do ano passado, Marcelo Rebelo de Sousa procurou encontrar uma solução para a recuperação do acervo do seu antigo professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e amigo dos seus pais.

Porém, só no passado dia 06, terça-feira, saiu a decisão judicial a permitir a entrega ao Estado Português do espólio do último chefe de Governo da ditadura portuguesa.

“Ante o exposto e atendendo ao interesse público na preservação e disponibilização de acervo de relevância para a comunidade luso-brasileira, defiro a cessão de todos os direitos sobre o acervo literário e documentos que compõem a Biblioteca Marcello Caetano para a Consulado Geral de Portugal, em nome do Governo de Portugal”, lê-se na decisão judicial.

A guarda da Biblioteca Marcello Caetano, pela mesma decisão judicial, ficará nas instalações do Real Gabinete Português de Leitura.

Outro momento alto da presença de Marcelo Rebelo de Sousa e de António Costa no Real Gabinete de Leitura no Rio de Janeiro, na parte da tarde de hoje, ocorrerá quando for assinado um memorando de entendimento para garantir a preservação e a valorização do património desta instituição centenária, que é considerada uma das mais emblemáticas da cultura lusófona no mundo.

O chefe de Estado e o primeiro-ministro presidem à assinatura de um memorando de entendimento para a valorização e preservação do património português do Real Gabinete Português de Leitura e no âmbito do qual se prevê a criação de uma nova associação, denominada Luís de Camões.

O estado atual do Real Gabinete Português de Leitura esteve no centro das preocupações, tanto do Presidente da República, que o visitou em agosto passado, como do primeiro-ministro, que também esteve ali em setembro passado.

Na “maravilha do neoclássico manuelino”, o Presidente da República sentou-se “para não morrer de emoção” ao pegar no manuscrito de “Amor de Perdição”, de Camilo Castelo Branco.

Já o primeiro-ministro, durante a sua visita àquela instituição histórica, deixou uma mensagem do seu ministro da Cultura, Luís Filipe Castro Mendes, em relação ao futuro do Real Gabinete Português de Leitura.

“Pedi-me para transmitir aqui que os estudos estão não só muito avançados, como se encontram no sentido muito positivo de rapidamente podermos fechar um entendimento sobre o futuro do Real Gabinete Português de Leitura. É o mínimo que o Estado português pode fazer por esta instituição”, completou o primeiro-ministro.



[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

# ARTIGOS

**Parte Geral**





# DIREITO À MORADIA: O QUE FALTA AO JUDICIÁRIO INCORPORAR!

Caetano Ernesto da Fonseca Costa<sup>1</sup>

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Um novo significado jurídico e social para a moradia; 3. Alguns elementos novos que compõem o significado da moradia; 4. Conclusão

**Palavras chaves: Moradia. Dignidade**

## 1- Introdução:

A grande maioria dos juízes e juízas em exercício ainda foi formada dogmaticamente dentro do sistema binário, da posse *versus* propriedade, desses conceitos sendo a moradia um mero desdobramento, similar ao significado de “teto”, residência ou habitação.

Há muito, todavia, que atingiu o sentido real da “moradia” significado bem mais profundo e intenso, prioritariamente desvinculado da noção de posse/propriedade, agora sintonzado com a dignidade humana, notadamente depois da Emenda Constitucional nº 26/2000. Não obstante a firme posição já manifestada pelo Supremo Tribunal Federal nesse sentido, muitos do Judiciário ainda teimam em atribuir à moradia sentido secundário, valorando-a de forma portanto nitidamente preconceituosa.

A intenção desse texto é a de colocar o significado da moradia, tal como contextualizada no artigo 6º da Constituição Federal, dentro da importância que tem no sistema legislativo atual vigente.

---

<sup>1</sup> Desembargador. Presidente da 7ª Câmara Cível e Diretor-Geral do CEDES.

## 2- Um novo significado jurídico e social para a moradia.

Como já dissemos de início, há por parte de nós juízes alguma dificuldade de conceber a “moradia” como um direito social autônomo, desligado por completo da noção, repetida que foi milhares de vezes nos bancos da Universidade, de mera detenção, posse ou da própria propriedade ou domínio.

Foi nos ensinado, tradicionalmente, que o uso ou a ocupação de um local, como moradia ou residência, do ponto de vista jurídico, se justificaria pelo título com que o bem viria sendo utilizado, preferindo-se sempre o legítimo proprietário, como aliás era regra expressa do Código Civil que vigorou até poucos anos atrás.

Não se olhava a moradia, portanto, como direito social autônomo, desvinculado ou independente de um título, como correspondente a um direito decorrente do maior de todos os valores, o da dignidade, que no dizer de Luis Roberto Barroso, significa:

“O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido em dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, de pensar e criar”.

A esse respeito, vale igualmente a lição do não menos autorizado João Pedro Gebran Neto, que leciona:

: “O princípio da dignidade da pessoa humana antes referido, além de configurar o mínimo necessário para um Estado Social de Direito, funciona como pedra angular para a interpretação constitucional, servindo de norte e como última *ratio* para dirimir conflitos entre interpretações. José Carlos Vieira de Andrade, após analisar os direitos fundamentais em três ordens, assinala que “há um conjunto de direitos fundamentais, do qual decorrem todos os outros: o conjunto dos direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens”.

Na doutrina de VADI LAMMÊGO BUROS em “Curso de direito Constitucional, 8ª Edição (20140), página 813, a “moradia” foi incluída no rol dos direitos sociais (art. 6º da C.F), porque:

*“A moradia foi inclusa entre os direitos sociais básicos pela Emenda Constitucional n. 26/2000. Pode até parecer mais uma “filiigrana dos nossos legisladores”, para tornar o texto da Carta Política mais parnasiano do que ele já é. Todavia, o acréscimo procurou levar em conta o fato de que poucos brasileiros têm casa própria. Mas não basta alçar o tema a nível constitucional se providências concretas não forem tomadas para efetivá-la. O importante é cumprir a promessa, normalmente esquecida depois de cada eleição”.*

Sobre “moradia” também leciona o Ministro Gilmar Mendes, em conjunto com o Prof. Paulo Gustavo Branco, na clássica obra “Curso de Direito Constitucional”, 11ª edição (2016) que:

*“A Constituição brasileira elenca a “moradia” como direito social (art. 6º), mas também indica que esta está incluída entre as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e de sua família (art. 7º, IV). Aponta, ainda, a “moradia” como política pública e estabelece a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX)”.*

A partir desse momento a moradia se desvincula da noção tradicional e ultrapassada de mera residência, como desdobramento da ocupação (legítima ou não) e toma foros de dignidade humana, como item essencial a uma sobrevivência que o (a) juiz (a) precisa garantir a todo cidadão jurisdicionado.

Dignidade humana, não é preciso recordar, representa o norte da jurisdição, o mínimo existencial sem o que o cidadão não merece sequer viver.

### 3- Alguns elementos novos que compõem o significado da moradia.

Esse novo sentido do conceito de “moradia” está vinculado a fatores outros que o (a) magistrado (a) precisa considerar, dentre eles a **segurança** com que se dá a ocupação (posse), a **disponibilidade dos serviços** e da própria infraestrutura do local, a **economicidade**, a **habitabilidade**, **acessibilidade**, **localização** e finalmente a **adequação cultural**.

A moradia, portanto, não pode ser considerada adequada se aquele que a utiliza e sua família não tem grau de segurança mínimo da posse, vale dizer se estão permanentemente sujeitos ao despejo forçado ou a outras ameaças de mesma natureza.

Também não é **adequada** a moradia se o ocupante ou sua família não tem acesso garantido ao fornecimento de água potável, saneamento básico, energia elétrica e coleta de lixo.

A moradia precisa ter **economicidade**, ou seja, o seu custo não deve ameaçar o livre exercício de outros direitos fundamentais básicos.

Deve ter **habitabilidade** e **acessibilidade**, no sentido de oferecer segurança e conforto mínimo a seus ocupantes, devendo ostentar **localização** adequada, que permita acesso a serviços de saúde, escolas e outros serviços sociais essenciais.

Por último, a moradia deve respeitar a **expressão da identidade cultural** de seus ocupantes.

Não é preciso recordar, que grupos de maior vulnerabilidade sofrem maior discriminação, como negros, mulheres, crianças população de rua e os imigrantes por exemplo, merecendo pois esses grupos maior cautela e atenção do Judiciário, que não raro vem a ser chamado para validar remoções forçadas em bloco, a pretexto de dar lugar a projetos imobiliários de investimento ou embelezamento da cidade, ou prestigiados por eventos internacionais como Copas do Mundo e Olimpíadas, recentemente realizadas no contexto da cidade do Rio de Janeiro.

Nessa hora não pode o (a) juiz (a) ignorar o texto constitucional, que ampara a moradia e terá que referendar o que já regulamenta o Direito Internacional. O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos já dispõe que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde, bem-estar, alimentação, vestuário e **habitação**”, dentre outros direitos. Em idêntico sentido a Declaração de Vancouver (1976), a Agenda 21 (1992), a Declaração de Istambul (1996), a Agenda Habitat (1996) e a Declaração do Milênio (2000).

Em termos de legislação infraconstitucional não nos faltam regulamentos, como o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2000) ou a Lei nº 11124/2005, que regulamenta o Sistema Nacional de Habitação. Há, pois, todo um sistema legislativo a regulamentar e contextualizar a “moradia” dentro de sua relevância social atual mas que está carente de efetividade e uma das razões reside, certamente, na concepção já ultrapassada que o Judiciário lhe confere, vinculando-a à legitimação da ocupação pela simples existência de um título.

Moradia não é propriedade e nem dela é dependente e essa idéia precisa ser incorporada com urgência pela atuação judicial moderna.

A esse respeito, documento produzido pela Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal, com o título “Por uma Cultura de Direitos Humanos” em 2013, alerta com propriedade:

*“O direito à moradia adequada é mais amplo do que o direito à propriedade, já que aborda direitos não relacionados à propriedade, visando a garantir que todos tenham um lugar seguro para viver em paz e dignidade, incluindo os não proprietários do imóvel. Segurança da posse, um dos pilares do direito à moradia adequada pode tomar uma variedade de formas, incluindo alojamento de aluguel, cooperativa de habitação, arrendamento, ocupação pelo dono, habitação de emergência ou assentamentos informais. Como tal, não se limita a atribuição de títulos formais.*

*Dada a ampla proteção proporcionada pelo direito à moradia adequada, o foco único em direitos de propriedade pode, inclusive, levar a violações do direito à moradia adequada, por exemplo, removendo forçadamente moradores de favelas que residem na propriedade privada. Por outro lado, a proteção do direito de propriedade pode ser crucial para garantir que certos grupos sejam capazes de desfrutar de seu direito à moradia adequada. O reconhecimento da igualdade de direitos dos cônjuges à propriedade familiar, por exemplo, muitas vezes é um fator importante para garantir que as mulheres tenham acesso igual e não discriminatório à moradia adequada”.*

#### 4- Conclusão

Será preciso que juízes (as) se “abram” com urgência para a nova e atual concepção do significado de “moradia”.

Já não representa e nem se vincula à propriedade, esta última como fruto normalmente da ostentação de um título, representando, portanto parte maior a moradia de um sistema de garantias fundamentais, vinculada ao conceito da dignidade da pessoa humana.

O valor da moradia se sobrepõe ao da especulação imobiliária e hoje a propriedade precisa respeitar sua função social.

Como nos alertou o emérito Professor Ricardo Lira, em entrevista que deu ao CONJUR – Consultor Jurídico, em 10 de outubro de 2010, as “moradias não regularizadas, principalmente nas regiões mais pobres, são o custo urbanização e da concentração de renda nas capitais e, por isso, não podem ser tratados com descaso. É a população que trabalha nos grandes centros e ajuda a aquecer na economia que, na maioria das vezes, é obrigada a viver de forma precária. É dever do poder público regularizar essas áreas e fornecer os serviços essenciais”.

Importante que juízes e juízas venham a refletir sobre isso. A “moradia” não é problema exclusivo do Executivo e inúmeras vezes o próprio Judiciário vem a ser conclamado a legitimá-la, ou não, em processos que buscam o desalijo.

O princípio pois da Dignidade Humana não pode ser, nessa hora, desconsiderado.

#### BIBLIOGRAFIA:

PEDRO GEBRAN NETO, JOÃO: *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – A busca de uma exegese emancipatória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, 47-48 pp.

ROBERTO BARROSO, L.: *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos fundamentais e a Construção do novo modelo*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 2010, 127-128, 249-250 e 252 pp.



[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

# MEDIAÇÃO E CONHECIMENTO ESPECÍFICO

**Antonio Carlos Esteves Torres<sup>1</sup>**

As pessoas que têm condição de perceber as alterações introduzidas no ordenamento jurídico nacional, através dos procedimentos legislativos, sabem que a dinâmica da elaboração das leis no cenário brasileiro, contemporaneamente, atravessa período inquieto, com projetos de alta carga política, a cercear prerrogativas e construir possibilidades de manipulação de poder e alterações sociais, como se oferecem a estudos os que alteram o sistema trabalhista, o abuso de autoridade, e o que adapta o teatro previdenciário do país à turbulência econômica atual.

Embora a manter-se prudente distanciamento de análises de mérito político, não há quem deixe de concordar, teórica e doutrinariamente, que nem sempre as alterações introduzidas no tecido jurídico põem à mostra, de imediato, os respectivos efeitos, que só se fazem sentir na atmosfera diluída do cotidiano do cidadão, que dela passa a tomar conhecimento através de sinais objetivos e concretos, como alteração de preços ou escassez de produtos e serviços, as consequências inflacionárias, especialmente.

O tema é longo e complexo. A amplitude dos meios tecnológicos de informação não permite que a influência psicossocial desses fenômenos jurídico-econômicos deixe de frequentar as fontes produtoras dos impactos culturais, que recrudescem, mais e mais, a árdua tarefa dos julgadores e demais encarregados de ministrar remédios destinados à solução de conflitos naturalmente daí advindos.

Vejam que nem sempre a elaboração de uma lei ou a conclusão de acordo de propósitos dispensam análise interpretativa da vontade do legislador ou das partes em tratativas negociais. Não raro, o operador da máquina legislativa ou os negociadores de seus próprios interesses acabam dizendo menos do que queriam ou mais do que pensavam desejar. Há equívocos interpretativos históricos, como o da extinção da escravatura, construtora de uma liberdade inviável; o comando plutocrático dos Códigos, comercial, civil, penal, da centúria retrasada; a regulação

---

<sup>1</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ; Ex-chefe da Divisão Jurídica do Banco Central do Brasil, no Estado do Rio de Janeiro; Advogado na CVM; ILLI – Pós-graduação Georgetown University Washington DC; Mestre em Direito na linha de pesquisa de Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá (2006); CAEPE-ESG (2010); Ex-diretor executivo do CEDES (2015-2016).

econômica de sempre, sempre longe dos resultados longínquos da igualdade inalcançada; a agitação da Lei do Divórcio, que, mesmo eliminados os ridículos das limitações quantitativas do uso do instrumento, ainda hoje convulsiona hostes religiosas e leigas da sociedade. Em estudo sociojurídico, ainda em andamento, livre dos percalços congressuais de costume, conclui-se que o período do regime de exceção logrou atuar com rapidez regulatória de resultados impensáveis para o decorrer de espaços de normalidade política, se é que, em alguma altura da vida brasileira, a expressão pôde ser considerada completamente adequada. Ainda aqui, vale a lembrança de que as assertivas são lançadas em caráter descritivo unicamente, sem julgamentos que excedam a observação notória do exercício de chusmas desavergonhadas e cínicas, cuja especialidade é a prática da corrupção.

Todo e qualquer cidadão, especialmente os que são chamados a intervir na solução de conflitos, aumentados pelo estado geral da sociedade e pelo esgarçamento ético, haverá de convir quanto à evidente lassidão moral que comanda fatos e feitos nacionais presentemente. Nem a Carta Política está integralmente apta a desempenhar seu papel sobranceiro perante o conjunto legislativo que lhe é infraestante. Quase uma centena de emendas só não a descaracteriza como Lei Fundamental, porque subsistentes princípios inarredáveis próprios de texto constitucional: a garantia do sistema de governo; a observância dos poderes do regime republicano; a evidência dos direitos fundamentais.

Com estas observações, alguns desejos oníricos se tornaram utópicos e se desfizeram, como a fórmula de achismo demagógico dos juros anuais de 12%, produto de uma política descomprometida com as bases da teoria econômico-financeira; a obstinada tentativa de manutenção de conceitos desligados da realidade, inúteis diante de instrumentos técnicos, como os de exame de DNA, que praticamente eliminaram a possibilidade de dúvidas quanto à paternidade; ou de mudança de comportamento com respeito às relações familiares, a partir das transformações redesenhadas pelo art. 226 da Lei Maior, além da disseminação da nuvem de ignorância com que a condição humana das tendências homossexuais são tratadas, por mentes retrógradas e às vezes temerosas da autorreferência, que, ao fim de tudo, põem os analistas diante dos desafios ditados pelas filosofias rompedoras dos dogmas envelhecidos.

Todos têm alguma noção de que o sistema oficial de fazimento de justiça se encontra constrangido por diversos motivos, que vieram a produzir o fantástico algarismo de mais de centena de milhões – centena de milhões – de feitos distribuídos no Brasil. O quantitativo, diante da lógica, impede que haja velocidade adequada à busca da prestação jurisdicional, o que, na realidade, não comporta o pior das graves consequências. Muito pior do que a pontual insuficiência da velocidade processual está a não consecução do ideal de justiça.

Efetivamente, não é um problema de fácil solução. Ao menos a curto prazo. Certamente, se trata de um entrave a exigir plano de Estado e não só de governo. De alguma forma, com a participação do Poder Judiciário, a quem cabe a iniciativa da lei Complementar que dispõe sobre o seu Estatuto, os concursos para ingresso na Magistratura têm-se repetido com a frequência possível; as adaptações legislativas para as mecânicas julgadoras acompanham o desenvolver da sociedade; temos um Código Civil que respeita a efetividade e a ética; a recuperação da empresa precede a antiga prioridade do destino falencial, irreversível; na esteira dos objetivos ditados

pela política utilizada por modernos baluartes da processualística, acaba de entrar em vigor um novo Código de Processo Civil, promovendo as dinâmicas de solução de conflito, com maior celeridade, escoimando o preconceito impeditivo do uso dos meios alternativos – ADR -, como se conhece na sigla em inglês.

Lembre-se que, além do princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de ameaça ou lesão de direitos, no art. 3º, do CPC, que marcha ao lado do art. 5º, XXXV, da CRFB, há expressa previsão dos meios alternos de composição de divergências, dentre os quais se destaca a mediação, objeto de estímulo à decisão de desavenças, e de obrigatório uso, como se extrai dos artigos 165 e 334, do diploma de ritos, Lei nº 13.105/2015, de franca exortação dos litigantes a solverem seus desencontros, sem agravar o cenário processual quantitativo que impede o verdadeiro fazimento de justiça.

A Lei nº 13.105/2015, o novo CPC, como expressamente se revela na exposição de motivos que a introduz, pretende “converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou conciliação”. Nessas linhas, o Judiciário passou a considerar a arbitragem, a mediação e a conciliação, embora esta, também e desde sempre, dever do magistrado (art. 125 CPC/1973 e 139, CPC/2015), fortes aliados contra o excesso que o afoga, como de amplo e geral conhecimento.

É bem de ver que, ainda hoje, a Magistratura, e mesmo o cidadão, ainda não oferecem à sistemática o mais completo prestígio, dela não fazendo o uso de sua integral potencialidade. O avanço, ao menos em termos de normas, é evidente, a partir da Lei nº 9.307/96 (arbitragem), com alargamentos ditados pela Lei nº 13.129/15; Lei nº 13.140/15, disciplinadora da mediação, cujo emprego passa a ser obrigatoriamente considerado, nos termos do CPC vigente, nos artigos 3º, §1º e 2º; 165/175; 334, §1º e 2º.

A lei criadora da mecanicidade mediadora dispõe no parágrafo único do art. 1º - “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Os princípios que regem a mediação, ainda de acordo com o constante da Lei nº 13.140/15, são a imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade, boa-fé.

Embora o sistema admita que as partes elejam qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes, desde que capacitada a mediar, o mediador judicial, além de capaz, deve estar graduado há pelo menos dois anos em curso de ensino superior, de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, que tenha obtido capacitação em entidade de formação de mediadores, reconhecida pela ENFAM ou Tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ, em conjunto com o Ministério da Justiça.

Neste particular das exigências, os valores éticos e intelectuais se agigantam incomensuravelmente. Os profissionais do ramo serão imparciais e atuarão dentro dos critérios da confidencia-

lidade. O que lhes for transmitido só em razão dos fins específicos do caso será usado, o sigilo é irreversivelmente obrigatório.

O conhecimento da técnica que envolve o tema objeto da controvérsia é indispensável. Só pode auxiliar em circunstâncias de controvérsia material quem tiver o domínio teórico e prático do assunto. Em determinada ocasião, o mediador, no uso da técnica psicológica, obteve dos desavindos, pai idoso e filhos, que procuravam dissuadi-lo de unir-se a uma jovem colaboradora do lar, pronto acordo que envolveria a venda, a ser concluída com a morte do proprietário, o pai, sem saber da inutilidade da composição, em vista do expresso impeditivo do art. 426, do Código Civil, “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Os caminhos da moderação vão avançando com algum vagar. No entanto, observem-se as palavras do Senhor Desembargador Cesar Cury, cuja experiência jurídico-profissional o habilita ao exercício prático-teórico das soluções consensuais de conflitos, como esclareceu em entrevista comemorativa de um ano de administração da AMAERJ, sob a batuta da Magistrada Renata Gil: a essência da prática é restabelecer “a empatia entre agressor e vítima e fazer com que cada um se ponha no lugar do outro. Restaura a dignidade de cada um e a relação. Não quer dizer que voltem a ficar juntos ou amigos, mas volta a existir respeito”.

Nesta entrevista, o magistrado apresenta a ambiência em que a metodologia se desenvolve, com plena consciência de que há “desconhecimento da eficácia e, em razão disso, alguma resistência. O juiz é formado para ser julgador, atuar na adversidade. É uma mudança de paradigma atuar na consensualidade. Hoje, o processo não é a única solução. O meio do processo é impróprio, inadequado para tratar certos conflitos”.

Em qualquer das situações, o mediador, bem como o juiz, precisa estar atento para apreender as circunstâncias de ordem subjetiva que envolvem as partes e singram entre os interesses dos desavindos, razoáveis ou não, justos ou não, e as posições das quais os litigantes não se afastam sob qualquer custo.

Para esta etapa da abordagem, o ideal seria que os mediadores tivessem habilitação em psicologia, o que nem sempre é possível. José Maria Rossani Garcez, no seu ADRS, Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, Ed. Lumen Juris, 2013, pág. 56/58, discorre sobre as mais diversas teorias da ciência psicológica, para aliviar o espectro da profissionalidade do ramo, trazendo a opção de Maslow, ao método mediador, que, em 1954, “sugeriu que as necessidades das pessoas repousam numa hierarquia. As necessidades biológicas básicas de sobrevivência, como as de alimentos e água, formam a base da pirâmide, enquanto que as necessidades psicológicas, como a de amar, constituem um nível superior. Uma pessoa que não tenha preenchido suas necessidades básicas físicas e de segurança não pode alcançar o estágio superior. A pessoa que pode satisfazer a todas as suas necessidades possíveis simultaneamente se **autorrealiza**”.

Todos sabem que os magistrados fluminenses se aprimoram através de diversos cursos realizados pela EMERJ. O CEDES vem cumprindo seu papel, centralizando estudos atualizadores das ideias inovadoras. As estratégias de gestão, em todos os níveis, incluindo servidores, em geral, incluem a prática de novas mecânicas, como ocorreu com os litígios consumeristas e, agora, com as diversas palestras sobre os meios alternativos de solução de conflitos. A dinâmica adminis-

trativa, em certa altura, exigiu o uso da coragem, como se verificou na transformação das Varas de Falências e Concordatas em Varas de Direito Empresarial, estimulando a especialização em propriedade industrial (marcas e patentes); Direito Marítimo (praticagem, acidentes, comando, transporte); Direito do Autor (plágio); sociedades e sociedades anônimas (instituição, espécies, sócios).

Como se vê, entre as relações de múltiplas configurações e aspectos, familiares; empregatícias; consumeristas; contratos de grande espectro, como o caso “Oi”, ainda em andamento, tudo a compêlir a que julgadores e mediadores, para melhor exercer suas funções, estudem e se preparem, de modo a garantir o pleno conhecimento das matérias e das gentes, em direção ao melhor auxílio, na composição de controvérsias, o que exige, muitas das vezes, sabedoria.

Dentre as relações que mais reclamam a atuação dos mediadores estão as de natureza social, dada a imensa rede que envolve tratativas e convivências. Desde que as pessoas se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e partilha de resultados, até o ponto em que resolvem, de comum acordo, dissolver a entidade que também se extingue por tempo determinado percorrido, por falta de condições constitutivas, especialmente a ***affectio societatis***, ou determinação legal. Os artigos 981 e 1.033, do Código Civil, oferecem as bases para a espécie, e, na vida do contrato, os episódios são múltiplos e diversificados, obrigando a que, em caso de desavença, o julgador ou o mediador estejam habilitados a lidar com a situação.

A natureza das sociedades em geral tem um imenso grau de complexidade, cabendo não esquecer que, em termos constitucionais, é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, cuja ordem, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, se dirige à garantia da existência digna, conforme os ditames da justiça social, mediante a salvaguarda dos princípios que regem a soberania nacional; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego.

Tem-se, portanto, que ao se constituir uma sociedade, o intento se projeta nesta gama fundamental de valores, o que torna obrigatória a manutenção da iniciativa, por interesse individual e social. Eis por que as dissoluções e transformações organizacionais não se dão sem a observância de comandos diversos de diversos caracteres, cujo conhecimento é obrigatório para quem se dispõe a julgar, conciliar ou mediar.

Dissoluções ou transformações, uma vez constituída a sociedade, mediante contrato específico, obedecem aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo, como se extrai da dicção expressa do art. 1.113, do Código Civil. A transformação não prejudicará, em qualquer caso, o direito de credores (art. 1.115, do Código Civil).

Assegurado o direito dos credores, terceiros, nos casos de dissolução ou transformação de sociedades, importa examinar a natureza constitutiva da organização, pessoal ou de capital. Em muitos casos, como se prevê no art.1.033, IV, do Código Civil, a falta de pluralidade de sócios leva à dissolução do empreendimento. O mesmo resultado ocorre - ainda que a pluralidade legal esteja observada, (excluamos do raciocínio a empresa unipessoal, como a prevista pela Lei nº

12.441/2011) -, quando a existência de um determinado quantitativo ou membro especialmente habilitado na constituição societária seja imprescindível (empresa aérea constituída por um piloto e dois mecânicos não sobreviveria sem o piloto habilitado, por exemplo); a retirada do sócio se converte em fato que transcende o direito, ainda mais se o retirante se comprometeu a prestar sua colaboração por tempo determinado, ou, em caso de prazo não estipulado, não avisa no devido tempo de sua saída.

A fórmula constitutiva ou de transformação é um contrato que se submete aos princípios insculpidos especialmente nos artigos 422 e 427, proibitivos de comportamento desconcertante do que se propôs ou concluiu. A ética me impede de trazer nomes ou fatos. Mas, durante minha vida profissional, elaborei, praticamente sozinho, teses, para as quais, ao término, contei com ligeira colaboração de outro escritor, que publicou o trabalho em seu nome tão somente. Este exemplo simplório e que já vence quarto de século, ao menos, se presta a configurar a situação de quem se aproveita do prestígio alheio, muito comum no plágio, para proveito próprio. Como se verifica nos dispositivos apontados, os princípios da boa-fé da probidade são obrigatoriamente observados desde a conclusão preliminar da proposta, até a sua execução.

Não raro, a mecânica transformadora acaba por revestir-se do manto da desigualdade. Uma ou mais partes, antes que prazos e períodos amadureçam, dão a largada no procedimento de reestruturação individualizada, mantêm todo o prestígio angariado pela entidade transformada, impedindo a sobrevivência ou o bom sucesso dos restantes remanescentes, sem forças para reconstituir seus elementos de empresa.

O uso de meio insidioso para desviar clientela; aproveitar-se de nome comercial, trazendo para ganho próprio o prestígio de que não pode valer-se, por lei ou obrigação contratual; explorar conhecimentos ou informações, angariados via de enleio, são modalidades de concorrência desleal, crime cujo tipo está largamente previsto no art. 195, da Lei nº 9.279/96. Sem o conhecimento destas circunstâncias e suas consequências penais, o mediador estará desguarnecido de elementos capazes de municiar as partes com dados que as tornem capazes de compor sua vontade, com plenitude de consciência.

Guardadas as devidas proporções, o cenário dos casos da espécie, que se repetem, é de tal gravidade que chegam a alterar conceitos e entendimentos jurisprudenciais. Tira-se de trabalho de Márcio Tadeu Nunes, jovem jurista, valioso lembrete sobre a possibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima, porque, tratando-se de SA, enfeixada em grupo familiar, incidiu-se em quebra da *affectio societatis*, por improdutividade, inexistência de lucros:

Assim, hoje a posição dominante do STJ defende a possibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima. A esse respeito, vejamos o Resp. nº 111.294, relatado pelo Ministro Barros Monteiro ([www.bicharalaw.com.br](http://www.bicharalaw.com.br)):

DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. GRUPO FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE LUCROS E DE DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS HÁ VÁRIOS ANOS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. SÓCIOS MINORITÁRIOS. POSSIBILIDADE. Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido”.

Para que se torne mais claro o pensamento sobre a relação entre sócios e sociedade, vale a lembrança de que a inventiva transgressora da boa ordem se renova, no sentido de aproveitamento das organizações para fins ilícitos de autoaproveitamento. É o caso que resulta na desconsideração da personalidade, cujo repertório de manobras e estratégias não tem fim.

Houve algum tempo para que as mecânicas sutis de abuso de poder chegassem aos termos de configuração legislativa como, hoje, se recolhe do art. 50, do Código Civil: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio da finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios de pessoa jurídica”.

Nessas linhas de considerações de ordem constitucional e principiológica, abrem-se os caminhos dos fins sociais da propriedade e dos contratos, entre eles os constitutivos e transformadores das sociedades. O ordenamento jurídico atua sob a capa de valores que se amoldam ao universo da Carta Magna e convida julgadores e outros fazedores de justiça ao aprimoramento intelectual e prático de seu mister a corroborar as sendas por onde transita este sagrado objetivo, tudo para evitar que planejamentos normalmente inseridos na vida da estruturação empresarial se transformem em estratégia de abominável enriquecimento ilícito, provocador da desigualdade.

Só o profissional experiente e dono de cabedal significativo de conhecimento específico pode exercer sua função apaziguadora de conflitos.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

# A APLICABILIDADE AMPLIADA DA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Márcio dos Santos Barros<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O Estatuto das Licitações, a Lei 8.666, de 21/06/1.993, regulamenta o inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, e estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos que tenham como objeto obras, serviços, compras, alienações e locações realizados no âmbito dos Poderes das Esferas Federal, Estadual, Municipal e Distrital. Em seu artigo 3º, na redação dada pela Lei 12.349, de 15/12/2.010, são referenciados os fundamentos para sua manifestação no mundo real. São inequivocamente anunciados, sem prejuízo de outros também aplicáveis, os alicerces que servirão de base para todo e qualquer procedimento licitatório a ser realizado pelos órgãos e entidades públicas. Em sua dicção,

“A licitação **destina-se** a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

Em suma: a licitação tem tripla destinação e será operacionalizada até a escolha de seu

---

<sup>1</sup> Advogado, economista, mestre em administração pública, aposentado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, professor nas áreas de direito administrativo e gestão pública. Autor do livro “502 Comentários sobre Licitações e Contratos” – editora NDJ – além de inúmeros textos publicados em revistas especializadas.

vencedor em obediência aos diversos princípios jurídicos aplicáveis<sup>2</sup>. É sobre a parte inicial da norma, a destinação das licitações, que vamos tecer nossos comentários.

Porque o legislador utilizou a expressão “destina-se” é compreensível a interpretação de que a finalidade da licitação, seu objetivo, seria concretizar o tripé isonomia, seleção da proposta mais vantajosa para a administração (confunde-se com o Princípio da Vantajosidade) e promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Temos assim, o que poderíamos identificar como os três vetores para a aquisição de bens e serviços e para a realização de obras por terceiros que venham a ser contratados pelos órgãos e entidades públicas. Haveria, entretanto, um ordenamento lógico estabelecido pelo legislador nessas três características ou, até mesmo, uma escala de preferência? A ausência de alguma delas eivaria o procedimento licitatório de ilegalidade?

## 2. MOTIVOS E DESTINOS DA LICITAÇÃO

Não, não há um ordenamento lógico na enunciação. Ninguém faria uma licitação simplesmente pelo desejo de garantir, preliminarmente, a observância do princípio da isonomia, por mais importância que este tenha, como sempre reafirmado pela doutrina, que há muito se debruça sobre seu conteúdo e suas nuances, mas que pode sempre ser resumido com sabedoria pelo adágio “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”. Em verdade, também não seria justificável licitar objetos tão somente porque as possíveis propostas, circunstancialmente, poderiam trazer vantagens hipotéticas para a administração. Igualmente não faria sentido forçar a realização de determinado procedimento licitatório porque a contratação dele decorrente promoveria, antes de tudo, o desenvolvimento nacional sustentável.

A motivação básica, a razão de ser originária das licitações é outra. É permitir que, com a participação de terceiros, possa a administração atender a uma necessidade própria, institucional, ou a uma necessidade pública, de benefício direto à população. Assim, os destinos da licitação devem obedecer a uma premissa: a existência da necessidade da obtenção ou da realização de um objeto que a administração não pode, não sabe, não deve ou não deseja concretizar

---

2 Não é nosso objetivo neste estudo analisar os diversos princípios aplicáveis às licitações e contratações públicas. Basta mencionar que são a fonte e origem das normas jurídicas, que devem ser interpretadas e aplicadas à sua luz, sendo inaceitável solução que as contrarie. Dada sua diversidade, deve haver o cuidado para que, durante sua aplicação ao caso concreto, sejam os princípios interpretados de forma interrelacionada, sendo boa regra de hermenêutica estabelecer-lhes a devida ponderação para, eventualmente, harmonizá-los. Apenas como referência, citamos, não de forma exaustiva, aqueles de maior aplicabilidade às licitações e contratações da Administração Pública: isonomia, legalidade, legitimidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, supremacia do interesse público, eficiência, vantajosidade, justo preço, competitividade, continuidade dos serviços públicos, celeridade, seletividade, motivação, autotutela, impessoalidade, indisponibilidade do interesse público, procedimento formal, razoabilidade, transparência e efetividade.

diretamente porque melhor seria produzido ou realizado por terceiros ou, até mesmo, porque só terceiros poderiam produzi-lo ou realizá-lo. Tão somente a partir dessa constatação é possível imaginar-se a realização de uma licitação e a consequente efetivação de sua destinação.

Portanto, uma vez estabelecida essa premissa, a efetiva existência de uma necessidade a ser atendida com o recurso de terceiros, e só a partir dela, faria sentido mover-se a administração no sentido de realizar um procedimento licitatório. Ordem houvesse na citação legal, e dela nem consta, o primeiro destino da licitação seria o atendimento dessa necessidade. Superada a etapa, com o estabelecimento do objeto a ser licitado, a busca de sua concretização há de balizar e condicionar a destinação legal estabelecida. Ou seja, os destinos da licitação atenderão a tríade legal na justa medida em que a inafastável premissa do efetivo atendimento do objeto da licitação seja concretizado. Assim, estabelecido de forma incontestada o objeto que atenderá a necessidade demandada há que se buscar (e aí poderíamos dizer, em princípio, que existiria uma preferência em relação aos quesitos, não na mesma ordem apresentada pelo legislador), em um primeiro momento, não a isonomia, nem mesmo o desenvolvimento nacional sustentável, mas sim que seu executor seja aquele que, durante o procedimento licitatório ofereceu, ao menos em tese, uma vez que sua concretização está no porvir, a proposta mais vantajosa para a administração. Entretanto, e agora sim, essa proposta mais vantajosa não pode ser vista de forma absoluta ou isolada. Deve ser relativizada pelo respeito à isonomia entre os licitantes e deve buscar entre as possibilidades de sua realização, aquela que atenda ou respeite o desenvolvimento nacional sustentável. Deve ser, inclusive, descartada a possibilidade de realização do objeto da forma que melhor atenda à administração se essa opção for estabelecida sem a incidência das demais exigências, quando cabíveis. Estaria eivado de ilegalidade o procedimento licitatório respectivo.

Mas também não é possível que, em nome dessas demais finalidades, não se acolha a proposta que maior vantagem traria para a administração ou, ao menos, proposta que também traria vantagem para a administração. Em nome da isonomia, em nome da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, não é possível a contratação de proposta que não traga vantagens para a administração. Não parece, então, haver dúvidas de que, da tríade sob análise, a primeira que deve ser verificada é aquela que diz respeito à busca da melhor proposta para a administração<sup>3</sup> que não é, como sabemos, necessariamente aquela de menor preço. “A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração”<sup>4</sup>. Essa relação custo/benefício não se exaure nos aspectos econômicos. Comporta exame sob outras óticas, tais como ambientais e sociais, relacionadas a perspectivas presentes e também futuras, inclusive aquelas relacionadas ao ciclo de vida dos produtos e serviços. Só a partir de então, e por essa condicionante, as demais serão perquiridas.

---

3 Esse é o posicionamento majoritário da doutrina. Por exemplo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 455. Ainda GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p 376.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p 63.

Imaginemos que determinado fornecedor potencial de dada prefeitura ofereça um serviço de grande utilidade para a população local – objeto, portanto, que interessa à comuna - por preço extremamente atrativo. Poderia a administração contratá-lo de imediato sem oferecer aos demais fornecedores do ramo a mesma possibilidade? A resposta é não. Salvo uma eventual situação de dispensa (por exemplo, emergência) ou inexigibilidade de licitação (por exemplo, ser aquele o único fornecedor do bem demandado), estará a administração obrigada a realizar o procedimento licitatório correspondente para permitir que os demais interessados do mesmo ramo de negócio oportunizem suas propostas. É a aplicação concreta do Princípio da Isonomia (e, também, do Princípio da Competitividade).

Vamos supor, agora, situação similar vista sob a ótica da promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A resposta já não é tão simples. Isso porque o Decreto. 7.746, de 5 de junho de 2012, que regulamentou o art. 3º acima mencionado, estabeleceu critérios, práticas e diretrizes gerais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes. Mas, ao fazê-lo, de imediato, em lugar de confirmá-la como um dos destinos da licitação, em verdade excepcionou-a ao prescrever, em seu art. 2º, que a administração federal **poderá** - e não deverá - adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório. E mais, provando ser esse objetivo uma exceção, determinou, no parágrafo único do mesmo artigo, que “*A adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame*”. Assim, não seria qualquer licitação que adotaria critérios e práticas de sustentabilidade (em verdade, para certos objetos, adotando-se uma tradicional ótica restritiva do conceito de sustentabilidade, nem seria possível aplicá-los). Esses teriam que ser, em cada caso, explicitados, sempre atentando para o cuidado de preservar o caráter competitivo do certame. Se era esse o entendimento na União, não seria diferente nas demais Esferas de Governo. Salvo exceções, não havia incentivo para a efetiva aplicação desse dispositivo legal, apesar da Instrução Normativa 01, de 10 de janeiro de 2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que dispôs sobre os critérios de sustentabilidade ambiental que deveriam ser incluídos nas licitações realizadas no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal.

O que parece ter sido preocupação do decreto regulamentador é que as regras relacionadas à sustentabilidade só seriam aplicáveis onde já estivessem sedimentadas e, portanto, passíveis de aplicação por diversos profissionais ou empresas do ramo de atuação.

Desta forma temos, em termos práticos, uma situação que, em atendimento ao Princípio da Competitividade, a destinação do desenvolvimento nacional sustentável poderia ser relativizada e, talvez, em consequência, até mesmo, a destinação da escolha da proposta que melhor atenda à administração.

É claro que essas desejáveis práticas sustentáveis são incorporadas pouco a pouco nas atividades econômicas. Há áreas onde já avançaram bastante e há áreas em que isso ainda não ocorre. Por outro lado, algumas delas podem rapidamente ser implementadas porque dizem respeito a mudanças simples em procedimentos anteriormente adotados. Outras são de mais difícil implementação porque relacionadas a processos produtivos ou a mudanças institucionais profundas. O grande poder de compra dos órgãos e entidades governamentais, nas três Esferas de Governo, é, no entanto, indutor do comportamento do mercado, podendo, assim, incentivar um desenvolvimento das práticas sustentáveis na medida em que as tornam exigências a serem cumpridas pelos licitantes, de imediato ou em prazo mais dilatado.

Apesar do teor discricionário da redação dada pelo Decreto 7.746/12, em comento, vê-se clara defesa da realização de licitações sustentáveis por parte do TCU. No Acórdão 6047/2015 – TCU – 2 Câmara, de 25/08/2015, o Ministro Raimundo Carreiro assim se manifestou:

Como é notório, cada vez mais a sociedade participa (e exige a participação) de movimentos em prol da sustentabilidade ambiental. E a Administração Pública não pode, nem deve, deixar de inserir esse tipo de critério para escolha das aquisições a serem realizadas ou dos serviços a serem contratados. Nesse sentido, as chamadas licitações sustentáveis constituem importante instrumento a ser adotado pelas entidades públicas para, utilizando seu significativo poder de compra, induzir o setor produtivo a adotar processos de produção ambientalmente mais sustentáveis.

É importante destacar que a realização desse tipo de licitação tem pleno amparo normativo, a começar da própria Constituição Federal (arts. 170, inciso VI, e 225), passando por Acordos Internacionais (Agenda 21), Leis Ordinárias (Política Nacional de Mudança do Clima-Lei 12.187/2009, Política Nacional de Resíduos Sólidos-Lei 12.305/2010), cabendo registrar que a própria Lei 8.666/1993, com a alteração promovida pela Lei 12.349/2010, fez constar explicitamente do seu art. 3º que um dos objetivos da licitação é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nessa linha de argumentação recomendou à determinada administração fiscalizada que:

Adote procedimentos administrativos com vistas a criar grupo de trabalho, com a participação da assessoria jurídica da Unidade, para estudar e propor formas de inserção dos critérios de sustentabilidade ambiental nas futuras aquisições de bens e serviços; Recomendação 2: Inclua, nos futuros editais, cláusula que estabeleça critérios de sustentabilidade ambiental, em atendimento aos artigos 1º e 5º, incisos I a IV da IN-SLTI n. 1/2010”.

O Mesmo TCU, em pronunciamento similar, no Acórdão TCU 711, publicado no DOU de 28/02/14, deu ciência a determinada entidade pública de que “a realização de processo de licitação sem a observância de critérios de sustentabilidade ambiental contraria o disposto na Instrução Normativa/SLTI-MP nº 1/2010”.

### 3. A ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL E SUA APLICABILIDADE

Ao que parece esse entendimento acima explicitado passou a prevalecer. Veja-se que, ao discutirmos o Decreto 7.746/12, utilizamos os verbos em regência temporal pretérita porque seu texto foi alterado pelo recente Decreto 9.178, de 23/10/2017. Assim, a nova redação do art. 2º estabelece que

“Na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes **adotarão** critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios, observado o disposto neste Decreto.

Parágrafo único. A adequação da especificação do objeto da contratação e das obrigações da contratada aos critérios e às práticas de sustentabilidade **será justificada** nos autos, resguardado o caráter competitivo do certame”.

Essa pequena alteração é, entretanto, fundamental. Em lugar de opcional (poderá), passa a ser obrigatória (deverá) a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade. Até mesmo a exclusão da expressão “diretrizes gerais” no novo texto regulamentar parece querer dar cunho mais prático à norma. O prazo estabelecido para o cumprimento dessa obrigatoriedade é de cento e oitenta (180) dias contados a partir da data da publicação do decreto (ocorrida em 24/10/2017), conforme o art. 3º, concedendo-se, assim, um lapso temporal para a adequação das práticas adotadas pelos órgãos e entidades afetados.

*Ad argumentandum tantum*, exemplifiquemos que, em um ramo qualquer da atividade empresarial, certa empresa desenvolveu um processo produtivo adotando as melhores práticas de sustentabilidade de forma inovadora, sem que tenha sido acompanhada pelas demais empresas do ramo. Exigir a adoção dessas práticas no edital seria, em princípio, vedado por limitar o caráter competitivo do certame, já que nenhuma outra empresa poderia atender à exigência. Prevalecendo esse entendimento estar-se-ia dando cumprimento ao Princípio da Competitividade<sup>5</sup>, mas, por outro lado, isso causaria um claro desincentivo à inovação produzida, contrariando a finalidade licitatória de promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

---

5 “**PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE** – Quanto maior o número de licitantes, maiores as chances de que a Administração obtenha preços menores. A publicação do edital de forma abrangente, a não inclusão de exigências desnecessárias e restritivas no edital e a interpretação de suas normas no sentido de garantir a ampliação da disputa entre os interessados (sempre que possível, ou seja, desde que não comprometam o interesse público) são exemplos práticos de adoção do princípio. Serão inadmissíveis quaisquer medidas que, injustificadamente, venham a frustrar o caráter competitivo das licitações”. BARROS, Márcio dos Santos. 502 comentários sobre licitações e contratos. 2.ed. São Paulo: NDJ, 2011, p 51.

Temos, assim, um eventual conflito ou impasse *in abstracto* que só pode ser solucionado *in concreto*, vale dizer, apenas a situação fática poderá estabelecer o equilíbrio entre essas restrições legais. O novo texto regulamentar avançou, no entanto. Sinaliza que, agora, ainda que não seja uma prática comum ao mercado, devem ser feitas exigências de critérios e práticas sustentáveis, em especial quando se referirem aos itens relacionados no seu art. 4º, como segue:

*I – baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água (redação dada pelo Decreto 9.178/17);*

*II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;*

*III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;*

*IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;*

*V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;*

*VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e*

*VII – origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras (redação dada pelo Decreto 9.178/17);*

*VIII - utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento”.*

Contextualizemos a questão. Primeiramente, é preciso assinalar que possui perfeita correspondência ao conceito nacional o desenvolvimento regional sustentável, aplicado no âmbito dos Estados Federativos e o conceito de desenvolvimento local sustentável, aplicado no âmbito municipal. Assim, licitações realizadas por outras Esferas de Governo que não a federal também adotarão as mesmas práticas sustentáveis em suas jurisdições.

Depois se faz necessário discutir tema que, por ainda ser recente, *não* se encontra inteiramente esgotado. Ele diz respeito ao alcance da expressão “desenvolvimento nacional sustentável”. Isso porque, ao conhecido binômio de sede constitucional “desenvolvimento nacional”<sup>6</sup>, processo econômico e social, juntou-se, por força da redação dada pela Lei 12.349/10, uma qualificação adicional, uma adjetivação modernizante, dizendo respeito a tema que extrapola o campo do Direito, abrangendo áreas as mais variadas do conhecimento humano e da vida cotidiana.

---

6 Um dos objetivos fundamentais da República é garantir o desenvolvimento nacional – art 3º, II, da Constituição Federal.

Isso porque a sustentabilidade é um conceito que não se aplica tão somente a questão ambiental. Possui forte conteúdo *ético*, social, cultural, tecnológico e econômico.

Evidentemente, à medida que integra as leis, a sustentabilidade passa a ser um conceito jurídico e incorpora as regras, exigências e limitações legais estabelecidas, inclusive nos campos dos direitos civil, trabalhista e tributário.

É, desde sempre, um conceito ecológico porque busca preservar ou minimizar os impactos ambientais e à saúde pública. O desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades (Relatório Brundtland<sup>7</sup>). Veja-se, por exemplo, a Lei 12.305/10 que institui a política nacional de resíduos sólidos, bem como a anteriormente citada Instrução Normativa nº 1, de 19/01/2010 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Mas é, também, um conceito ético porque diz respeito aos valores morais e aos princípios que norteiam a conduta humana na sociedade; é um conceito social porque busca respeitar os direitos de comunidades potencial ou efetivamente afetadas ou minimizar e compensar os efeitos das atividades impactantes; é um conceito cultural porque se baseia nos costumes e atende às crenças de determinada sociedade; é um conceito tecnológico porque incorpora o desenvolvimento tecnológico nos diversos níveis; por fim, é um conceito econômico pelos evidentes impactos nas atividades humanas geradoras de mais valia.

É possível verificar que, ao menos em parte, essa abrangência conceitual é abrigada pela legislação. Veja-se que, dos oito incisos citados pelo art 4º, os de número I, VI, VII e VIII dizem respeito a questões claramente ambientais, o de número IV possui conotações sociais e econômicas e os de número II, III e V têm componente predominantemente econômico. Esse último aspecto é claramente determinado quando se privilegia a geração de empregos, especialmente a mão-de-obra local; quando se dá preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local, permitindo um maior desenvolvimento da economia da região; quando se propugna por uma maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia, reduzindo os custos da utilização dos imóveis, da realização de serviços ou da produção de bens; e, ainda, quando se privilegia bens ou obras com maior vida útil e menor custo de manutenção.

---

7 Documento elaborado, em 1.987, pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento.

#### 4. A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS NAS LICITAÇÕES

Há, entretanto, um aspecto que mereceria consideração na legislação e na doutrina. Sem aprofundar a questão, é sabido que se torna cada vez mais relevante e valorizado pela sociedade o que poderíamos denominar de responsabilidade social das empresas. Tanto é assim que assuntos como ética, transparência e compromissos com o meio ambiente em que atuam fazem parte do ideário de inúmeras entidades privadas, com ou sem fins lucrativos. É realidade na contabilidade de muitas e pujantes empresas o Balanço Social representado pelo conjunto de informações demonstrando sua gestão social, o relacionamento que as mesmas mantêm com a sociedade em geral e, em especial, com aquelas comunidades pertencentes à região em que atuam. Esse compromisso com a agenda social, com o desenvolvimento econômico-social local integra o planejamento estratégico, fortalece a imagem institucional e contribui para a conquista do mercado consumidor. Alia o interesse empresarial ao preenchimento de espaços criados pela ausência ou pela ineficiência do Estado.

Esse “compromisso” institucional é cada vez mais desejável e contraditório, mas corre, normalmente, à margem e independentemente das políticas públicas nacionais e locais. Torna-se fácil, então, perquirir: licitante que se compromete a produzir resultados positivos no atendimento de alguma ou de algumas das diversas carências sociais, independentemente de sua área de atuação, estará contribuindo para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável? Se a resposta é positiva, seria possível estabelecer nas licitações critérios e práticas que conciliassem esses interesses? Não estaria a administração, ao estabelecê-los, criando condições para a escolha da melhor proposta, da proposta que melhor atendesse ao interesse público?

A Lei 13.303, de 30/06/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, faz avanços sobre o tema. Em seu art. 32 estabelece as diretrizes a serem observadas nas licitações e contratos que realizarem, entre elas, no item II, a

“busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância”.

Além disso, no art. 54, que estabelece os critérios de julgamento das licitações, prevê, no § 7º que, quando for adotado o critério de maior retorno econômico,

“será obrigatoriamente considerada, nos termos do respectivo instrumento convocatório, a repercussão, no meio social, da finalidade para cujo atendimento o bem será utilizado pelo adquirente”.

Essas normas dão bem a medida da importância do atendimento de finalidades sociais nas licitações, estabelecendo objetivos relacionados à função regulatória ou extraeconômica das licitações. A licitação não é um fim em si mesmo ou mero mecanismo de compras do governo, mas instrumento de realização do interesse público. São abundantes as iniciativas nessa linha como as previstas na Lei Complementar 123/06 (Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) e, até mesmo, na Lei 8.666/93 que, por exemplo, no art 3º, § 5º, estabelece margem de preferência para serviços e produtos de forma a atender a interesse da economia nacional. Além disso, a recente Lei 13.500, de 26/10/2017, acrescenta um § 5º ao art. 40 da Lei das licitações, estabelecendo que

“A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento”.

Não há, assim, dúvidas quanto à possibilidade de utilização das licitações com objetivos de cunho social e que estão perfeitamente inseridos na finalidade, no objetivo da promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Avanços nessa direção podem ser obtidos na medida em que os responsáveis pela gestão dos órgãos e entidades públicas acreditem em seus múltiplos benefícios e promovam ou incentivem estudos que, em consonâncias com as peculiaridades e as carências regionais ou locais, sejam capazes de direcionar e viabilizar, nos procedimentos editais, o estabelecimento dessas exigências.

## 5. CONCLUSÃO

Não se pretende, portanto, inovar, mas tão somente acrescer possibilidades concretas de atendimento do interesse público, de cooperação com o Estado, tendo como objetivo reduzir as inúmeras carências sociais ou ao menos, enfrentá-las. É possível estabelecer exigências editalícias que, preservando o princípio da isonomia e em atendimento ao desenvolvimento nacional sustentável, estabeleçam que a proposta que melhor atenda à administração ofereça, além do objeto especificamente licitado, e como obrigação do contratado<sup>8</sup>, ações concretas de cunho

---

8 Avanzando na análise sobre o Decreto 7.746/12 (na redação dada pelo Decreto 9.178/17) verifica-se que os critérios e práticas de sustentabilidade serão veiculados como especificação técnica do objeto, como obrigação da contratada ou como requisitos previstos em lei especial (art. 3º e parágrafo único).

social<sup>9</sup> que beneficiem as comunidades do entorno. Trata-se do que poderíamos denominar, embrionariamente, “capitalismo social”. Levando-se em consideração apenas o passado recente, quantos benefícios poderiam ter sido produzidos para a população mais carente do País caso esses procedimentos fossem adotados nas inúmeras e vultuosas contratações realizadas em todas as Esferas de governo?

Viabilizar licitações com tal cunho - far-se-ia necessário estabelecer, no planejamento da licitação, as atividades sociais que poderiam ser desenvolvidas concomitantemente com o objeto em si e criar os mecanismos de fiscalização necessários - não descaracterizaria suas finalidades, ao contrário, reforçaria a possibilidade de apuração da proposta que melhor atenderia o interesse público e, concomitantemente, contribuiria, com sua realização, para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, integrando de forma plena esses dois destinos licitatórios sem prejuízos à isonomia dos interessados.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Márcio dos Santos. 502 Comentários sobre licitações e contratos. 3.ed. São Paulo: NDJ, 2014. Edição digital.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

---

9 São exemplos dessas atividades: cessão de espaço para prática de atividades de interesse social.

[VOLTAR AO SUMÁRIO](#)

# NOTAS CRÍTICAS SOBRE O FEDERALISMO COOPERATIVO E O REGIME JURÍDICO AMBIENTAL BRASILEIRO

David Tolomeotti<sup>1</sup>

## 1. Resumo

O presente trabalho destina-se a análise crítica do real efeito do Federalismo Cooperativo no plano econômico brasileiro ao examinar as anomalias de mercado geradas por esse sistema de competência constitucional. Sob o escopo das perspectivas socioambientais e mercadológicas, observar-se-á que ante a disposição das competências legais designadas a cada ente federativo e o seu respectivo estado de coisas<sup>2</sup>, a República Federativa Brasileira vem, involuntariamente e em última análise, promovendo verdadeiro desequilíbrio econômico ao permitir operações empresariais de baixo custo ambiental na produção de produtos e serviços para certos atores econômicos, sem que necessariamente se mantenha a tutela protetiva do meio ambiente.

Para isso, o presente trabalho divide-se em três seções: na primeira se estabelece a importância do Direito no regramento e solucionamento da Questão Ambiental; a segunda tenta-se demonstrar a importância da regulação em matéria ambiental ao se correlacionar um problema já superado no Direito Ambiental pela mudança legislativa de qualidade; e a terceira parte busca integrar os aspectos dos principais setores econômicos brasileiros à problemática ambiental, reiterando a necessidade premente de uma prestação normativa mais célere e constante.

Tem-se então como principal proposta do presente trabalho instigar o debate sobre o modelo brasileiro de regulação ambiental.

## 2. Palavras-chaves:

Competência Ambiental Constitucional; Federalismo Cooperativo; Defesa da Concorrência; Direito da Concorrência; Anomalias de Mercado; Regulação Econômica.

---

<sup>1</sup> Pós-graduando em Direito Público pela PUC/Minas, Vice-Presidente da Comissão de Governança dos Oceanos da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/RJ e membro do Conselho de Sustentabilidade da Associação Comercial do Estado do Rio de Janeiro - ACRio.

<sup>2</sup> Advém de uma expressão inglesa “state of affairs”, que se assemelha ao usual status quo.

### 3. Aspectos Introdutórios

A importância da Questão Ambiental é indubitável e inafastável, ocupando posição de destaque nos cenários de debates nacionais e internacionais. Não é raro percebermos elaborações de relatórios sobre o meio ambiente, produzidos por agências internacionais, sendo costumadamente correlacionados a temas sociais como desenvolvimento e equidade. Há uma latente urgência em se mudar a ótica da problemática ambiental, integrando-a às mais diversas questões do Homem, buscando-se uma análise multidisciplinar e completa sobre o tema. Contemporaneamente é impossível se admitir uma oratória ambiental restrita somente à biota.

Decerto, desde a ideia de sustentabilidade, cunhada a partir do binômio “*economia x meio ambiente*”, a análise crítica dos problemas ambientais não se pauta mais tão somente pelo emprego isolado das ciências naturais. E é aqui que o Direito toma posição de destaque. Nesse sentir, Édis Milaré ressalta “o recurso ao Direito como elemento essencial para coibir, com regras coercitivas, penalidades e imposições oficiais, a desordem e prepotência dos poderosos”<sup>3</sup>. Isso se dá em razão dos interesses contrapostos, traduzidos na exploração e preservação dos recursos naturais. Face a tal condição beligerante, é evidente a conveniência de adoção de postulados regulatórios, a fim de dirimir conflitos em razão da matéria e instaurar relativa tranquilidade social.

No Brasil, o protagonismo ambiental é tal que a importância do meio ambiente e todas as suas nuances foi alçada a patamares constitucionais. Com o advento da Carta Magna de 1988, o texto constitucional trouxe importantes noções sobre a integração da matéria ao ordenamento jurídico brasileiro – cujo núcleo normativo está no seu artigo 225 –, como sua natureza jurídica do meio ambiente, a sua tutela, competências legislativas, competências executivas etc. Temos nessa última o ponto de partida do presente trabalho, que analisará os desdobramentos fáticos dessa distribuição de competências no campo concreto.

O Direito Ambiental, subsidiário e alimentador da gestão ambiental<sup>4</sup> no Brasil, não pode se furtar ao não enfrentamento das eventuais falhas em sua estrutura, em especial quando essas falhas ecoam em outros fatos sociais e ramos do Direito, tal qual o Direito Econômico. A Repartição de Competências no Direito Ambiental Brasileiro, aliada ao estado de coisas<sup>5</sup> do país, traduz-se em um cenário propício para o aparecimento de anomalias de mercado que põem em cheque parte da gestão ambiental brasileira.

É com essa ideia de integração multidisciplinar, que nos propõe sugerir uma nova ótica do Direito Ambiental Brasileiro.

---

3 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente – 10<sup>a</sup> edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

4 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente – 10<sup>a</sup> edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

5 Advém de uma expressão inglesa “state of affairs”, que se assemelha ao usual status quo.

#### 4. Repartição de Competências e Regulação Ambiental

Através da Constituição de 1988, o Estado Brasileiro adotou um modelo de ampla descentralização administrativa, ao criar uma Federação em três níveis, reconhecendo como entes federados: a União, os Estados membros e o Distrito Federal e os Municípios. Cada um desses entes tem, como regra em matéria ambiental, a “faculdade de fiscalizar e conformar as atividades modificadoras do meio ambiente, mediante de diversos instrumentos”<sup>6</sup>. Dentre esses instrumentos são exemplos o licenciamento ambiental e a imposição de sanções administrativas advindas do poder de polícia estatal.

À luz do seu artigo 23, a Constituição de 1988 fixou que as competências em matéria ambiental são comuns aos entes federados. Tal quadro de competências arquitetado e exposto no texto constitucional, tem como principal função designar as atribuições desses entes federativos vedando-lhes a atuação de maneira cumulada, ou ainda, a sobreposição de uns aos outros. Essa atuação, portanto, que deveria se dar de forma a contemplar o cooperativismo entre três níveis da Federação, foi posteriormente convencionada de *federalismo cooperativo*. A intenção do legislador constitucional foi a de estabelecer diretrizes claras que pautassem a atuação estatal. Entretanto, inicialmente, esse objetivo não foi atingido.

Por um longo tempo, o cenário contemplado por operadores do Direito e empresários era no mínimo confuso. Isso porque infelizmente, em termos práticos, o modelo brasileiro relacionava-se a um verdadeiro “federalismo competitivo”<sup>7</sup>. Significava dizer que os três níveis da federação, sem distinção hierárquica e dotados de autonomia, evocavam para si competências ambientais. Ao passo que, conforme explicitado anteriormente esses mesmos entes federativos não podiam cumular tais atribuições, instaurava-se então um verdadeiro conflito de competências.

A resposta para essa problemática não se encontrava no texto constitucional, mas sim fora dele, em razão do parágrafo único do artigo 23, senão vejamos:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

6 CARNEIRO, Ricardo. Responsabilidade Administrativa Ambiental: a sua natureza subjetiva e os exatos contornos do princípio do non bis in idem. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

7 GUERRA, Sindy. Competência Ambiental à Luz da Lei Complementar nº 140/2011. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

## VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional<sup>8</sup>.”

Conforme se depreende da leitura do parágrafo único, o artigo mencionado é norma constitucional de eficácia contida, necessitando de uma Lei Complementar para que atinja a sua eficácia plena. Solo fértil para o “federalismo competitivo” criar as suas raízes e florescer.

Porquanto o Poder Legislativo Federal não editava a referida lei complementar tratada o parágrafo único, havia grande confusão no país sobre qual órgão ambiental seria competente para licenciar e também para exercer o poder de polícia sancionador. Tal conflito de competência só foi resolvido com a regulamentação do parágrafo único do artigo 23, através da publicação da Lei Complementar nº 140/2011. Antes do advento dessa Lei, empresários do país chegavam a promover o licenciamento ambiental nos três níveis da federação<sup>9</sup>. A edição do mencionado normativo foi um exemplo positivo resultante de processos decisórios estatais, visando regular e regulamentar a matéria em questão, sem prejudicar o escopo protetivo do Direito Ambiental.

Ao agir para corrigir erros do chamado “federalismo competitivo”, o Estado afastou o fantasma da insegurança jurídica acerca do tema e implementou uma melhora regulatória, alçando o arquitetado, e outrora falho, federalismo cooperativo ao seu lugar de destaque. Os avanços obtidos com a edição da Lei Complementar nº 140/2011 são inegáveis, tornando-a um excelente exemplo da atividade regulatória estatal. Esse episódio narrado é importante para entendermos não somente a importância da regulação ambiental no Brasil, mas igualmente a sua necessidade.

Assunto espinhoso, a regulação ambiental precisa ser enfrentada para que possamos decidir quais escolhas regulatórias serviriam para estimar possíveis soluções para um problema em particular<sup>10</sup>, e assim reproduzir avanços legislativos semelhantes aos apresentados pela Lei Complementar nº 140, que não somente trouxe solução a um problema latente, mas também apresentou novos parâmetros para o exercício do poder de polícia estatal.

Para que possamos entender a proposta regulatória doravante sugerida, precisamos nos esquivar de certos debates e ir diretamente ao cerne da questão. A implantação do modelo regulatório no Direito Brasileiro se deu a partir de 1990 junto à Administração Pública, em especial com a criação das Agências Reguladoras, e foi um importante avanço no ordenamento jurídico brasileiro. Deixou-se para trás um Estado Positivo e avançou-se para o Estado Regulador; em outras palavras, migrou-se de um Estado discricionário para um Estado legalista limitado por

8 Introduzido pela EC 53/2006.

9 GUERRA, Sindy. Competência Ambiental à Luz da Lei Complementar nº 140/2011. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

10 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.

regras<sup>11</sup>. Essa mudança de paradigma não foi totalmente abrangente no nosso ordenamento jurídico, cabendo às recém-criadas Agências Reguladoras uma atuação limitada a certos nichos do Direito brasileiro, excluindo-se dessa inovação e afastando dos temas ambientais o caráter regulatório propriamente dito.

Nesse sentido, frisa-se, não nos cabe tentar classificar o termo “regulação”, pois além da sua conceituação ser objeto de intensos debates na doutrina, acreditamos que o termo possa sim ser plurissignificativo<sup>12</sup>. Sobre o tema, afirma Figueiredo<sup>13</sup>:

“No direito, aliás, é preciso muita cautela na utilização de expressões e termos, se com eles pretendemos exprimir a ideia acerca de um conceito ou instituto jurídico. Chama atenção o fato de o termo ‘regulação’ ser empregado por pessoas ligadas ao direito sem que qualquer significado jurídico seja atribuído a essa expressão. Que economistas, administradores de empresa, jornalistas usem o termo para designar qualquer objeto que lhes vem à mente, nada podemos fazer para evitar esse abuso, apenas lamentar. Nós, entretanto, da área jurídica temos o dever de, ao lançar mão de um conceito – se pretendemos construir ou elaborar algum fenômeno jurídico –, dissecá-lo, do contrário a comunicação não fluirá e estaremos simplesmente jogando palavras ao vento.”

Portanto, ainda que não devam nos aventurar em um debate que não nos traria qualquer contribuição para o objeto em análise, sob pena de perdermos o foco daquilo que é exposto, devemos sim seguir o pensamento de Figueiredo para que não cometamos o equívoco de não atribuir um significado jurídico ao termo “regulação”. Para nós, o termo se sustentará em cima das seguintes ideias: (i) a de independência dos poderes políticos, afastando assim qualquer ingerência política; (ii) modelo fundado na formulação de regras, com respectiva revisão e controle desse processo de formulação; e (iv) limitação legalista das suas funções.

Frisa-se, desde já, que não se tenta com isso advogar pela diminuição dos *standards* protetivos, ou por uma mudança de paradigma no núcleo da política ambiental. Tal queda de braço nos deixaria com uma única escolha, que abandonaria qualquer conceito contemporâneo de meio ambiente<sup>14</sup> e restando fadada assim ao fracasso. Almeja-se, no entanto, o propulsiona-

11 MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo, ao Estado Regulador. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu. São Paulo: Singular, 2006.

12 GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. A Função Estatal de Regulação e os Problemas Atuais do Direito Regulatório Brasileiro. Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

13 FIGUEIREDO, Marcelo. As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito No Brasil E a Sua Atividade Normativa. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

14 Ver o conceito de sustentabilidade.

mento do Direito Ambiental aliado à toda a sua normatização de conteúdo protetivo, alçando-os a pressupostos teóricos que se tornarão verdadeiros vetores para os processos decisórios de criação dos mecanismos regulatórios ambientais.

## 5. Mercado Ambiental e o Direito Concorrencial

Um dos argumentos mais comuns apresentados como justificativa para o abrandamento de medidas de controle ambiental é que os gastos ambientais reduzem a competitividade dos produtos nacionais, frente aos produtos internacionais no mercado externo<sup>15</sup>. Tal ótica pode ser estendida não somente às importações, mas também às operações no mercado interno. Essa ideia é frequentemente difundida entre os países em desenvolvimento para se contrapor à Questão Ambiental, com o objetivo de flexibilizar as regras ambientais e reduzir o chamado custo ambiental das empresas.

Historicamente, certos setores da economia brasileira, caracterizados por relativa negligência ao tema ambiental, tem resistido a qualquer inovação de matéria normativa, receosos que essas respectivas medidas acarretem em mais custos para o desenvolvimento da sua atividade econômica. A partir dos anos noventa, houve uma mudança dessa perspectiva por parte de grande maioria dos empresários brasileiros, tomando força a associação da melhoria dos padrões ambientais que envolvem a produção ao ganho de competitividade.

No entanto, em que pese essa mudança de paradigma, a legislação ambiental brasileira não acompanhou as demandas desses setores econômicos, cada dia mais dinâmicas e prementes. O legislador brasileiro negligencia constantemente os interesses empresariais ante a questão ambiental, como se ambos fossem inerentemente contrapostos. Na mesma medida faz pouca – ou nenhuma – distinção dos mercados aos quais pertencem quando na formulação de suas políticas públicas, intervindo vividamente na atuação dos atores econômicos sem tomar conhecimento das nuances que envolvem cada mercado, condenando-os ao perpétuo abandono e tornando “sustentabilidade” em um conceito elusivo.

A ideia de que os agentes econômicos são a antítese da tutela ao meio ambiente é ultrapassada e precisa ser combatida com ferocidade. Temos novos mercados surgindo a todo o momento: alguns deles baseiam a sua ideia de negócio em cima da própria tutela ambiental, como é o exemplo das marcas de certificação; outros utilizam a noção da proteção ambiental para agregar valor ao seus produtos e serviços – são os chamados Mercados Verdes. De qualquer forma, tutelar somente o meio ambiente, sem qualquer observância de integração multidisciplinar é engessar o Direito e impedir a sua plena eficácia num mundo em constantes flutuações e inovações.

---

15 YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann e JUSTOSA, Maria Cecília Junqueira Lustosa. Meio Ambiente e Competitividade na Indústria Brasileira.

É inegável que as “reivindicações com embasamento econômico em matéria jurídica têm sido frequentemente suscitadas ao longo dos anos”<sup>16</sup>, inclusive frente a normativos ambientais. Fernando Herren Aguillar, sustenta que “a pressão exercida pelos fatos econômicos sobre a interpretação do Direito é um tema de relevância em qualquer época. Essa pressão se faz sentir com maior intensidade atualmente em setores como o papel do Estado na regulação da economia”<sup>17</sup>. Entender que o Direito Ambiental tutela não somente o meio ambiente, mas também as suas implicações em outras esferas como a econômica, é vital para a melhor integração dessa matéria com a multidisciplinariedade do mundo contemporâneo.

Operando, portanto, sob a ótica econômica, podemos começar a analisar alguns dispositivos da tutela ambiental sob a égide do direito concorrencial e tecer comentários críticos acerca desses normativos, sem afastar ou suprimir seu conteúdo protetivo. Um exemplo clássico, e já exposto nesse trabalho, é o federalismo cooperativo. Esse sistema de competências comuns constitucionais, apesar de possuir um simbolismo louvável ao trazer a cooperação – um dos princípios basilares de preservação ambiental – para a separação de competências executivas, é suscetível a criar anomalias ou insuficiência de mercados, aleijando assim todo o escopo concorrencial brasileiro.

Façamos um breve exercício intelectual para melhor exemplificarmos o argumento. Imaginemos que uma empresa esteja planejando investir em um novo empreendimento, cujo licenciamento ambiental é de competência de certo município. Entretanto, ainda que esse ente federativo possua um órgão municipal para processar o pedido de licenciamento, a referida gestão municipal não é capaz de emitir a licença dentro do prazo legal. Cabe então ao seu o respectivo Estado atuar em caráter supletivo<sup>18</sup>, tomando o processamento da licença ambiental para si. Nesse ínterim, é provável que o lapso temporal entre o problema e a sua efetiva resolução pode ter decretado o encerramento das atividades da empresa, antes mesmo dessas atividades terem começado. Em contrapartida, outra empresa no mesmo ramo econômico dessa e que esteja situada em outro município melhor aparelhado já estará em pleno funcionamento.

No exemplo hipotético, o atual regime jurídico ambiental acabou por soterrar o princípio da livre de concorrência<sup>19</sup>, ao minar um concorrente sem nem mesmo ter realizado a efetiva tutela ambiental. E essa anomalia de mercado não é incomum. Há municípios no país que não possuem estrutura, protocolos mínimos de gestão, planos de governança ou mesmo interesse político para manter em pleno funcionamento um órgão ambiental, tornando a prestação da tutela ambiental promíscua e inteiramente ineficiente. A exemplo desse último, algumas semanas antes da conclusão desse trabalho, o chefe do executivo municipal da cidade do Rio de Janeiro editou o decreto nº 43.915/2017<sup>20</sup> que efetivamente rebaixou a Secretaria de Meio Ambiente daquela cidade à uma mera coordenadoria geral.

---

16 AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do Direito Nacional ao Supranacional*. 5ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

17 Idem.

18 Artigo 15, inciso II combinado com o artigo 13, § 3º da Lei Complementar nº 140/2011.

19 Traduz-se no direito de um agente econômico face a outro agente econômico, demandando não mais a omissão, mas a efetiva interferência estatal na economia.

20 Decreto posteriormente revogado.

É nossa certeza que tais questões somente serão solucionadas se encararmos verdadeiramente a Questão Ambiental sob todas as suas óticas multidisciplinares. Quanto ao caráter econômico, somente uma agência reguladora capaz de: (i) fiscalizar o cumprimento das suas normas pelos agentes do mercado; (ii) efetivar o levantamento e análise de dados, com a respectiva realização de estudos visando a melhoria da regulação do setor regulado; e (iii) arbitrar disputas entre os agentes em contenda – desafogando assim o Poder Judiciário –, poderá de fato dirimir o espaço entre o binômio “*economia x meio ambiente*”.

Nesse sentido, sugerimos aplicar, por analogia, a ideia de normas estruturantes e normas de ajuste presentes da doutrina de Direito Econômico<sup>21</sup>. No contexto apresentado as primeiras seriam normas que estabeleceriam a estrutura de base de todo o normativo ambiental, enquanto que as segundas serviriam para intervir sobre o funcionamento do mercado “para que determinados resultados sejam alcançados, reprimidos ou estimulados”, sob a égide das normas estruturantes ambientais.<sup>22</sup>

## 6. Conclusão

Nesse debate sobre o melhor modelo a ser aplicado ao Direito Ambiental, tivemos como ponto de partida um problema superado – o convencionado “federalismo competitivo” – e apresentamos outras questões latentes dentro desse ramo da ciência jurídica. Acreditamos que as ondulações geradas pela tutela do meio ambiente sejam vastas e atinjam não somente a biota, mas em especial aqueles que dependem da sua exploração<sup>23</sup> para a realização de atividades econômicas. Sujeitos esses que, em contrapartida, não possuem instrumentos estatais para contrabalançar os institutos ambientais a eles acertadamente impostos.

Em todos os níveis da Federação possuímos órgãos ambientais com agentes encarregados de pôr em prática a tutela ambiental – IBAMA, CONAMA, Secretarias Estaduais e Municipais de meio ambiente etc – mas nenhum sujeito estatal capaz de avaliar as questões econômicas assessorias às questões ambientais. Defendemos que somente através da devida regulação desse setor, sem prejudicar o vasto arcabouço jurídico de proteção ambiental vigente no país, podemos atingir com plenitude a tutela do meio ambiente.

Trazer o Direito Ambiental para dentro de uma visão econômica do ordenamento jurídico não significa decretar o fim do seu caráter protetivo. Muito pelo contrário, ao entendermos que a tutela ambiental gera repercussões nos mercados podemos integrar ambas as disciplinas e decretando sim, o fim dessa dicotomia. O caminho para isso é a mudança do paradigma ambiental,

21 AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do Direito Nacional ao Supranacional. 5ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

22 Idem.

23 Assinalamos a necessidade de limitar-se a interpretação dessa palavra. Porquanto a sua leitura seja limitada a simples exploração dos recursos naturais e não uma exploração predatória, não vemos restrições ao seu uso de maneira geral.

instituindo-se uma regulação ambiental eficiente, voltada para regular os mercados e corrigir as suas ineficiências dentro dos vetores protetivos já instituídos pela legislação brasileira vigente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente* – 10<sup>a</sup> edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARNEIRO, Ricardo. *Responsabilidade Administrativa Ambiental: a sua natureza subjetiva e os exatos contornos do princípio do non bis is idem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GUERRA, Sindy. *Competência Ambiental à Luz da Lei Complementar nº 140/2011*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. *A Função Estatal de Regulação e os Problemas Atuais do Direito Regulatório Brasileiro*. Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.

MAJONE, Giandomenico. *Do Estado Positivo, ao Estado Regulador*. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito No Brasil E a Sua Atividade Normativa*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann e JUSTOSA, Maria Cecília Junqueira Lustosa. *Meio Ambiente e Competitividade na Indústria Brasileira*.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do Direito Nacional ao Supranacional*. 5<sup>a</sup> Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.





