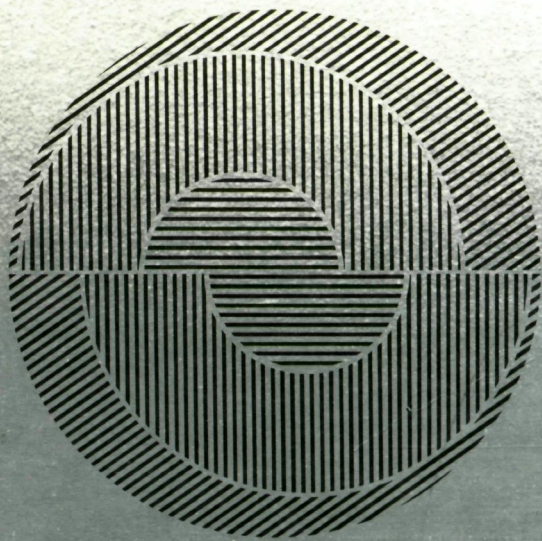


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1989

ANO 26 • NÚMERO 101

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**  
a. 26 n. 101 jan./mar. 1989

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal

---

---

**Fundadores:**

**Senador AURO MOURA ANDRADE**  
Presidente do Senado Federal  
(1961-1967)

**Dr. ISAAC BROWN**  
Secretário-Geral da Presidência  
do Senado Federal  
(1946-1967)

**LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL**  
Diretora da R. Inf. Legisl.  
(1964-1988)

---

---

**Direção:**

**ANNA MARIA VILLELA**

---

---

**Chefe de Redação:**

**PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO**

---

---

**Chefe de Diagramação e Revisão:**

**JOÃO EVANGELISTA BELÉM**

---

---

**Capa de GAETANO RÉ**

**Composição e Impressão:**  
Centro Gráfico do Senado Federal

Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas —  
Senado Federal — Anexo I — Telefone: 223-4897 — 70160 — Brasília — DF

R. Inf. legisl.	Brasília	n. 101	a. 26	jan./mar. 1989
-----------------	----------	--------	-------	----------------

---

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração  
são de responsabilidade de seus autores

---

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

SOLICITA-SE PERMUTA  
PIDESE CANJE  
ON DEMANDE L'ÉCHANGE  
WE ASK FOR EXCHANGE  
SI RICHIERE LO SCAMBIO

Revista de Informação Legislativa. Ano 1- n. 1- março 1964-  
Brasília, Senado Federal

v. trimestral

Ano 1-3, n. 1-10 publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9,  
n. 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- n. 34- publ.  
pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

Diretores: 1964-1988 Leyla Castello Branco Rangel  
1988 Anna Maria Villela

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-  
cretaria de Edições Técnicas. II. Villela, Anna Maria, dir.



CDD 340.05  
CDU 34(05)

## SUMÁRIO

### COLABORAÇÃO

	<i>Pág.</i>
O Processo Legislativo nas Constituições Federais brasileiras — <i>Raul Machado Horta</i> .....	5
O Poder Legislativo na nova Constituição brasileira — <i>Senador Irapuan Costa Junior</i> .....	29
O Supremo Tribunal Federal na nova Constituição — <i>Ministro Sydney Sanches</i> .....	33
A Justiça Militar na nova Constituição brasileira — <i>Antônio Geraldo Peixoto</i> .....	43
As relações internacionais na ordem constitucional — <i>Paulo Roberto de Almeida</i> .....	47
Da competência internacional da Justiça do Trabalho — <i>Georgenor de Sousa Franco Filho</i> .....	71
Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988 — <i>Paulo Luiz Neto Lobo</i> .....	87
O Poder Legislativo, temporalidade e espaciologia — <i>Paulino Jacques</i> .....	105
Constituição: uma tentativa de compreensão — <i>José Roberto Fernandes Castilho</i> .....	109
Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão — <i>Adhemar Ferreira Maciel</i> .....	115
O Poder Legislativo e o Direito de Autor — <i>Carlos Alberto Bittar</i> .....	135
Fiscalização e controle do Executivo pelo Legislativo — <i>Rosinethe Monteiro Soares</i> .....	147
Sistemas constitucionais estrangeiros e órgãos de controle financeiro e orçamentário — <i>Vitor Rolf Laubé</i> .....	161
Fundações Públicas — <i>Maria Sylvia Zanella Di Pietro</i> .....	173
O regime de acumulação na Constituição de 1988 — <i>Corsíndio Monteiro da Silva</i> .....	183
Juizado de instrução — <i>Alvaro Lazzarini</i> .....	197
Desporto institucionalizado — <i>Alvaro Melo Filho</i> .....	207
Os efeitos da conversão sobre a economia brasileira e o mercado de capitais — Balanço de um semestre — <i>Arnoldo Wald</i> .....	237
Cláusulas de Jurisdicción y Legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados Latinoamericanos — <i>Jürgen Samtleben</i> .....	247
No Centenário da República: um balanço econômico — <i>Mircea Buescu</i> .....	273
<b>PUBLICAÇÕES</b>	
— Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	327

# O processo legislativo nas Constituições federais brasileiras

RAUL MACHADO HORTA

Professor Catedrático e Titular de Direito  
Constitucional da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Minas Gerais

## S U M A R I O

*1. Processo legislativo e regime político. 2. Processo legislativo e Regimento Interno. 3. Processo legislativo bicameral. 4. Processo legislativo complexo. 5. Processo legislativo híbrido. 6. Processo legislativo nominal. 7. Processo legislativo de equilíbrio. 8. Processo legislativo autoritário. 9. Renovação do processo legislativo.*

1. O processo legislativo não existe autonomamente, como valor em si, pois é técnica a serviço de concepções políticas, realizando fins do poder. Daí sua mutabilidade no tempo e sua compreensão variada, refletindo a organização social, as formas de Governo e de Estado, a estrutura partidária e o sistema político. As relações entre o Executivo e o Legislativo

podem ser substancialmente alteradas pelo número e a disciplina dos partidos políticos, com reflexos inevitáveis na fixação do processo legislativo correspondente. Assim, quando o Executivo e o Legislativo não passam de dois setores entregues à atividade de um só partido, ou de um partido majoritário e dominante, as relações de poder são relações de partido, e o processo legislativo exibirá alto índice de automatismo. As regras normativas do processo legislativo desempenharão, neste caso, uma função secundária, pois as relações políticas se encarregam de estabelecer adequado ajustamento entre vontade governamental e vontade legislativa. Mas, se as relações entre Executivo e Legislativo se ressentem da ausência de partido majoritário, por força de difusa concorrência partidária, as relações entre Executivo e Legislativo serão movediças, e muitas vezes críticas, e o processo legislativo se tornará polêmico e contraditório, reclamando desenvolvidas normas de composição de conflitos. Enquanto no primeiro caso, a lei exprime vontade homogênea, no segundo, ela é o resultado de vontade polêmica e heterogênea. O processo legislativo pode enfraquecer ou fortalecer a liderança legislativa governamental. São visíveis aos observadores do mecanismo constitucional contemporâneo o fortalecimento e a ampliação da competência presidencial e governamental. Já se observou que esse fortalecimento envolve uma relação *quantitativa*, através do volume dos meios com que conta o Executivo para influir no processo legislativo, e uma relação *qualitativa*, pelo nivelamento entre atos normativos do Legislativo e atos normativos do Executivo. Esse fortalecimento não decorre, exclusivamente, das situações de crise ou de emergência, o que lhe daria, se fosse causa exclusiva, a possibilidade de correção das curvas mais elevadas, pois o retorno à normalidade absorveria a expansão registrada no período de crise. As causas são múltiplas e elas se vinculam, próxima ou remotamente, ao declínio do Estado liberal. As guerras, as crises econômicas, a revolução industrial, a sociedade de massas, o planejamento econômico, a política do bem-estar social, afetaram a fisionomia discursiva do processo legislativo clássico e impuseram o novo estilo da legislação eficaz e abundante. O Direito Constitucional do Estado que planeja a ação econômica modelou à sua semelhança o processo legislativo. A iniciativa governamental passou a comandar a atividade legislativa e o legislador moderno alterou as regras tradicionais de sua conduta legislativa.

2. Ao lado das causas mais gerais, que alteraram o mecanismo do processo legislativo, para atender exigências de nossa época e de nossa sociedade, é necessário anotar a tendência que assinala deslocamento técnico na fonte de regulação do procedimento legislativo. As Assembléias políticas sempre detiveram apreciável controle das normas disciplinadoras da formação das leis. As regras regimentais, plásticas ou rígidas, escritas ou consuetudinárias, absorvem largos setores da disciplina legislativa, dando aos Regimentos parlamentares singular projeção. A "fenomenologia ritualística" dos Regimentos incorpora normas materialmente constitucionais, exercendo

os textos regimentais a tarefa de complementação dos dispositivos constitucionais da elaboração legislativa. Não perderam os Regimentos sua matéria específica, nem se lhes deve recusar a titularidade do princípio da autonormatividade, que é peculiar à elaboração regimental. A constitucionalização mais ampla do processo legislativo apenas faz ingressar na hierarquia normativa suprema regras indispensáveis à eficácia da elaboração legislativa, e que não obteriam o mesmo efeito na área regimental, mais sensível às acomodações de natureza política. O deslocamento do sítio de localização primária de tais regras acentua a importância do procedimento legislativo. A Constituição alarga o controle desse domínio, disciplinando a matéria substancial das fases da *iniciativa*, da *deliberação* ou *constitutiva*, do *controle* e da *integração da lei*, que compõem o procedimento legislativo, e conduzem à produção do ato legislativo típico. A constitucionalização de aspectos específicos do procedimento legislativo não elimina a autonomia regimental. O exemplo italiano é ilustrativo. Ali ocorreu a constitucionalização das Comissões Legislativas. A Constituição, em seu art. 72, admite a Comissão Legislativa, no exercício de atividade legislativa, *in sede legislativa*. Para tanto, revelou as regras fundamentais do procedimento legislativo descentralizado, sem deixar de assegurar, ao mesmo tempo, expressa reserva de competência regimental subsidiária. A autonomia regimental se manifestou para preencher os claros constitucionais e atribuir ao Presidente de cada Casa do Parlamento italiano a importante atribuição de deflagrar a atividade legislativa das Comissões Permanentes ou Especiais.

A constitucionalização de normas regimentais não desqualifica a importância do Regimento Interno como fonte subsidiária do processo legislativo. No sistema político brasileiro, o Regimento Interno das duas Casas e o Regimento Comum do Congresso Nacional encerram as normas mais desenvolvidas do processo legislativo, complementando a Constituição. Daí a clássica observação de EUGÈNE PIERRE <sup>(1)</sup> sobre a influência que os Regimentos exercem na condução dos negócios públicos. Em comentário adequado ao período de Constituições mais lacônicas e breves, EUGÈNE PIERRE admitiu que a influência dos Regimentos seria superior à da Constituição. As Constituições contemporâneas constitucionalizaram numerosas normas regimentais, mas este fenômeno de absorção de normas regimentais na Constituição não diminuiu, como se observou, a importância dos Regimentos dos órgãos legislativos. O Regimento perdeu, em alguns casos, a condição de fonte primária da norma, mas continua sendo o texto responsável pelo desdobramento das normas constitucionais, na sua função de relevante fonte do Direito Parlamentar. O Regimento poderá assegurar a eficiência do processo legislativo pela supressão da morosidade, que entorpece e desprestigia as deliberações legislativas. A organização dos tra-

---

(1) EUGÈNE PIERRE. *Traité de Droit Politique Electoral et Parlementaire*. Paris, 1893, p. 429.

balhos, mediante programas, calendários e esquemas de trabalhos; a fixação da duração dos discursos — o Regulamento da Câmara dos Deputados da Itália dispõe que a leitura de um discurso não poderá exceder a trinta minutos (art. 39.4); o debate limitado, a organização da Ordem do Dia, são soluções regimentais adotadas para preservar a eficiência e o rendimento do Poder Legislativo.

3. O exame do processo legislativo brasileiro conduz a verificação inicial de uma constante, que é a organização bicameral do Poder Legislativo. No Império e na República, o Poder Legislativo não conheceu técnica organizatória diferente. Mas, se o bicameralismo é uma constante, o outro dado que se extrai da organização do Poder Legislativo Federal reside na variedade de tipos de bicameralismo. Com efeito, há o bicameralismo imperial, com ingredientes aristocráticos, no Império. Na República, o bicameralismo se iniciou sob o modelo do bicameralismo federal e de equilíbrio, na Constituição de 1891. O bicameralismo de equilíbrio sofreu considerável mutilação no bicameralismo incompleto ou monocameralismo temperado da Constituição Federal de 1934; recebeu as regras dominantes do regime político no bicameralismo autoritário da Constituição nominal de 1937, para readquirir os traços perdidos do bicameralismo de equilíbrio na Constituição Federal de 1946. O bicameralismo de equilíbrio se desfez com o advento do processo legislativo da Constituição Federal de 1967, dominado pelo comando do Presidente da República e pelas regras de aceleração da deliberação congressual.

Fixando os limites deste estudo no período republicano, também se impõe consignar que, no tocante ao processo legislativo, o bicameralismo percorreu trajetória que, nascendo sob o signo da complexidade, alcançou mais tarde considerável simplificação no processo decisório, como evidenciam duas medidas simplificadoras de largo alcance: a redução dos movimentos alternados da revisão legislativa e a introdução da atividade legislativa nas sessões conjuntas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

4. A Constituição Federal de 1891 organizou o processo legislativo dentro da sucessão de atos alternados. A revisão complexa, isto é, a que decorre de emenda de uma Câmara ao projeto originário da outra, impugna, no seu primeiro tempo, ou terceiro ato da tramitação bicameral, a volta do projeto à Câmara revisora, e se as alterações nela obtivessem dois terços dos votos dos membros presentes, considerar-se-iam aprovadas, para ingresso no quarto ato da tramitação, quando devolvido o projeto à Câmara iniciadora, esta só poderia rejeitá-las pela maioria de dois terços dos votos dos membros presentes. Se assim ocorresse, sendo rejeitadas as alterações da Câmara revisora, por idêntica maioria, o projeto seria submetido à sanção presidencial, concluindo o último ato do procedimento complexo, propício aos embaraços recíprocos e à lentidão legislativa (art. 39 §§ 1.º e 2.º). Compunha-se, com requintamento técnico, a orquestração do



governo deliberativo do século XIX, quando o processo legislativo organizava, formalmente, a discussão, e o governo deliberativo se transformava em governo de controvérsia. A complexidade do mecanismo constitucional servia a esses objetivos. A controvérsia não se instaurava em torno dos valores políticos. Não era de cunho ideológico, mas discursiva e brilhante, sem afetar a homogeneidade das instituições, pois, acima das divergências ocasionais, prevalecia o respeito comum aos mesmos valores, objeto de lealdade generalizada. As regras técnicas do processo legislativo deixam na penumbra a força motora que desencadeia e conduz, sem ostentação de liderança, a formação das leis. A iniciativa presidencial das leis está diluída na referência à competência da Câmara dos Deputados, e a ela só alude o texto para precisar que pertence à Câmara dos Deputados a *discussão dos projetos oferecidos pelo Poder Executivo* (art. 29). O respeito à organização bicameral, reiterado na regra constitucional de que “a Câmara dos Deputados e o Senado trabalharão separadamente” (art. 18), impunha apreciação separada do veto presidencial (art. 37, § 3.º), para que não se diluisse na deliberação *promiscua* a vontade destacada de cada órgão.

5. O processo legislativo bicameral de 1891 não ressurgiu, na pureza e no equilíbrio de suas linhas, na Constituição de 16 de julho de 1934. A Constituinte de 1933/1934, que foi particularmente brilhante pela fermentação de idéias novas, recebeu forte influência monocameral. As críticas ao Senado e o questionamento de sua permanência na estrutura do Poder Legislativo refletiram a influência das idéias políticas de vanguarda, e as razões invocadas na Assembléia Constituinte reproduziram, de modo geral, os fundamentos do monocameralismo das Constituições européias do Primeiro após-guerra, quando as tradições nobiliárquicas, aristocráticas e estamentais da Câmara Alta não mais se conciliavam com a disseminada implantação do governo republicano e democrático, verificada naquele período.

No Brasil, o Senado estava inserido na estrutura republicana, desde 1891, para exprimir a representação eletiva e popular dos Estados da Federação. Não obstante a diversidade das situações, o fenômeno da alienação constitucional adquiriu profundidade. A *Comissão Constitucional* nomeada pelo Chefe do Governo Provisório, conhecida por *Comissão do Itamarati*, que teve na sua presidência efetiva a figura ilustre de *Afrânio de Mello Franco*, deixou impresso no Anteprojeto de Constituição o modelo da Câmara Única, a *Assembléia Nacional*, rompendo com o bicameralismo que vinha do Império e prosseguiu no Estado Federal de 1891. A *senatofobia* brasileira alcançou seu momento culminante no período pós-1930. *João Mangabeira*, justificando o monocameralismo do *Anteprojeto de Constituição* da Comissão do Itamarati, fez o elogio fúnebre da instituição, embora deixasse transparecer, no adeus ao órgão declinante,

a saudade nostálgica de seu prestígio e a irresistível sedução de sua influência histórica. "O Senado, em que pese aos extremistas", dizia o grande jurista, "não desmereceu do Brasil. Honro-me de ter a ele pertencido. Foi uma instituição, grande no Império e maior na República".<sup>(2)</sup> O sistema unicameral simbolizava a ascensão das massas. O Senado estava ultrapassado. Bastava venerá-lo no seu passado; respeitá-lo na sua glória e envolvê-lo, "carinhosamente, na mortalha de púrpura em que dormem os deuses mortos"<sup>(3)</sup>.

A Constituição Federal de 1934 não acolheu a solução monocameral de uma *Assembléia Nacional*, como propunha o *Anteprojeto da Comissão do Itamarati*, mas o bicameralismo recebeu profunda desfiguração em seu texto. Consagrou-se o bicameralismo incompleto, forma híbrida de ente irreconhecível na pureza de suas linhas. O processo legislativo refletiu o hibridismo da solução constitucional. Ele foi bicameral, quando se impunha a *colaboração* do Senado na confecção dos atos legislativos (arts. 22 91 — I — alíneas *a* até *l*), e monocameral, quando essa colaboração era dispensada (art. 43). A iniciativa da lei recebeu tratamento autônomo no texto constitucional, para indicar os titulares da iniciativa, a exclusividade da iniciativa e a matéria da iniciativa exclusiva. O momento que assinala o declínio dos poderes legislativos do Senado também registra a ascensão da liderança legislativa presidencial. A iniciativa exclusiva confere preeminência ao Presidente da República, que passa a exercê-la em matéria de relevante interesse para a administração federal, como nos projetos de lei de fixação das forças armadas, de todas as leis sobre matéria fiscal e financeira, ainda repartida com a Câmara dos Deputados (art. 41, § 1.º) e na impartilhável iniciativa dos projetos "que aumentem vencimentos de funcionários, criem empregos em serviço já organizados, ou modifiquem, durante o prazo de sua vigência, a lei de fixação das forças armadas" (art. 41, § 2.º) na área monocrática da iniciativa exclusiva. O processo legislativo não se mostra indiferente ao princípio da celeridade. A Constituição de 1934 facultou a qualquer Deputado, após transcorridos sessenta dias do recebimento do projeto de lei pela Câmara, requerer ao Presidente da Casa a inclusão do mesmo na ordem do dia, para ser discutido e votado, independentemente de parecer (art. 42). A regra instituiu princípio de urgência legislativa na via constitucional. A atividade legislativa monocameral, na matéria que dispensava a colaboração do Senado (arts. 43, parágrafo único, e 44), concorria para acelerar o ritmo do processo legislativo, com sacrifício das atribuições legislativas da Segunda Câmara. O retardamento ressurgia nas fases sucessivas da revisão legislativa, quando a matéria dependesse de iniciativa ou colaboração do Senado (arts. 41, 44, 91 — I — letras *a* — *l* — VII e VIII e 94). A técnica legislativa de

(2) João Mangabeira. *Em torno da Constituição*. Companhia Editora Nacional, 1934, p. 64.

(3) João Mangabeira. Obra citada, p. 65.

1891 prolongava sua sobrevivência na revisão complexa de 1934, não obstante a ruptura do bicameralismo de equilíbrio em favor do monocalameralismo temperado. Os projetos vinculados à iniciativa e colaboração do Senado submetiam-se ao ritmo lento dos quatro tempos alternados, e o compasso alternado do processo legislativo ficava marcado pelo ir e vir do projeto de lei (art. 44, §§ 1.º e 2.º).

6. A subordinação do processo legislativo ao regime político é ostensiva na Constituição de 10 de novembro de 1937. A ordem constitucional converteu o Presidente da República na *autoridade suprema do Estado* (art. 73). A opção autoritária qualificou o regime político e definiu as relações dos demais órgãos do Estado em face da autoridade presidencial. A matéria da lei ficou confinada ao domínio genérico da *substância* e dos *princípios*, para permitir o desdobramento reservado aos *regulamentos complementares* do Poder Executivo (art. 11). A competência legislativa do Presidente da República proviria de ato de autorização do Parlamento (art. 12), de razões de urgência e necessidade, independentemente de autorização legislativa prévia (art. 13), e para dispor, com autonomia, sobre organização do Governo e da administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas (art. 14). A iniciativa dos projetos de lei era assegurada, em princípio, ao Governo, e a primazia governamental adquiriu culminância na regra vedatória de que não seriam “admitidos como objeto de deliberação projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre matéria tributária ou que de uns ou de outros resulte aumento de despesa” (art. 64). A exclusividade da iniciativa presidencial, que surgiu na técnica constitucional de 1934, transformou-se em monopólio da iniciativa governamental sob as inspirações do regime político autoritário. O Parlamento deixaria de ser Câmara de deliberação, para converter-se, com docilidade, em Câmara de aclamações. Desapareceu a iniciativa do membro isolado de qualquer das Câmaras. Ela só poderia realizar-se mediante a iniciativa coletiva, conforme maioria previamente fixada (art. 64, § 1.º). A tramitação de qualquer projeto de lei iniciado na Câmara ou no Conselho Federal poderia ser interrompida ou suspensa, desde que o Governo comunicasse o seu propósito de apresentar projeto regulador do mesmo assunto (art. 64, § 2.º). Felizmente, para a preservação do prestígio histórico do Parlamento brasileiro, a Constituição de 1937 permaneceu inaplicada nesse setor de seu texto, como em tantos outros dispositivos da Constituição nominal. O nominalismo constitucional poupou ao Parlamento a queda que lhe pretendeu impor o autoritarismo político.

7. A Constituição Federal de 1946 restaurou valores preteridos na experiência autoritária de 1937. O amadurecimento constitucional demonstrado pelo constituinte de 1946 contribuiu para dissipar a sedução exercida por técnicas extravagantes. Daí a reabilitação do bicameralismo, profundamente atingido pela mutilação da competência legislativa do

Senado e a composição híbrida da Câmara dos Deputados, em 1934, e pelo processo legislativo autoritário da Constituição nominal de 1937. A Constituição de 1946 preservou a pluralidade da iniciativa legislativa, que se instituiu, tecnicamente, em 1934; manteve a exclusividade da iniciativa do Presidente da República, para matéria relacionada com o comando da administração federal (art. 67, §§ 1.º e 2.º), e acrescentou a competência privativa para remessa da proposta orçamentária (art. 87 — XVI). A liderança legislativa presidencial consolidou-se na prática do sistema constitucional. A iniciativa legislativa já não se vincula à vontade isolada do agente de deflagração do procedimento legislativo. Ora se apresenta como imposição do programa presidencial, para corresponder aos anseios da comunidade; ora surge como resultado da conduta e do compromisso de partidos políticos, ajustados àquele programa e dispostos a sufragá-lo no centro do governo deliberativo; ou provém de iniciativa divergente, que marca o contraste entre maioria e minoria, essencial ao jogo democrático, o qual, no seu relativismo político, favorece a eventual formação da maioria, para aceitação de projetos da minoria. A iniciativa legislativa assinala o êxito de dupla liderança: a liderança presidencial e a liderança partidária ou pluri-partidária nas duas Casas do Congresso Nacional. São dados recolhidos na observação do comportamento legislativo, pois a atividade da liderança partidária permaneceu na penumbra constitucional, como aspecto implícito do processo legislativo brasileiro. A Constituição Federal de 1946 simplificou a revisão legislativa, reduzindo suas fases. Eliminou a tramitação bicameral em quatro etapas e deu à Câmara de iniciativa ou de discussão inicial do projeto de lei competência conclusiva para decidir a respeito do projeto emendado na Câmara de revisão (art. 69, parágrafo único). A arbitragem legislativa da Câmara iniciadora ou de discussão inicial é técnica de abreviamento do processo legislativo, e concorre para suprimir uma das causas da lentidão deliberativa. A obstrução legislativa no domínio das relações bicamerais não encontra ambiente propício. A Constituição alargou os casos de reunião em sessão conjunta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mas o processo de formação da lei não atingiu esse plano. Em sessão conjunta, no texto originário da Constituição de 1946, o Congresso pratica atos de cerimonial, atos políticos, atos regimentais e delibera sobre o veto presidencial. A disciplina constitucional da deliberação monocameral sobre o veto assinalou profundo rompimento com a tradição do Direito Constitucional brasileiro, e com a técnica adotada no direito federal norte-americano, fonte inspiradora de instituto largamente imitado no direito federal latino-americano. As Constituições brasileiras de 1891, 1934 e 1937 coincidiram na exigência comum da deliberação bicameral para aprovação ou rejeição do projeto vetado (Constituição Federal de 1891, art. 37, § 3.º Constituição Federal de 1934, art. 45, § 2.º, se o Senado nele houver colaborado. Constituição de 10 de novembro de 1937, art. 66, § 3.º). A Constituição de 1946,

incluindo a deliberação sobre o veto no domínio das sessões conjuntas da Câmara e do Senado, sem destacar a votação em cada Câmara, mas aludindo, simplesmente, aos deputados e senadores *presentes* à sessão conjunta, converteu a deliberação bicameral do constitucionalismo federal brasileiro em *deliberação monocameral* sobre o veto (art. 70, § 3.º). A regra provocou correção posterior, para restabelecer a plenitude dos poderes do Senado como órgão legislativo da Federação. A inovação de 1946 envolvia, por outro lado, inexplicável contradição. A Constituição de 1946, como as anteriores, conferiu ao Senado notável ascendência no controle de atos presidenciais, através do exercício de competência privativa de natureza constitucional (art. 63 — I). A deliberação sobre o veto constitui momento particularmente favorável ao contraste da vontade presidencial. Não se justifica que, nesta oportunidade, o Senado se dilua na reunião “promíscua”, sem afirmar sua competência de controle autônomo do ato presidencial.

A Constituição Federal de 1946 inscreveu entre suas características a ampliação da iniciativa presidencial exclusiva (art. 67, § 2.º), mas essa exclusividade não impediu que a vontade presidencial originária recebesse apreciável colaboração legislativa, mediante o poder de emenda. A constante alteração da iniciativa presidencial, quando manifestada na área dos projetos oriundos da competência exclusiva, despertou reparos de estudiosos do procedimento legislativo brasileiro, considerando a incompatibilidade entre o poder de emenda irrestrito e a natureza da matéria reservada à iniciativa exclusiva.

8. O processo legislativo organizado na Constituição Federal de 1946 não demorou a suscitar críticas e propostas de aperfeiçoamento, preconizando correções e ajustamentos aos reclamos de maior eficiência na elaboração das leis. A Constituição ainda não completara o seu decênio, quando o Senador Nereu Ramos, então no exercício do Ministério da Justiça, formou Comissão de Juristas, (4) a qual, desincumbindo-se da tarefa, redigiu onze propostas de emendas ao texto constitucional, incluindo entre elas a que cuidava da elaboração legislativa e, inspirando-se na solução adotada na Constituição da Itália de 1947, propunha a legislação pelas Comissões, como forma de abreviar a elaboração das leis. Os trabalhos da Comissão, embora valiosos sob os aspectos doutrinário e técnico, não alcançaram concretização na atividade constituinte do Congresso Nacional. As preocupações com a revisão do processo legislativo não se interromperam, merecendo destacar duas iniciativas orientadas nesse rumo e que também se identificavam pela preocupação comum de preservar o processo

---

(4) Compunham a Comissão os Professores San Tiago Dantas e Hermes Lima, os Srs. Carlos Medeiros Silva e Francisco Brochado da Rocha, ex-Consultores Gerais da República, e Antônio Gonçalves de Oliveira, Consultor Geral da República.

legislativo de estilo democrático: o "Seminário sobre Reforma do Poder Legislativo", promovido pelo Centro de Extensão Cultural da Universidade de Brasília, em 1965, e o "Estudo sobre o funcionamento dos Parlamentos", apresentado pelo Senador Milton Campos e o Deputado Nelson Carneiro, em 1966. No "Seminário", os participantes brasileiros analisaram o funcionamento do Poder Legislativo, apresentando sugestões para a revisão de sua organização constitucional e de seu processo legislativo, e os participantes estrangeiros ofereceram contribuições da respectiva experiência constitucional na Alemanha Ocidental, nos Estados Unidos, na França e na Itália. O "Estudo sobre o funcionamento dos Parlamentos" (5) elaborado pelo Senador Milton Campos e o Deputado Nelson Carneiro, com base na observação direta do funcionamento de Parlamentos estrangeiros, contém excelente trabalho de comparação entre vários ordenamentos constitucionais, com o propósito de oferecer subsídios à anunciada reforma do Poder Legislativo do País, tema então em voga nos centros de decisão política.

A Emenda Constitucional n.º 17, de 26 de novembro de 1965, no período pós-1964, representou a primeira etapa do processo de reformulação das instituições legislativas no plano da norma suprema. Introduziu no processo legislativo a ampla competência de iniciativa exclusiva do Presidente da República, inadmitindo emendas que aumentam a despesa nela prevista; adotou a deliberação abreviada de projetos de iniciativa do Presidente da República, com os prazos de quarenta e cinco dias, para as deliberações da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; estabeleceu a aprovação automática do Projeto de iniciativa presidencial, por decurso de prazo; previu a delegação de poderes às Comissões Especiais da Câmara e do Senado, para discussão e votação de projetos de leis; criou, formalmente, a figura das leis complementares da Constituição, ampliando os atos do processo legislativo.

A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, observada a redação de seu texto originário, inovou, formalmente, a matéria da elaboração das leis, genericamente titulado nas Constituições anteriores — *Constituição Federal de 1891* — Cap. V — Das Leis e Resoluções — arts. 36/40. *Constituição Federal de 1934* — Capítulo II — Seção III — Das Leis e Resoluções — arts. 41/49. *Constituição Federal de 1946* — Capítulo II — Seção V — Das Leis — arts. 67/72 —, conferindo à Seção V — Capítulo VI — Do Poder Legislativo — arts. 49/62 — a denominação autôno-

---

(5) MILTON CAMPOS e NELSON CARNEIRO — "Estudo sobre o funcionamento dos Parlamentos da Grã-Bretanha, República Federal Alemã, França, Itália, Estados Unidos da América, México e Peru". Serviço Gráfico do Senado Federal, 1966.

ma — Do Processo Legislativo —, identificando como seu objeto a elaboração de Emendas à Constituição, Leis Complementares à Constituição, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Decretos-Leis, Decretos Legislativos e Resoluções (art. 49 — I — II — III — IV — V — VI — VII). Fez-se a concentração dos atos legislativos e adotou-se a terminologia constitucional identificadora de cada um. A localização dos atos legislativos em seção exclusiva favorece o direto conhecimento da matéria, evitando a fragmentação dos temas e das categorias do processo legislativo. Todavia, a inclusão nesse conjunto das Emendas à Constituição, que constituem a matéria da legislação constitucional e se distinguem da legislação ordinária, além de afastar-se do tratamento tecnicamente consagrado nas Constituições precedentes — Constituição Federal de 1891 — art. 90 — §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º; Constituição Federal de 1934 — art. 178 — §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º; Constituição Federal de 1946 — art. 217 — §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º — torna criticável essa unificação, sem fundamento razoável, do processo legislativo ordinário e do processo legislativo constitucional na denominação comum de processo legislativo.

A Constituição de 1967, obediente à filosofia política que comandou sua elaboração, recolheu as inovações que a Emenda Constitucional n.º 17, de 1965, inseriu no processo legislativo constitucional, mas ampliou a matéria e consagrou outras inovações, dentro das inspirações da filosofia política pós-1964. Incluiu o Presidente da República entre os titulares da Proposta de Emenda à Constituição (art. 50 — II). A discussão e a votação da Proposta de Emenda passou a constituir matéria da competência do Congresso Nacional, em sessão conjunta das duas Casas (art. 51). A votação das leis complementares à Constituição ficou submetida ao *quorum* da maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional (art. 53). Manteve a deliberação abreviada, sujeita ao prazo de quarenta e cinco dias na Câmara e no Senado, para apreciação dos projetos de leis oriundos da iniciativa do Presidente da República (art. 54). Instituiu a deliberação de urgência, com prazo de quarenta dias, em sessão conjunta do Congresso Nacional, para apreciação de projetos de leis de iniciativa do Presidente da República (art. 54, § 3.º), seguida da aprovação por decurso de prazo, preceito compulsório que se tornou comum à deliberação abreviada e à deliberação de urgência, dispensando a participação do Congresso Nacional na fase deliberativa (art. 54, §§ 1.º e 3.º). Acolheu e disciplinou a delegação legislativa ao Presidente da República (art. 55), sob forma limitada na sua matéria (art. 55 — parágrafo único) e sujeita à especificação do conteúdo e aos termos para o seu exercício (art. 57), inspirando-se, nesta parte, na regra do art. 76 da Constituição da Itália de 1947, segundo a qual “l’essercizio della funzione legislativa non purò essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti”. Previu a

delegação legislativa interna à Comissão Especial, regulada no Regimento do Congresso Nacional, configurando procedimento abreviado e descentralizado de legislação, que tem sua fonte na segunda parte do art. 72 da Constituição da Itália, (6) responsável pela criação de relevantes inovações no processo legislativo democrático. A Constituição italiana deferiu aos Regimentos da Câmara e do Senado a competência para estabelecer procedimentos abreviados para as propostas de leis declaradas urgentes (art. 72). A declaração de urgência do projeto de lei requer o pronunciamento de maioria absoluta dos membros de cada Câmara (art. 73). A inovação fundamental da Constituição da Itália reside na transferência às Comissões Legislativas da competência para examinar e aprovar projetos de leis, salvo requerimento qualificado para votação final pelo plenário (art. 72). A declaração de urgência e a legislação pelas Comissões da Câmara e do Senado não se aplicam às propostas de leis sobre matérias constitucionais, eleitoral, delegação legislativa, ratificação de tratados internacionais, orçamento e contas, que adotarão sempre o procedimento normal de discussão e aprovação, conforme impõe a Constituição (art. 72). Os Regimentos da Câmara dos Deputados e do Senado desenvolveram a autorização constitucional, disciplinando o procedimento legislativo das Comissões. O Regimento da Câmara dos Deputados contempla a atividade das Comissões em *sede legislativa* (art. 92), em *sede redigente*, quando a Comissão redige o projeto de lei, por decisão da Câmara, para votação ulterior do projeto redigido pelo plenário (art. 96), e *sede referente*, para instrução do plenário sobre determinado projeto de lei. O Regimento do Senado da Itália também dispõe amplamente sobre as atividades das Comissões em *sede deliberante*, em *sede redigente*, em *sede referente* e em *sede consultiva* (arts. 28, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43) (7).

A Constituição de 1967, ampliando as técnicas autoritárias do processo legislativo, investiu o Presidente da República na titularidade da competência legislativa direta, sob a forma de *decretos com força de lei*, em caso de urgência ou de interesse público relevante, desde que não resulte aumento de despesa nas matérias sobre segurança nacional e finanças pú-

---

(6) *Costituzione da Itália*, art. 72, segunda parte: "Il regolamento stabilisce procedimenti abbreviati per i disegni di legge dei quali è dichiarata l'urgenza. Può altresì stabilire in quali casi e forme l'esame e l'approvazione dei disegni di legge sono deferiti a Commissioni, anche permanenti, composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari. Anche in tali casi, fino al momento della sua approvazione definitiva, il disegno di legge è rimesso alla Camera, se il Governo o un decimo dei componenti della Camera o un quinto della Commissione richiedono che sia discusso o votato dalla Camera stessa oppure che sia sottoposto alla sua approvazione finale con sole dichiarazioni di voto. Il regolamento determina le forme di pubblicità dei lavori delle Commissioni".

(7) VITTORIO DI CIOLO. *Le fonti del Diritto Parlamentare*. 2ª edição, Milano, Giuffrè Editore, 1975.



blicas (art. 58 — I — II). Reforçando o coeficiente autoritário do *decreto com força de lei*, que a Constituição denominou de decreto-lei na enumeração dos atos do processo legislativo (art. 49 — V), impôs a vigência imediata do texto, sua aprovação ou rejeição pelo Congresso Nacional, dentro de sessenta dias, vedada a emenda, com a previsão da aprovação automática, se não houver deliberação congressional no prazo estabelecido (art. 58 — parágrafo único).

É generalizada a restrição dos juristas brasileiros à utilização do decreto-lei como instrumento da legislação governamental. O decreto-lei transforma o Presidente da República em legislador e nele concentra as funções executiva e legislativa, comprometendo o salutar princípio da separação e equilíbrio dos Poderes. Os constituintes da Itália, da Espanha e de Portugal, não obstante o processo legislativo democrático que consagraram, não resistiram à sedução do decreto-lei. A Constituição da Itália, em cláusulas cautelosas e sem empregar diretamente a expressão decreto-lei, admitiu a utilização dessa figura sob duas formas diferentes. Na primeira, dispozo que “o Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valor de lei ordinária” (art. 77). Na segunda versão, a legislação governamental direta amparou-se nos *casos extraordinários de necessidade e de urgência, verbis*: “Quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti” (art. 77). A Constituição afastou-se do parecer da Segunda Subcomissão Constitucional da Assembléia Constituinte,<sup>(8)</sup> a qual aprovou, por unanimidade, a proposta que vedava a decretação de urgência pelo Governo.

A Constituição de Portugal de 1976 considera o decreto-lei ato legislativo (art. 115.1) e dispõe sobre a ratificação pela Assembléia da República (art. 172.1).

A Constituição da Espanha de 1978, com inspiração direta no texto da Constituição da Itália, admite o decreto-lei, para o caso de extraordinária e urgente necessidade, ressalvando que o decreto-lei não poderá afetar o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos, o regime das Comunidades autônomas e o Direito eleitoral geral (art. 86).

---

(8) LIVIO PALADIN e outros. “La Formazione delle leggi”. *Commentario della Costituzione*. Tomo II, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1979, p. 49.

A Constituição da França de 1958, que não proveio de Assembléia Nacional Constituinte, mas recebeu a aprovação direta do povo francês, em *referendum* constitucional, reconheceu ao Governo, para execução de seu programa, a faculdade de solicitar autorização do Parlamento, visando adotar, mediante *ordonnances*, durante prazo limitado, medidas que normalmente pertencem ao domínio da lei (art. 38).

A Constituição Federal de 1967, continuando a técnica inaugurada na Constituição de 1934 (art. 41, § 2.º), consagrou a pluralidade dos titulares da iniciativa das leis, abrangendo qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Presidente da República e os Tribunais Federais com jurisdição em todo o território nacional (art. 59), quanto a estes últimos apenas nos casos de criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos (art. 110 — II). Alargou a iniciativa exclusiva do Presidente da República (art. 60 — I — II — III — IV), proibindo emendas que aumentem a despesa prevista nos projetos da iniciativa exclusiva (art. 60 — parágrafo único — a). A revisão do projeto de lei pela outra Câmara em um só turno de discussão e votação (art. 61). A conclusividade da Casa iniciadora na apreciação de emenda da Câmara Revisora e o arquivamento do projeto, se a Câmara Revisora o rejeitar, simplificando o tempo da deliberação legislativa na fase da revisão (art. 61, § 1.º). Descongestionam a pauta legislativa as restrições ao restabelecimento de matérias constantes de projetos de leis, rejeitados ou não sancionados, que somente poderão constituir objeto de projeto novo, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Câmaras (art. 61, § 3.º). Com o objetivo de acelerar o processo legislativo e contribuir para seu maior rendimento, o texto constitucional ampliou os casos de sessão conjunta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sob a direção da Mesa do Senado (art. 31 — I — II — III — IV — V). A *sessão conjunta* dos órgãos legislativos é técnica com raízes antigas no Direito Constitucional brasileiro e remonta à *reunião das duas Câmaras*, prevista na Constituição do Império, dentro do cerimonial da sessão imperial de abertura e de encerramento da Assembléia Geral (*Constituição de 1824*, arts. 18 — 19 — 20 — 22), cabendo ao Presidente do Senado dirigir o trabalho. A Constituição Republicana de 1891, não obstante a norma que “a Câmara dos Deputados e o Senado trabalharão separadamente” (art. 18), admitiu a reunião do Congresso, para instalação da sessão legislativa anual (art. 17) e a eleição do Presidente e Vice-Presidente da República, quando não alcançada a maioria absoluta na eleição popular (art. 47, § 2.º). A Constituição de 1934 introduziu, de modo explícito, no Direito Constitucional Federal, a técnica da sessão conjunta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e contemplou nessa modalidade de reunião congressual os atos de inauguração solene da sessão legislativa, elaboração do Regimento Comum, recebimento do compromisso do Presidente da República e eleição do Presidente substitu-

to (art. 28). A Constituição de 1946 manteve casos de sessão conjunta da Constituição anterior, acrescentando o recebimento do compromisso do Vice-Presidente da República, inexistente na Constituição de 1934, e a deliberação sobre o veto, amiadando com este caso as sessões conjuntas da Câmara e do Senado (art. 41 — I — II — III — IV). A Constituição de 1967, conservando os casos da Constituição de 1946 (art. 31, § 2.º — I — II — III — IV), alargou a incidência da sessão conjunta, para abranger na sua competência as deliberações sobre projetos de leis, incluídos no regime de urgência, mediante solicitação do Presidente da República (art. 54, § 3.º), a deliberação sobre emenda à Constituição (art. 51), os decretos-leis expedidos pelo Presidente da República (art. 58, parágrafo único), a delegação legislativa ao Presidente da República (art. 57 e parágrafo único), a decretação do estado de sítio (art. 153, § 1.º, e art. 154), a votação do projeto de lei orçamentária (Emenda n.º 1, art. 66) e outras decisões. A sessão conjunta da Câmara e do Senado Federal conduz ao maior rendimento dos trabalhos legislativos, que é o objetivo do Parlamento moderno, e acelera o processo de votação das leis, de modo a atender às reivindicações da sociedade contemporânea.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, que resultou da outorga dos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica e envolveu revisão global da Constituição de 1967, manteve o processo legislativo do texto emendado, fazendo-lhe alguns acréscimos, para ampliar matéria do decreto-lei e seus efeitos, os casos da iniciativa exclusiva do Presidente da República, dilatar o prazo do exercício do veto e prever a aprovação automática para o veto não apreciado pelo Congresso Nacional. A Emenda n.º 1 incluiu a criação de cargos públicos e fixação de vencimentos dentre as matérias do decreto-lei (art. 55 — III) e dispôs que a rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência (art. 55, § 2.º). A iniciativa de projetos de lei da competência exclusiva do Presidente da República passou a abranger as matérias que disponham sobre organização administrativa e judiciária, tributos e orçamento, serviços públicos e pessoal da Administração do Distrito Federal, a organização judiciária, administrativa e tributos dos Territórios (art. 57 — IV), servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma e transferência de militares para a inatividade (art. 57 — V) e anistia relativa a crimes políticos (art. 57 — VI). O prazo presidencial de manifestação do veto alargou-se para quinze dias úteis (art. 59 — § 1.º). A aprovação do projeto vetado recebeu o prazo constitucional de quarenta e cinco dias (art. 59, § 3.º) e esgotado este prazo, sem deliberação congressual, considerar-se-á mantido o veto (art. 59, § 4.º).

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1, dentro da concepção dominante do fortalecimento dos poderes do Presidente da

República, para convertê-lo em autoridade suprema do Estado, como dizia a Carta de 1937, conceberam o processo legislativo como instrumento desse objetivo e organizaram o processo legislativo autoritário. O autoritarismo do regime político presidencial converteu o Presidente em legislador, através da expedição do decreto-lei, e co-legislador, mediante os instrumentos que lhe asseguram o primado na elaboração legislativa, assim na ampla iniciativa sobre qualquer matéria da pletórica competência da União Federal (Constituição de 1967, art. 54 — Emenda n.º 1, art. 57), o benefício dos prazos de deliberação abreviada e de urgência (Constituição de 1967, art. 54, § 3.º — Emenda n.º 1, art. 51, § 2.º), amparados na deliberação automática por decurso de prazo (Constituição de 1967, art. 54, §§ 1.º e 3.º Emenda n.º 1, art. 51, §§ 2.º e 3.º), a exclusividade na iniciativa dos projetos de leis de maior relevância (Constituição de 1967 — art. 60 — I — II — III — IV. Emenda n.º 1 — art. 57 — I — II — III — IV — V — VI), com a vedação de emendas que aumentam as despesas neles previstas, o comando do processo legislativo orçamentário (Constituição de 1967, art. 67, §§ 1.º, 2.º e 3.º Emenda n.º 1, art. 66, §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º) e a titularidade de proposta de emenda à Constituição (Constituição de 1967 — art. 50 — II. Emenda n.º 1 — art. 47 — II), que garante ao Presidente da República participar da decisão constituinte, afeiçoando a matéria constitucional às inspirações da autoridade suprema do Estado.

A Emenda Constitucional n.º 22, de 1982, buscando atenuar o rigor da deliberação automática, insistiu na apuração da vontade congressual, determinando, após vencidos os prazos iniciais, a inclusão automática do projeto de lei na Ordem do Dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes, em dias sucessivos, para, se não apreciado o projeto, considerá-lo definitivamente aprovado (art. 51 — § 3.º). A Emenda n.º 22 deixou de extrair a conseqüência natural da ausência de deliberação no prazo adicional, que seria a rejeição do projeto.

A preferência pelo processo legislativo autoritário, que prioriza a vontade presidencial, conduziu ao desuso de dois instrumentos implantados no mecanismo constitucional de 1967, que poderiam abrandar a supremacia incontrastável do Presidente da República, como a legislação delegada e a delegação legislativa à Comissão Especial, os quais proviriam de decisão e de iniciativa do Congresso Nacional (Constituição de 1967, arts. 55, 56 e 57. Emenda Constitucional n.º 1, arts. 52, 53 e 54).

9. A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, manteve no Capítulo do Poder Legislativo a Seção dedicada ao processo legislativo, adotando a terminologia que surgiu na Constituição Federal de 1967, como vimos. É de manifesta relevância o tratamento constitucional das regras que comandam a formação dos atos legislativos. Nesse terreno da Cons-

tuição localiza-se o *procedimento legislativo*, expressão que mereceu a preferência de COSTANTINO MORTATI <sup>(9)</sup>, por entender a denominação *processo* mais apropriada ao procedimento jurisdicional. SERIO GALEOTTI <sup>(10)</sup>, em análise sistemática do procedimento legislativo, exprime no título e no desenvolvimento da obra a preferência por idêntica terminologia, a qual dispõe de generalizada aceitação dos publicistas italianos.

A elevação das normas do processo legislativo ao plano da Constituição confere a essas regras a rigidez e a supremacia da norma constitucional. GALEOTTI <sup>(11)</sup>, partindo certamente do plano secundário das regras regimentais, anotou que durante largo tempo as regras relativas à formação das leis não eram consideradas *diritto certo e obrigatório*, desprovidas do caráter de normas imperiosas e capazes de acarretar sanção nos casos de violação. A concepção de que a formação das leis não se sujeitava a limitações jurídicas projetou, na observação de GALEOTTI, o procedimento legislativo “nel limbo di una giuridicità incompiuta e, comunque, sfumata”. A consagração constitucional das normas regimentais superou esse período de incerteza.

Conceitualmente, o *procedimento legislativo* envolve a sucessão juridicamente preordenada de atividade articulada na determinação do resultado jurídico final, conforme a noção de GALEOTTI <sup>(12)</sup>. Para MORTATI <sup>(13)</sup>, o procedimento abrange uma série de atos parciais, emanados de uma pluralidade de sujeitos ou órgãos, coordenados entre si, de forma a tornar possível a formação do ato final. A sucessão de uma pluralidade de atos, praticados por vários titulares ou órgãos, para alcançar fim comum, são elementos da caracterização genérica do procedimento, que se recolhe na definição de PIETRO VIRGA <sup>(14)</sup>.

Os atos legislativos se aperfeiçoam no percurso de procedimento complexo, desdobrado em várias fases — iniciativa, preparatória, deliberativa,

---

(9) COSTANTINO MORTATI. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Volume I, Padova, Cedam, 1969, p. 254.

(10) SERIO GALEOTTI. *Contributo alla Teoria del Procedimento Legislativo*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1957.

(11) SERIO GALEOTTI. Obra citada, p. 3.

(12) SERIO GALEOTTI. Obra citada, p. 14.

(13) COSTANTINO MORTATI. Obra citada, volume I, p. 254.

(14) PIETRO VIRGA. *Il Provvedimento Amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1968, p. 227, *verbis*: “Il procedimento consiste nella successione di una pluralità di atti, aventi diversa natura e funzione, compiuti da più soggetti e organi, ma rivolti, nonostante la loro eterogeneità e la loro relativa autonomia, al conseguimento di uno stesso fine e cioè alla produzione degli effetti propri di una data fattispecie”.

controle e comunicação —, que a Constituição unifica no processo legislativo.

O novo texto constitucional brasileiro vincula o processo legislativo à elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Acentuando o formalismo do processo, prevê lei complementar que disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis (15).

A Constituição Federal manteve soluções que a Constituição de 1967 acolheu, como a localização do Poder Constituinte de Revisão no domínio comum do processo legislativo, a delegação legislativa ao Presidente da República, a ampla iniciativa privativa do Presidente da República e a legislação pelas Comissões. Por outro lado, a Constituição introduziu relevantes inovações na temática do processo legislativo, bastando mencionar, em indicação não exaustiva, o restabelecimento da iniciativa de proposta de emenda à Constituição Federal pelas Assembléias Legislativas dos Estados, a eliminação da irreformabilidade da República, a ampliação dos casos de irreformabilidade constitucional, a iniciativa popular das leis complementares e ordinárias, a adoção das medidas provisórias, com força de lei, o regime de urgência na apreciação dos projetos de iniciativa do Presidente da República, a obrigatória manifestação da Câmara e do Senado sobre os projetos incluídos no regime de urgência, a criação de Comissão Representativa do Congresso, a redução do *quorum* na deliberação sobre o veto presidencial e a inclusão da matéria reservada à lei complementar no elenco da indelegabilidade.

A delegação de competência legislativa às Comissões recebeu tratamento diferenciado ao que a Constituição de 1967 dispensou a essa modalidade de descentralização legislativa. No texto da Constituição de 1967, prevê-se a delegação à Comissão Especial, disciplinada no Regimento Comum do Congresso Nacional (art. 53). A Constituição preferiu conferir às Comissões Permanentes e Temporárias do Congresso Nacional (art. 58, § 2.º), de modo geral, e não à Comissão Especial, de forma restrita, a competência para discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do Regimento, a deliberação pelo plenário. Sob os aspectos do deferimento às Comissões, de forma ampla, e a escolha do Regimento, genericamente, sem particularizar o do Congresso Nacional, para dispor a respeito, a regra da Constituição ficará mais próxima do texto constitucional da Itália, no qual a Constituição de 1967 e a Constituição de 1988 foram também buscar a cautela da eventual remessa ao Plenário, quando houvesse requerimento nesse sentido. Na vigência da Constituição de 1967, que consagrou o procedimento autoritário do decreto-lei, não se utilizou o procedimento legislativo descentralizado, o qual certamente atenuaria o autoritarismo do processo legis-

(15) *Constituição Federal*, artigo 59, parágrafo único.

lativo. A ausência de experiência no plano federal não permite a avaliação sobre a eficácia e o mérito desse procedimento. Na Itália, depois de assinalar a resistência que a legislação descentralizada provocou na Comissão da Constituinte, MORTATI<sup>(16)</sup> registrou aspectos negativos dessa forma de legislação, responsável pela pleitora legislativa, a produção de “leggi”, a desarticulação da atividade do Parlamento, criticando o conteúdo setorial da legislação emanada das Comissões, para atender interesses de grupos restritos.

O restabelecimento da iniciativa das Assembléias Legislativas dos Estados, para propor emenda à Constituição Federal, retomou a tradição federativa inaugurada na Constituição Federal de 1891 (art. 90), representando a participação do Estado na vontade federal, embora sem a energia da técnica da ratificação pelas Assembléias Estaduais das Emendas Constitucionais votadas pelo Congresso, como exige a Constituição dos Estados Unidos (art. V). Eliminando a irreformabilidade da República, que a ortodoxia republicana sempre preservou nas Constituições anteriores, associando a permanência da República à da Federação, a Constituição compensou essa perda, ampliando o conteúdo da irreformabilidade, para proibir proposta de emenda à Constituição tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os direitos e as garantias individuais, que configuram o conteúdo intangível da Constituição, ao lado da forma federativa do Estado.

A extensão da iniciativa legislativa aos cidadãos introduz na Constituição Federal, pela primeira vez, a possibilidade da iniciativa popular das leis, que, juntamente com o referendo e o plebiscito, representam formas do exercício da soberania popular, concretizadoras do poder popular direto, que a Constituição inscreveu no artigo inaugural dos *Princípios Fundamentais* (art. 1.º — parágrafo único).

As Constituições Federais brasileiras têm sido infensas à adoção das técnicas da democracia direta, cultivando rigorosa concepção do governo representativo. São restritas as invocações a processos dessa natureza no texto federal. A Carta de 1937 previa o plebiscito das populações ou interessadas, no caso de incorporação, subdivisão, desmembramento ou formação de novos Estados (art. 5.º, parágrafo único), o pronunciamento do País, por iniciativa do Presidente da República, se a Câmara dos Deputados não aprovasse as medidas por ele tomadas durante o estado de emergência ou de guerra (art. 167, parágrafo único), o plebiscito nacional para apreciar o projeto de emenda à Constituição de iniciativa da Câmara dos Deputados, quando envolvesse recusa do projeto de iniciativa do Presidente da República (art. 174, § 4.º) e o plebiscito nacional sobre a Cons-

---

(16) COSTANTINO MORTATI. Obra citada, volume II, pp. 699/700.

tuição outorgada (art. 187). No regime de 1937, a invocação ao plebiscito permaneceu no nominalismo da Carta e seu abandono conduziu ao desuso do apelo ao povo na via plebiscitária do cesarismo. A Constituição de 1946 autorizava o plebiscito em casos de modificações territoriais nos Estados-Membros, para incorporação, subdivisão, desmembramento ou formação de novos Estados, mediante "plebiscito das populações diretamente interessadas" (art. 2.º). A Emenda Constitucional n.º 4, de 2 de setembro de 1961, que instituiu o malogrado sistema parlamentar de governo, previu o plebiscito, que se realizou, para decidir a manutenção de sistema parlamentar ou a volta ao sistema presidencial de governo (art. 25). Nessas referências resume-se a introdução de formas de democracia direta em Constituições Federais brasileiras, cabendo observar que a Constituição de 1967 aboliu o plebiscito das populações diretamente interessadas, nos casos de modificações territoriais ou criação de novo Estado-Membro, modalidade de manifestação popular direta introduzida na Carta de 1937 e aprimorada na Constituição Federal de 1946.

Ao contrário da Constituição da Itália, que condiciona a iniciativa popular das leis a uma proposta de cinquenta mil eleitores, pelo menos, sob a forma de projeto redigido em artigos (art. 71), e da Constituição da Espanha, que, além de prever lei orgânica reguladora da matéria, quantificou a iniciativa, exigindo quinhentas mil assinaturas, e excluiu da iniciativa popular as matérias relativas a lei orgânica, leis tributárias, as de caráter internacional ou da prerrogativa de graça (art. 87 — 3), a Constituição deferiu à lei — "nos termos da lei" (art. 14) — a regulamentação da iniciativa popular, sujeitando-a, todavia, ao atendimento do percentual mínimo do corpo eleitoral (art. 61, § 2.º).

A iniciativa popular das leis, até agora desconhecida no ordenamento federal, embora disponha de precedentes no Direito Constitucional estadual<sup>(17)</sup>, imporá ao Congresso a obrigação de deliberar sobre o projeto que provier dessa fonte. Essa obrigatoriedade decorre da relação direta entre a soberania popular e a iniciativa popular, sendo esta uma forma do exercício do poder que emana diretamente do povo, conforme lembra princípio fundamental da Constituição. A doutrina italiana assinala que a iniciativa popular constitui instrumento que a Constituição coloca à disposição dos grupos minoritários e das formações sociais sem expressiva representação no Poder Legislativo. Dentro desta perspectiva, presumindo-se que as correntes majoritárias tendem a se identificar com a representação dos partidos políticos no Poder Legislativo, a iniciativa popular torna-se eventual elemento de contraste e de oposição, para compensar o predomínio dos que detêm o controle da iniciativa parlamentar. Apesar de não integrar o processo legislativo, o *referendum*, como outro instrumento de manifestação da soberania popular, situa-se nas proximidades do processo legisla-

---

(17) A Constituição do Estado de Minas Gerais, de 14 de julho de 1947, previa a iniciativa das leis por dez mil eleitores, pelo menos (art. 27-IV).



tivo e sobre ele repercute, seja para conferir maior legitimidade e eficácia à lei votada pelo Poder Legislativo, ou opor-se a ela, sob a forma drástica do *referendum* ab-rogativo. A Constituição não particulariza o tipo de *referendum* preferido pelo Constituinte, fazendo ao instituto uma referência genérica. Essa técnica indefinida não é recomendável, sobretudo quando se considera que a Constituição conferiu à lei — “nos termos da lei” — a função de regular o *referendum* e os demais institutos da manifestação direta do poder popular (art. 14). A Constituição da Itália, que, no segundo pós-guerra, converteu-se em modelo do processo legislativo democrático, preferiu fixar no seu texto a natureza e os requisitos básicos do instituto. O texto italiano consagra o *referendum* popular ab-rogativo da lei ou de ato com valor de lei e o *referendum* sobre a lei de revisão constitucional. O *referendum* ab-rogativo de lei ou de ato com força de lei depende da iniciativa de quinhentos mil eleitores ou de cinco Conselhos Regionais. A Constituição da Itália proíbe a adoção do *referendum* nos casos de leis tributárias, leis orçamentárias, leis de anistia e de indulto e leis de ratificação de tratados internacionais. Considera-se aprovado o *referendum* se dele participar a maioria dos eleitores com direito de voto e alcançada a maioria dos votos válidos. O *referendum* sobre lei de revisão da Constituição e outras leis constitucionais depende da iniciativa de um quinto dos membros da Câmara ou do Senado, quinhentos mil eleitores ou de cinco Conselhos Regionais, três meses após a publicação da legislação constitucional, e será promulgada a lei que atingir a maioria dos votos válidos. É vedado o *referendum* constitucional quando a lei de revisão ou outra lei de natureza constitucional obtiver a votação de dois terços dos membros de cada Casa do Parlamento.

A doutrina faz uma distinção entre plebiscito e *referendum*. O plebiscito envolve manifestação popular sobre determinados fatos ou eventos, assim a decisão política do Chefe de Estado ou de Governo, a anexação ou desmembramento de território, a consagração do regime político. O *referendum* visa a captação do pronunciamento popular sobre atos normativos, especialmente o ato legislativo e o ato constituinte. O *referendum* e o plebiscito, no quadro do governo representativo, não devem constituir objeto de utilização rotineira. São formas extraordinárias de manifestação da vontade popular, buscando conferir coeficiente de maior legitimidade a determinadas decisões políticas, como acontece no plebiscito, ou consolidar a eficácia da lei, no caso do *referendum*, que apura a maior ou menor identidade entre a vontade legislativa do representante e a vontade legislativa do povo. A doutrina constitucional italiana entende que o *referendum* ab-rogativo produz efeito *ex-nunc*, de modo a resguardar os efeitos já produzidos pela lei ab-rogada, distinguindo o anulamento da lei e a ab-rogação da lei sem efeito retroativo. Outra regra de natureza doutrinária é a que sustenta o não restabelecimento da lei ab-rogada pelo Parlamento, pelo menos durante

a legislatura em que tiver ocorrido a ab-rogação popular. É o que a doutrina italiana qualifica de *norma de correttezza*, ressaltando a superveniente manifestação da vontade do corpo eleitoral em divergência com o anterior *referendum* ab-rogativo, MORTATI (18) defende essa dupla consequência, acentuando a obrigação “a carico del Parlamento di astenersi, *rebus sic stantibus*, dal riprodurre la legge colpita dal voto abrogativo”.

A Constituição menciona o *referendum* como forma de manifestação da soberania popular (art. 14 — II). Não tendo particularizado o tipo de *referendum* preferido — *referendum* de consulta ou *referendum* ab-rogativo — presume-se que a figura do *veto popular*, que a Constituição repeliu, ficará absorvido no *referendum* ab-rogativo.

A Constituição eliminou manifestações do processo legislativo autoritário, como o decreto-lei e a aprovação dos projetos de iniciativa do Presidente da República, por decurso de prazo, sem, contudo, conduzir ao enfraquecimento da iniciativa presidencial. Ao contrário, manteve o fortalecimento dessa iniciativa, ao colocar à disposição do Presidente da República a adoção de “medidas provisórias com força de lei” e a solicitação de urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

As medidas provisórias, com força de lei, foram concebidas em função do regime parlamentar de governo, que prevaleceu no âmbito da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte e, por isso, integraram o Projeto de Constituição (A), originário daquela Comissão, que estruturou o sistema parlamentar de governo. No Projeto da Comissão de Sistematização, as medidas provisórias dependiam da solicitação do Primeiro-Ministro e presumiam, portanto, o apoio da maioria parlamentar identificada com o Chefe de Governo e seu Programa. Na Constituição, recusado o regime parlamentar pela maioria da Assembléia Constituinte, ficou mantida a legislação provisória, em caso de relevância e urgência, a juízo exclusivo do Presidente da República. No regime presidencial, as medidas provisórias assumem as características de sucedâneo do decreto-lei, nelas perdurando o resíduo da legislação autoritária. A Constituição buscou no artigo 77, segunda parte, da Constituição da Itália, o modelo da legislação provisória. É suficiente comparar os dois textos para avaliar as diferenças que separam um regime do outro. Na Constituição italiana, a cláusula geradora do instrumento legislativo denuncia, desde logo, a excepcionalidade da medida: “*in casi straordinari di necessità e d’urgenza*”. Na Constituição, a cláusula é mais flexível — “em caso de relevância e urgência” —, sujeita à interpretação discricionária do Presidente da República. Na Constituição da Itália, a responsabilidade do Governo, isto é, do Conselho de Ministros, vincula-se

(18) COSTANTINO MORTATI. “Principi Fondamentali” in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*. Zanichelli Editore, 1975, p. 40.

à adoção da medida extraordinária: “Quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità . . .”. Na Constituição de 1988, as medidas provisórias serão adotadas por iniciativa exclusiva do Presidente da República, sem a consequência da responsabilidade política. Na Constituição da Itália, quando o decreto não for convertido em lei, no prazo de sessenta dias de sua publicação, as Câmaras poderão regular em lei as relações jurídicas fundadas no decreto não convertido. Na Constituição, desaparece a faculdade que atribuiria ao Congresso o juízo da oportunidade e da conveniência sobre a providência sucessiva, para consagrar-se o dever indeclinável, de modo a assegurar o comando presidencial da legislação não convertida:... “*devendo* o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”.

A Constituição de 1988 fortalece a iniciativa presidencial ao prever a solicitação de urgência, para apreciação de projetos de leis de iniciativa do Presidente da República (art. 64, § 1.º). A previsão da urgência legislativa reflete a aceitação de tendência generalizada nas Constituições contemporâneas e, se não a admitisse, a Constituição praticaria um anacronismo. A urgência incorporou-se ao processo legislativo constitucional. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, que estabelece prazos na tramitação das propostas legislativas do Governo Federal (art. 76.2.3.), autoriza o Presidente da República, mediante proposta do Governo e com assentimento do Conselho Federal, a declarar o *estado de necessidade legislativa* para projeto de lei qualificado de urgente pelo Governo e rejeitado pela Câmara dos Deputados (art. 81.1). Neste caso, mesmo havendo nova recusa da Câmara dos Deputados, o projeto será dado como aprovado, se o Conselho Federal votar nesse sentido. Durante o mandato do Chanceler Federal são permitidas duas declarações de necessidade legislativa (art. 81.3). MARCEL PRÉLOT<sup>(19)</sup> analisa os diversos procedimentos abreviadores do processo legislativo autorizados pela Constituição francesa de 1958, como a oponibilidade, pelo Governo, de não recebimento de proposição de lei ou de emenda, a adoção do voto sem debate, a discussão com debate restrito, o voto bloqueado, sempre por solicitação do Governo.

Mantendo técnicas que asseguram o exercício eficaz da iniciativa presidencial das leis, a Constituição conferiu ao Congresso instrumentos preservadores da função legislativa, afastando-se da concepção homologatória, que prevaleceu na vigência da Constituição de 1967. Exprime a nova concepção de um Congresso deliberante e não homologador a regra seguinte:

---

(19) MARCEL PRÉLOT e JEAN BOULOUIS. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 6ª edição, Dalloz, 1975, pp. 808/811.

no caso dos projetos de iniciativa do Presidente da República, incluídos no regime de urgência, se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre eles, sucessivamente, em até 45 dias, para cada órgão, os projetos serão incluídos na Ordem do Dia, sobrestando-se a deliberação sobre os demais assuntos, salvo os excluídos, até que se ultime a votação (art. 64, § 2.º). A Constituição determina o esgotamento da deliberação legislativa, aprovando ou rejeitando o projeto, de forma explícita, sem o automatismo do decurso do prazo, o que conduzia à deliberação implícita na técnica do processo legislativo autoritário. A redução do *quorum* de dois terços de Deputados e Senadores, adotado nas Constituições Federais de 1891 (art. 37, § 3.º), de 1946 (art. 70, § 3.º) e de 1967 (art. 62, § 3.º), para o do voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto, no caso de rejeição do veto presidencial, não só facilitará o exercício do controle congressual sobre ato do Presidente da República, como poderá conduzir à diminuição do contraste presidencial sobre a atividade legislativa do Congresso. A Constituição excluiu a matéria reservada à lei complementar da delegação legislativa ao Presidente da República. Tendo reservado abundante matéria à legislação complementar, a exclusão determinada pelo projeto denuncia o propósito de preservar o monopólio da atividade legislativa do Congresso Nacional no relevante domínio da lei complementar.

O processo legislativo da Constituição encerra substanciais inovações, como as que consagram a iniciativa popular das leis, o esgotamento da deliberação sobre os projetos de leis da iniciativa presidencial incluídos no regime de urgência, ou no caso do projeto vetado, repelindo, num caso e no outro, a figura da aprovação automática. A permanência das medidas provisórias com força de lei, dependentes da iniciativa do Presidente da República, em cláusula de conteúdo elástico e discricionário, impregnou o processo legislativo de resíduo autoritário, o que se compensa, em parte, com a exigência de sua conversão em lei, no prazo de trinta dias, sob pena de ineficácia das medidas provisórias. No regime parlamentar, as medidas provisórias não convertidas poderão deflagrar o mecanismo da responsabilidade política do Governo, como prevê a Constituição da Itália, em consequência que não se adota no regime presidencial da Constituição.

A apreciação global sobre o renovado processo legislativo, concebido pela Constituição de 1988, autoriza concluir que suas regras permitirão assegurar o equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. A Constituição substituiu o Congresso homologador pelo Congresso ativo, capaz de proporcionar ao País os benefícios da legislação adequada ao seu desenvolvimento e progresso.

# O Poder Legislativo na nova Constituição Brasileira

Senador IRAPUAN COSTA JUNIOR

## Preliminares

Nasce a nova Constituição Brasileira sob o signo de inúmeras contradições. A primeira delas gira em torno do ser ou não ser. Não surgiu a Constituinte do clamor popular, mas da movimentação crescente de uma elite — as esquerdas brasileiras. Até às vésperas das eleições não tinham as massas consciência do significado de uma Assembléia Nacional Constituinte (1), logo de sua função, alcance e importância. Outrossim não houve ruptura institucional que justificasse a confecção de um texto novo, representativo de nova ordem política. Processa-se, isto sim, uma transição contínua e pacífica, nos moldes da índole nacional. Não é de se estranhar, pois, que o novo texto não difira, em sua essência, do anterior. Diferirá, é certo, em detalhes mais ou menos significativos para o futuro da Nação, e de presença às vezes discutível em texto constitucional. Justifica-se, por isso, a dúvida: vale a nova Constituição o preço que por ela paga a Nação?

Outra contradição diz respeito à excessiva influência de interesses cartoriais e grupais nos trabalhos — e nos resultados.

O plenário Constituinte (e antes as subcomissões e comissões) tem sido um repositório de pretensões, pressões e catequeses constantes.

(1) A esse respeito podemos citar os seguintes artigos:

— *Jornal do Brasil* (27-6-86): QUASE METADE DA UNB NAO TEM NOÇÃO PRECISA DO QUE É CONSTITUINTE.

Assim se inicia a reportagem: "São 1.323 jovens dos quais 41,9% não têm noção precisa sobre o que é Assembléia Constituinte e 25,1% sequer sabem do que se trata".

— *O Globo* (18-9-86): CONSTITUINTE: 68% NAO SABEM PARA QUE SERVE. Eis o início do artigo: "Quase dois meses depois da primeira pesquisa realizada em 27 de julho, não se alterou o desconhecimento do eleitor do Rio sobre o significado da Assembléia Nacional Constituinte". Mais adiante, vem: "não sabem o que é a Constituinte 92% dos que vivem com renda familiar até dois salários mínimos, 78% dos que ganham de dois a cinco mínimos e 48% dos que recebem mais de cinco salários".

— *Folha de S. Paulo* (19-10-86): CONSTITUINTE PARA POUÇOS.

"A um mês e meio do pleito que indicará os congressistas responsáveis por escrever a futura Carta do País, a grande maioria dos eleitores brasileiros não tem idéia clara do que significa uma Constituinte...". Começa assim o editorial.

— *Jornal de Brasília* (4-10-86): MAIORIA DOS PAULISTAS IGNORA A CONSTITUINTE.

O início da reportagem é bem clara: "Uma pesquisa para tentar identificar o pensamento político dos cidadãos da Grande São Paulo revelou que apenas 20% da população sabem o que significa uma Constituinte...".

Formam-se, por isso mesmo, núcleos e grupos extremamente instáveis, ao sabor das pressões momentâneas, grupos esses por vezes de decisiva importância numérica, que vai se traduzir em aprovação de dispositivos constitucionais. As pressões (econômicas, políticas, ideológicas, emocionais etc.) somam-se às vezes o escasso conhecimento de certas matérias de cunho mais específico, a pressa na condução dos trabalhos, o alheamento, e o que é pior para um constituinte, a dificuldade de prever as conseqüências futuras do que se está votando (a incapacidade de "ver antes" a que se referia Carlos Lacerda). Resultam daí artigos ou parágrafos que só são úteis ou aplicáveis à primeira vista. Examinados mais acuradamente, resultam prejudiciais à sociedade ou inaplicáveis, quando não risíveis (2).

E quanto à demora na conclusão dos trabalhos? Indaga-se. A resposta ou respostas (falta de um texto base, deficiente estruturação do calendário dos trabalhos, falta de *quorum* no início e fim das semanas etc.) pode explicitar uma situação, mas não justifica quedar um País à espera da retomada de investimentos nacionais e estrangeiros num momento crítico da economia, por cerca de dois anos. Este é o quadro nesta hora em que se termina a votação do 1.º turno.

Finalmente, para não citarmos outras contradições, fica aqui a freqüentemente lembrada, de estar a Constituinte, nos detalhes a que nos referimos, tentando fazer girar ao contrário a roda da história:

Ser estatizante, num mundo que marcha para a privatização; ser xenófoba num momento de interpenetração econômica mundial; ser populista quando o caminho é o da verdade e o da austeridade.

Embora os fundamentos do ordenamento jurídico do Estado não tenham sofrido grandes abalos, algumas alterações são de se notar, entre elas aquelas que dizem respeito à ampliação do Poder Legislativo, que cresce agora no espaço do Executivo. Façamos algumas observações sobre esse tema:

---

(2) Um exemplo de dispositivo prejudicial à sociedade é o da nacionalização do extrativismo mineral (art. 205, § 3º), na medida em que inibe o investimento estrangeiro em setor carente de recursos internos e necessitado de absorção de tecnologia. Outro exemplo é o da proibição dos contratos de risco para a prospecção de petróleo em território nacional (art. 206) pelas mesmas razões acima e mais: por potencialmente inibir a Petrobrás de firmar contratos idênticos no exterior.

Dispositivos inaplicáveis há vários, como o que tabela juros para aplicações financeiras (art. 225).

Elas são objeto de chistes e chacotas, até entre Constituintes: a licença paternidade (art. 8º) e o art. 262 que diz: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e GARANTINDO-LHES O DIREITO A VIDA, MESMO DURANTE A OCORRÊNCIA DE DOENÇAS FATAIS." Isto para não falar na anistia de débitos, algo jamais visto em texto constitucional (artigo das Disposições Transitórias).

## *O Poder Legislativo — Agora e depois*

Entre as alterações que reforçam o Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, examinemos os mais importantes:

- 1 — O Congresso Nacional passará a estabelecer (por lei complementar) o número de Deputados por Estados e pelo DF (este número é hoje constitucional) (art. 56, § 2.º).
- 2 — O Congresso Nacional passará a dispor sobre “planos plurianuais e diretrizes orçamentárias...” (art. 58, inciso II).
- 3 — Passará a dispor sobre “fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas”. Não dispõe hoje sobre a modificação (art. 58, inciso III).
- 4 — Passará a dispor também sobre programas “setoriais” de desenvolvimento (art. 58, inciso IV).
- 5 — O Congresso ampliará seus poderes quando passará a dispor também sobre a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, dos Territórios e do DF, além da organização administrativa e judiciária da União (art. 58, inciso VIII).
- 6 — A criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública passará do domínio do Executivo para o do Legislativo (art. 58, inciso XI).
- 7 — O Congresso disporá doravante sobre telecomunicações (art. 58, inciso XII).
- 8 — Disporá também sobre “matéria financeira cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações” (art. 58, inciso XIII), e sobre normas gerais de direito financeiro (art. 58, inciso XIV), bem como sobre “captação e garantia da poupança popular” e “moeda, seus limites de emissão e montante da dívida mobiliária federal” (mesmo artigo, incisos XV e XVI).
- 9 — O inciso I do art. 59 dará ao Congresso Nacional, a nosso ver poderes excepcionais para avocação de questões externas, como “acordos” de negociação de dívida externa.
- 10 — O inciso III do mesmo artigo deixa clara a penalidade para ausência do País por parte do Presidente e Vice-Presidente da República sem a devida autorização: perda do cargo.
- 11 — A remuneração dos Ministros de Estado também será atribuição do Congresso, na nova Carta (art. 59, inciso VII).
- 12 — Os planos de Governo serão acompanhados e sua execução julgada pelo Congresso (art. 59, inciso VIII).
- 13 — O art. 59 é pródigo em inovações, sempre ampliando o poder do Legislativo:
  - na autorização de referendos e plebiscitos;
  - na concessão e renovação de canais de rádio e televisão;

- na escolha de membros do Tribunal de Contas da União;
  - no controle das atividades nucleares;
  - na autorização para exploração mineral nas terras indígenas e na alienação de terras públicas;
  - e até no acompanhamento dos resultados das viagens presidenciais (parágrafo único).
- 14 — O art. 61 dispõe, inovando, sobre a convocação de Ministros de Estado.
- 15 — A Câmara dos Deputados poderá autorizar instauração de processo contra Ministros de Estado (art. 64, inciso I), aprovar moção de censura a Ministro (inciso III) e recomendar afastamento de detentores de cargo de confiança (inciso IV).
- 16 — O Senado poderá, na nova Constituição, não só julgar como também “processar” o Presidente da República (art. 65, inciso I) e também processar e julgar o Procurador-Geral da União, o que não pode na Carta vigente (art. 65, inciso II).
- 17 — O Senado passará a aprovar a nomeação de Governadores de Territórios, do Presidente e Diretores do Banco Central e do Procurador-Geral da República (art. 65, inciso III).
- Acrescente-se que o Presidente, na nova Carta, perde a faculdade de baixar decretos-leis, que a derrubada de um veto presidencial dar-se-á não mais por voto qualificado de dois terços, como hoje, e que desaparece a figura do decurso de prazo, às 17 observações acima e teremos um elenco de 20 pontos em que, indiscutivelmente, se fortalece o Legislativo, ampliando sua influência sobre os outros dois Poderes.

### *Conclusão*

Pelo que temos observado até esta altura dos trabalhos, a promulgação da nova Constituição corresponderá, para o Congresso Nacional como um todo, e para cada uma de suas duas Casas, a um considerável aumento de poder. Será esta a mais profunda diferença entre as duas Constituições. Seria isto motivo para concessão de alvíssaras? Não responderíamos positivamente sem antes contemplarmos a contrapartida desse aumento de poder em termos de trabalho, eficiência e equilíbrio, plenamente exercidos por este mesmo Congresso que terá, em assim agindo, feito recuar para limites mais modestos e próprios um Executivo inchado ao longo dos anos. E que terá, em assim não agindo, apenas feito aquilo que condena todos os dias, em todas suas tribunas: alcançado o poder pelo poder, legislando em causa própria. O Congresso terá sido, então, apenas o mais numeroso e bem sucedido “lobby” de quantos transitaram pelos corredores dos edifícios das nossas Casas Legislativas.



# O Supremo Tribunal Federal na nova Constituição

Ministro SYDNEY SANCHES  
Do Supremo Tribunal Federal

1. A nova Constituição Federal (Projeto "C") mantém a tripartição de Poderes da União: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2.º).

E aponta, no art. 92, os órgãos do Poder Judiciário:

- I* — Supremo Tribunal Federal;
- II* — Superior Tribunal de Justiça;
- III* — Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV* — Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V* — Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI* — Tribunais e Juízes Militares;
- VII* — Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal.

Só nos ocuparemos, nesta oportunidade, do Supremo Tribunal Federal, que é o tema da exposição.

(Exposição proferida em Belo Horizonte, no dia 20 de setembro de 1988, no II Fórum Jurídico: A Constituição Brasileira, promovido pela Academia Internacional de Direito e Economia — Fundação Dom Cabral.

2. O Supremo Tribunal Federal continua com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional (art. 92, parágrafo único). O âmbito dessa jurisdição, porém, foi consideravelmente alterado, como adiante se verá.

3. Ao STF a Constituição reserva o poder de iniciativa de lei complementar, que disporá sobre o Estatuto da Magistratura (art. 93).

E enuncia, desde logo, os princípios que, nessa lei, devem ser observados, dentre os quais alguns sobre ingresso e progressão na carreira de magistrado, sobre cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento, como requisitos para ingresso e promoção, sobre vencimentos, aposentadoria, remoção compulsória, disponibilidade, residência na Comarca, sobre julgamentos, decisões administrativas e disciplinares e sobre órgão especial em Tribunais com mais de 25 membros.

Em se tratando de um Estatuto, deverá ele, de um modo geral, regular os direitos e deveres dos magistrados, podendo, pois, cuidar até de órgãos disciplinares.

4. Os Ministros do STF, como todos os Juízes, continuam com as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento (art. 95), havendo no inciso III do art. 95 remissão ao disposto nos arts. 37, XI, 150, II, 153, III e 153, § 2.º, I, quanto à remuneração.

Como os demais Juízes, estão impedidos de exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, de receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo, e de exercer atividade político-partidária.

5. Assim como aos demais Tribunais (art. 96), compete privativamente ao STF: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seu regimento interno, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

5.1. A novidade está em que o regimento interno do STF já não terá força de lei federal, a regular o processo e julgamento dos feitos de sua competência, como ocorria na Constituição de 1967, c/ a Emenda 1/69 e a Emenda 7/77.

5.2. Ainda como os demais Tribunais, caberá ao STF organizar sua própria secretaria e serviços auxiliares, conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e servidores, propor a criação de novas varas judiciárias, prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos,

obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança, assim definidos em lei.

5.3. Compete ainda ao STF, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o art. 169: a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, dos serviços auxiliares, e criação ou extinção de tribunais inferiores e alteração da organização e da divisão judiciárias (art. 96, II).

5.4. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderá o STF, como acontece com os demais tribunais, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97).

6. O art. 99 assegura ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira.

O § 1.º esclarece que os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias, dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes, na lei de diretrizes orçamentárias.

E o § 2.º que o encaminhamento da proposta, ouvidos os demais tribunais interessados, compete, no âmbito federal, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais.

7. O art. 100 e seus parágrafos cuidam dos precatórios judiciais, das dotações orçamentárias e dos créditos abertos ao Poder Judiciário, interessando também ao STF.

8. A composição do STF é tratada no art. 102, segundo o qual ele se compõe de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

A novidade está na indicação da idade máxima, no momento da nomeação: menos de sessenta e cinco anos.

8.1. Continuarão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

O texto anterior não falava em maioria absoluta.

9. O art. 103 fixa a competência do STF, alterando-a consideravelmente. Atribui-lhe função precípua de guarda da Constituição.

9.1. Parte da competência, que lhe conferia a C.F. de 1967, c/ as Emendas 1/69 e 7/77, é atribuída agora ao Superior Tribunal de Justiça, que absorverá o Tribunal Federal de Recursos, e terá competência originária e recursal, esta ordinária e especial.

9.2. Passa do STF para o STJ a competência para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (art. 106, I, a).

9.3. Pela Constituição anterior, tinha o STF competência para processar e julgar originariamente o *habeas corpus*, quando o coator ou o paciente fosse tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estivessem sujeitos diretamente a sua jurisdição ou se tratasse de crime sujeito à mesma jurisdição em única instância (art. 119, I, h).

Essa competência o STF conserva, na nova Constituição, mas os tribunais estaduais já não estão sujeitos diretamente a sua jurisdição, salvo em questões constitucionais. Conseqüentemente, o *habeas corpus* contra atos desses tribunais estaduais já não são impetráveis perante o STF, mas, ao que se infere do art. 106, I, c, perante o STJ (v. tb. 106, II, a).

9.4. Pela Constituição anterior, cabia ao STF processar e julgar, originariamente, os conflitos de jurisdição entre quaisquer tribunais e entre tribunal e juiz de primeira instância a ele não vinculado (art. 119, I, e).

Pelo nova Constituição, essa competência originária do STF só abrange os conflitos de jurisdição entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal (art. 103, I, o).

O mais passa para o STJ (art. 106, I, d).

9.5. Os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as destes e as da União, pela Constituição anterior, eram processadas e julgadas originariamente pelo STF (art. 119, I, f).

Pela nova, tais conflitos caberão ao STJ, excluindo-se no texto a referência a Territórios (art. 106, I, g).

9.6. Em grau de recurso ordinário, competia ao STF, pela Constituição anterior, julgar os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Federais ou Tribunais de Justiça dos Estados, se denega-

tória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário (art. 119, II, c).

Pela nova, tal competência é do STJ, quando se tratar de *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, sempre que denegatória a decisão (art. 106, II, a).

9.7. Julgar, em recurso ordinário, as causas em que fossem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa domiciliada ou residente no País, cabia, antes, ao STF (art. 119, II, a).

Agora ao STJ (art. 106, II, c).

9.8. A Constituição anterior previa competência do STF, para julgar, em recurso ordinário, crimes de Governadores de Estado e seus Secretários contra a segurança nacional ou as instituições militares (art. 119, II, h, c/c art. 129, §§ 1.º e 2.º).

Essa competência agora desaparece. E não é prevista nos mesmos termos para outro tribunal. Ao STJ, porém, é outorgada competência para processar e julgar originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal (art. 106, I, a).

9.9. Por força do art. 119, III, da Constituição anterior, cabia ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariasse dispositivo da própria Constituição ou negasse vigência de tratado ou lei federal;

b) declarasse a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgasse válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) desse à lei federal interpretação divergente da que lhe tivesse dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Pela nova Constituição, art. 106, III, parte dessa competência do STF, em recurso extraordinário, passa para o Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial.

Cabe a este, em recurso especial, julgar as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local, contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

Sobre tais matérias, portanto, desaparece o recurso extraordinário para o STF, porque só será cabível para a Corte mais alta, nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (art. 103, III):

- a) contrariar dispositivo da própria Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local em face da Constituição Federal.

Em outras palavras, desaparece o recurso extraordinário para o STF sobre matéria infraconstitucional porque esta fica remetida ao STJ, em recurso especial.

9.10. Perde, ainda, o STF a competência de processar e julgar originariamente a representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, bem como de avocar e julgar causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, como era previsto nas letras *l* e *o* do art. 119, I, da Constituição anterior.

Tais competências não são atribuídas a qualquer outro Tribunal, desaparecendo, pois, os institutos em foco.

O mesmo acontece com sua competência originária para a declaração de suspensão de direitos (arts. 119, I, *j* e 154 da Constituição anterior).

9.11. Da competência originária do STF, como prevista na Constituição anterior (art. 119, I), conserva a Corte, na nova Constituição, a de processar e julgar (art. 103, I):

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado, os membros do Congresso Nacional e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no inciso I do art. 52, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

(Nesse ponto, porém, já não se prevê competência do STF para processar e julgar mandado de segurança contra ato do Conselho Nacional da Magistratura, que não foi mantido no texto constitucional, mas pode ser recriado no futuro Estatuto da Magistratura; nem os mandados de segurança impetrados pela União contra atos de governos estaduais);

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição requisitada por Estado estrangeiro;

h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regime interno ao seu Presidente;

i) o *habeas corpus*, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;  
.....;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;  
.....;

o) conserva o STF parte da competência antiga para julgar conflitos de jurisdição entre Tribunais, como se viu anteriormente;

p) o pedido de medida cautelar das representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.

9.12. A nova Constituição confere, porém, competências novas, ou ao menos não previstas explicitamente na anterior.

9.12.1. Dentre elas, a de processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, seus próprios Ministros (art. 103, I, *b*); o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 103 (v. letra *d*), o *habeas data* e o mandado de injunção contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (letra *d*); a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (letra *l*); a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do Tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados (letra *n*).

9.12.2. Ainda ao STF é atribuída competência para julgar, em recurso ordinário, *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 103, II, *a*).

Quanto a mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção, tal competência do STF, em recurso ordinário, é nova.

Quanto ao *habeas corpus* sua competência, em recurso ordinário, fica reduzida para as hipóteses de denegação pelos Tribunais Superiores, em instância única.

Passa, ainda, o STF a ter competência para julgar, em recurso ordinário, o crime político (art. 103, II, *b*).

9.12.3. Importante inovação é a que se contém no parágrafo único do art. 103 do novo texto constitucional, *in verbis*: a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

9.12.4. Por outro lado, a nova Constituição no art. 104, alargou, consideravelmente, a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, pois não confere legitimidade para propô-la apenas ao Procurador-Geral da República, como acontecia na anterior, mas, sim, também, ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, da Câmara



dos Deputados, das Assembléias Legislativas, aos Governadores de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

9.12.5. O § 1.º do art. 104 impõe a prévia manifestação do Procurador-Geral da República nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do STF.

9.12.6. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tomar efetiva norma constitucional — diz o § 2.º do mesmo art. 104 — será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

9.12.7. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade em tese de norma legal ou ato normativo, ouvirá previamente, o Advogado-Geral da União que defenderá o ato ou texto impugnado. É o que diz o § 3.º do art. 104.

Obviamente, salvo melhor juízo, essa defesa não será exigível sempre, ou ao menos quando o ato ou texto impugnado contrariar norma constitucional sobre competência da própria União.

10. Em dispositivos esparsos do texto constitucional são tratados alguns pontos relacionados com o Supremo Tribunal Federal.

10.1. Assim, por exemplo, no art. 52, inciso II, se diz que compete privativamente ao Senado Federal processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade.

10.2. O parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece que, em tal hipótese, e nas demais dos incisos I e II, funcionará como Presidente (no processo e julgamento) o do Supremo Tribunal Federal.

10.3. Noutro passo, tratando da ordem de substituição e sucessão do Presidente da República, diz o art. 80: em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

10.4. O art. 84, inciso XIV, mantém a competência privativa do Presidente da República para nomear, após aprovação do Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

10.5. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 10 estabelece competência nova do STF: os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes eivados de vício grave.

O parágrafo único acrescenta: o Supremo Tribunal Federal proferirá sua decisão no prazo de cento e vinte dias, a contar do pedido do interessado.

10.6. O art. 27 das Disposições Transitórias esclarece que o Superior Tribunal de Justiça será instalado sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal.

E seu § 1.º: até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.

Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal exercerá as competências fixadas pela nova Constituição e, cumulativamente, as da Constituição anterior, até que o STJ seja instalado.

Isto permite antever enorme sobrecarga para o STF, ao menos nessa transição.

## 11. Concluindo:

1 — o STF, teve consideravelmente alargado sua competência originária e recursal, sobretudo em se tratando de temas constitucionais; obteve poder de iniciativa para a elaboração legislativa do Estatuto da Magistratura e também para proposta orçamentária;

2 — a matéria infraconstitucional, que lhe era afeta, ficou, em linhas gerais, remetida ao Superior Tribunal de Justiça; assim, também, algumas competências originárias e em recurso ordinário;

3 — até a instalação do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, além das competências e atribuições conferidas pela nova Constituição, exercerá as fixadas na ordem constitucional precedente;

4 — a função precípua de guarda da Constituição confere ao Supremo Tribunal Federal posição de enorme responsabilidade e importância na implantação e preservação da nova ordem constitucional.

# A Justiça Militar na nova Constituição Brasileira

ANTONIO GERALDO PEIXOTO

Ministro-Presidente do Superior Tribunal  
Militar (Ten.-Brig.-do-Ar)

Para melhor compreensão de como resultou definida a Justiça Militar na nova Constituição, necessários se tornam um intróito relativamente ao seu passado de eficiência, quase bicentenário, como também alguns comentários sobre o início dos trabalhos na Magna Assembléia Nacional Constituinte, onde grande parte de seus membros, pouco familiarizados com a verdadeira destinação da Justiça Militar, tinha informação inexata ou incompleta a respeito de seu desempenho.

A Justiça Militar pode ser considerada como a mais antiga do Brasil, pois sua organização teve início pelo Alvará, com força de lei, de 1.º de abril de 1808, assinado por D. João VI.

Por esse Alvará, competia à Justiça Militar o “conhecimento de decisão dos Processos Criminais que se formam aos réus que gozam do Foro Militar, e que em virtude de Ordens Régias se devem remeter ao Conselho de Guerra”, e todos os “mais negócios que Eu o (Príncipe) houver por bem encarregar-lhe”.

Assim, desde o início, foi a Justiça Militar responsável pelo processo e julgamento dos crimes definidos como militares, independentemente de seus agentes, que poderiam ser militares ou civis.

É interessante relembrar o processo datado de 21 de agosto de 1820, em que D. João VI ordenara fossem processados e julgados sumariamente o corsário pirata denominado General Rivera e outros, presos nos bergantins portugueses "Ulisses" e "Triunfante", os quais tinham sido roubados pelos referidos piratas, todos eles civis, apesar da alcunha do cabeça.

Coincidentemente, e por mero registro histórico, lembramos também que a única condenação confirmada pelo Superior Tribunal Militar com base na atual Lei de Segurança Nacional (Lei n.º 7.170, de 14 de dezembro de 1983), foi a de dois civis que seqüestraram uma aeronave brasileira quando decolava de São Luís — Maranhão, no dia 3 de fevereiro de 1984.

Outrossim, cabe salientar que dos dezessete processos apreciados nestes quatro anos de vigência da citada lei, todos os demais acusados foram absolvidos plenamente, ou tiveram reconhecida a extinção da punibilidade pela anistia.

Isso demonstra a independência e a serenidade que sempre guiaram os julgamentos da mais alta Corte de Justiça Castrense, que não reconheceu os ilícitos apontados em tais processos como capazes de colocar em risco a soberania nacional.

Tal fato confirma, também, a efetiva contribuição da Justiça Militar para o clima de paz que o País vem atravessando ultimamente. Clima este que proporcionou a mais completa independência para os trabalhos da Constituinte.

A Justiça Militar, organizada em 1808, compunha-se do "Conselho Supremo Militar e de Justiça" e dos "Conselhos de Guerra", que funcionavam como órgãos de primeira instância.

Essa composição perdurou até a Proclamação da República, quando a mais alta Corte Castrense teve sua denominação alterada para "Supremo Tribunal Militar", ainda no âmbito do Poder Executivo.

Pela Constituição de 1934, a Justiça Militar foi incorporada ao Poder Judiciário, integrando-o até hoje, como de direito.

Com o advento da Constituição de 1946, o designativo Supremo Tribunal Militar foi mudado para Superior Tribunal Militar.

Até o presente momento, a lei, ao estabelecer a competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes militares, não tem feito distinção entre seus autores, quer sejam civis ou militares, pois a Justiça Castrense funciona como Justiça Especializada e não como um foro privilegiado. O militar que comete crime não definido no Código Penal Militar é processado e julgado pela Justiça Comum, criminal ou civil. Não há assim aquela diferenciação privilegiando militares, que muitos, por ideologia ou desinformação, desejam salientar para excluir do foro militar os civis, em qualquer

circunstância, mesmo naqueles crimes mais específicos, como os de roubo de armas militares, que têm acontecido ultimamente, para utilização pelas quadrilhas do narcotráfico.

Por outro lado, embora alguns dos que assim pensam considerem altamente elogiável o desempenho da Justiça Militar nos momentos mais difíceis da nacionalidade, tentam, no entanto, a formação de uma imagem distorcida dessa Justiça Especializada, imputando-lhe até certas decisões tomadas exclusivamente na esfera administrativa, sabendo de antemão que, por força de lei, estavam tais decisões fora da apreciação do Poder Judiciário. Assim, muitos cidadãos punidos por atos administrativos excepcionais foram apontados maliciosamente como punidos pela Justiça Militar.

Tais incompreensões e distorções obrigaram o Superior Tribunal Militar a iniciar trabalho de esclarecimento diretamente junto aos Senhores Constituintes.

A desinformação era tão grande que, apesar do esforço despendido pelo STM, que chegou a receber prazerosamente, em sua sede, os integrantes do primeiro grupo de trabalho sobre a Justiça, a “Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público”, expondo-lhe, na ocasião, o nosso entendimento, oralmente e por trabalho escrito, fomos surpreendidos pela omissão da Justiça Militar no primeiro relatório divulgado. Em decorrência dessa omissão, fora simplesmente extinta a Justiça Militar, pois aqueles que labutavam em seu meio, por dispositivo inserido em tal relatório, seriam aproveitados alhures.

Felizmente, tivemos e temos confiança nos dignos Constituintes, pois representam, realmente, o nosso povo com toda a sua gama de atributos. E, no fim, o bom senso haveria de prevalecer, como, de fato, aconteceu.

A própria Subcomissão do Poder Judiciário reavaliou a imprescindibilidade do foro especial militar em seu relatório final mantendo a Justiça Militar no âmbito do Poder Judiciário, embora um tanto desfigurada.

Na “Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo”, embora a redação não tenha sofrido grandes modificações, a competência da Justiça Militar já ficou mais resguardada em relação ao relatório da Subcomissão do Poder Judiciário.

Finalmente, na Comissão de Sistematização, aquela justificada confiança nos Senhores Constituintes foi confirmada, chegando essa Comissão a um texto satisfatório e que permitirá, mediante lei complementar e as leis ordinárias regulamentadoras — incluindo a atualização dos Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar — organizar a Justiça Militar dentro de sua destinação, confirmando a sua competência e permitindo a continuidade de seu excelente desempenho em mais de 180 anos de existência.

O texto aprovado está assim redigido:

“Art. São órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Art. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre Oficiais-Generais da Marinha, quatro dentre Oficiais-Generais do Exército, três dentre Oficiais-Generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I — três, dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II — dois, à escolha paritária, dentre auditores e membros do Ministério Público Militar.

Art. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Art. A lei disporá sobre a competência, a organização e funcionamento da Justiça Militar.” (\*)

Dessa forma, excetuando-se as condições gerais para o funcionamento do Poder Judiciário como um todo, e que deverão ser estabelecidas em lei complementar, restará apenas um ponto sensível a resolver, que será a definição de crime militar.

Tal definição seria facilmente conseguida não persistissem ainda resíduos daquelas incompreensões e desinformações anteriormente aludidas.

De fato, sem levar em conta essa divergência residual, já há consenso, mesmo universalmente, a respeito do que seja crime militar. Até em alguns países socialistas, que servem de paradigma para certos opositores da Justiça Militar, o crime militar é definido genericamente como o cometido contra a Defesa da Pátria e as Instituições Militares, independentemente de seus autores.

Finalizando, podemos reafirmar que a Justiça Militar ainda mantém a mesma confiança nos representantes do povo que, concluídos os trabalhos da Constituição, irão elaborar o ordenamento jurídico complementar, explicitando a competência e assegurando maior independência para o funcionamento da Justiça Castrense, como vital para o Estado de Direito.

(\*) V. artigos 122 a 124 da Constituição Federal.

# As relações internacionais na ordem constitucional

PAULO ROBERTO DE ALMEIDA

Doutor em Ciências Sociais e Professor de Sociologia Política

## SUMÁRIO

1. *Constituição e sociedade no Brasil.* 2. *Relações exteriores e Constituição.* 3. *A experiência histórica brasileira.* 4. *As relações internacionais na nova Constituição.* 5. *Implicações para a política externa do Brasil. Bibliografia.*

## 1. CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE NO BRASIL

### a) *Profusão constitucional*

“Se a elaboração de Constituições democráticas serve de preparação à prática da arte do governo popular”, afirmava 25 anos atrás um observador norte-americano, “então, efetivamente, os latino-americanos estão bem preparados. (...) Não parece haver término na elaboração de Constituições (*There seems to be no end to constitution-making*)” (1).

A evidente ironia não nos deve fazer esquecer que a experiência constitucional latino-americana — e com ela a brasileira — parece confirmar a assertiva do cientista político norte-americano. Afinal, enquanto os Estados Unidos se encontravam celebrando, em 1987, o ducentésimo aniversário do documento de Filadélfia, os constituintes brasileiros começavam recém a ocupar-se da elaboração de nosso oitavo texto constitucional. Terminada a Constituição, a questão mais importante não está em saber se o povo brasileiro, a exemplo do norte-americano, também poderá algum dia comemorar seu bicentenário, mas se ela fornece uma base segura para o estabelecimento de um governo efetivamente democrático.

Não se pode, por exemplo, pensar que a mera inclusão de garantias formais de direitos econômicos, políticos e sociais possa assegurar, automaticamente, uma ordem democrática, justa e estável, no Brasil. “A simples verdade nessa matéria”, afirmou o mesmo crítico norte-americano, “é que não existem fórmulas constitucionais que, por mais bem adaptadas a uma situação concreta ou a um contexto peculiar, possam garantir por si mesmas a inauguração de um regime democrático” (2).

(1) Cf. J. Lloyd MECHAM. “Latin American Constitutions: Nominal and Real” in John D. MARTZ (ed.). *The Dynamics of Change in Latin American Politics*. Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall Inc. 1965, 35-44, p. 35.

(2) *Ibid.* p. 44.

Mais que ao funcionamento das instituições ou ao eventual cumprimento dos preceitos da carta constitucional, a democracia no Brasil tem seu destino ligado ao fortalecimento de uma verdadeira "cultura política", que transcenda a letra do direito e deite raízes na própria prática social. O Estado, por mais controles e freios que se estabeleçam à sua "vontade de poder", sempre tenderá a agir de maneira mais ou menos autoritária, uma vez que sua *rationale* — ou seja, sua verdadeira razão de ser — é o monopólio de todos os instrumentos de dominação: esta é uma evidência mesma, do mais puro bom-senso weberiano. Apenas a sociedade civil pode oferecer a chance, ou melhor, a possibilidade de uma prática democrática que supere o arcabouço jurídico de um texto constitucional para fundar uma ordem social na qual os diversos grupos e categorias sociais possam competir livremente na defesa de seus interesses divergentes sem que com isso sejam afetados princípios fundamentais como os da liberdade, da justiça e da igualdade de oportunidades.

#### b) *Promessa democrática*

Vista sob esse critério, a nova Carta Constitucional brasileira representa pelo menos uma promessa de ordem democrática e de aperfeiçoamento de nossa cultura política, com especial ênfase na regulamentação dos mecanismos de participação social e de retribuição econômica. Seus avanços mais consideráveis se deram precisamente no terreno dos chamados direitos substantivos — por oposição à garantia formal de direitos políticos — onde a legislação obrou no sentido de diminuir o *quantum* de iniquidade social embutida em nossa formação histórica e econômica.

É bem verdade que, a despeito de uma configuração relativamente conservadora do corpo constituinte <sup>(3)</sup>, a representação dos interesses sociais

(3) Todas as pesquisas sobre os resultados das eleições de 15 de novembro de 1986, bem como análises sobre a composição política e ideológica do corpo constituinte tenderam a demonstrar o "centrismo", quando não o "conservadorismo", da Assembléia Nacional Constituinte, tanto em termos de representação social e profissional, como em função dos interesses regionais e setoriais representados naquele órgão. Reportagens de imprensa sobre o "perfil da Constituinte", baseados em entrevistas pessoais, confirmaram, em grande medida, ensaios de politologia conduzidos segundo métodos mais elaborados. Ver, a título de exemplo, *Folha de S. Paulo*, "Centro Domina a Constituinte" (Caderno Especial "Os eleitos — Quem é Quem na Constituinte", 19-1-87); *Correto Brasileiro*, "Lobby da área rural é o maior" (22-1-87); *Veja*, "A Voz dos Liberais" (4-2-87, pp. 20-34); *Jornal do Brasil*, "Constituinte tem 217 parlamentares que passaram pela Arena" (19-3-87). Na área acadêmica, podem ser seletivamente citados: Ronald SHNEIDER, 1986 *Brazilian Elections — Post Election Report*. Washington, Center for Strategic and International Studies, Georgetown University, december 22, 1986, mimeo; Walder de GOES, *A Composição Ideológica e a Dinâmica Política da Constituinte*. Brasília, trabalho reservado, janeiro de 1987, 9 pp. A relação de forças durante o processo de elaboração constitucional demonstrou igualmente o poder político e de mobilização social dos setores identificados ideologicamente com o "conservadorismo"; ver, a esse respeito, reportagem especial de *Veja*, "Reação conservadora" (Reportagem de Capa: "Como a Direita se Organiza: as mil faces da reação conservadora", 11-11-87, pp. 28-39).



pôde exercer-se com amplas franquias durante o processo de elaboração constitucional, abrindo caminho para que começassem a ser corrigidos alguns dos desequilíbrios presentes nessa mesma sociedade civil. Não devemos, contudo, nos iludir: se a lei introduz a possibilidade formal para o exercício de uma maior igualdade de chances nos "mercados" político e econômico, ela não cria, ela mesma, as condições sociais e estruturais para que essa possibilidade se converta em igualdade tangível. A promessa democrática existe: dependerá da sociedade convertê-la em realidade (4).

A nova Carta confirmou, ampliou e corrigiu diversos princípios da tradição histórica republicana: federalismo, presidencialismo, multipartidarismo, bicameralismo e representação proporcional. Procurou, de maneira bem intencionada, reforçar os elementos de estabilidade institucional através de uma melhor divisão das competências constitucionais entre os poderes, introduzindo, ao mesmo tempo, alguns elementos de "desconcentração" estatal ao operar uma revisão da estrutura tributária e fiscal em nível federal.

Ao lado, porém, dos inúmeros avanços sociais e políticos consagrados na Carta recém-promulgada, há um aspecto da democratização institucional que não recebeu ainda a devida atenção por parte dos observadores políticos e cientistas sociais engajados na análise substantiva e na exegese detalhada do novo texto: quero referir-me à problemática das relações internacionais do Brasil na nova ordem constitucional. Não apenas observou-se, naquele texto, a introdução de dispositivos inéditos na matéria, referentes aos princípios que devem guiar as relações exteriores e internacionais do País, como também procurou-se reequilibrar as responsabilidades dos diversos poderes na condução ou no controle da política externa governamental.

### c) *Objeto do presente trabalho*

O presente trabalho não tem a pretensão de preencher inteiramente esta lacuna, que estará, por certo, mais bem entregue aos cuidados dos professores de Direito Constitucional e dos especialistas em Relações Internacionais, que saberão, melhor do que um sociólogo, captar as inovações na letra e no espírito da nova Constituição suscetíveis de afetar a postura internacional e o relacionamento externo do Brasil. Mas, ele aspira, ainda assim, a ser um levantamento, tão completo quanto possível, da temática das relações internacionais no ordenamento constitucional do País, bem como das implicações dos novos dispositivos para a política exterior governamental.

Partiu-se do atual texto constitucional procedendo-se a uma listagem linear dos dispositivos referentes às relações internacionais e mencionando-se, onde cabível, os pontos de convergência, oposição ou originalidade em relação às cartas constitucionais anteriores, com especial ênfase nas três últimas (Constituições de 1946, de 1967 e Emenda Constitucional n.º 1,

(4) Ver, a esse respeito, meu artigo sobre a representação dos interesses sociais nos processos constitucionais de 1946 e de 1986: "Uma Interpretação Econômica da Constituição Brasileira", *Ciência e Cultura*, vol. 39, 1, janeiro 1987, pp. 34-46.

de 1969). Pretendeu-se, em seguida, oferecer uma discussão tentativa das questões relevantes que, no campo das relações internacionais, abrem-se aos atores institucionais do sistema político brasileiro — Executivo, Parlamento, partidos, agências especializadas — e sua interação recíproca em função das novas normas constitucionais, particularmente no que se refere à processualística — atual e passada — do controle legislativo dos atos internacionais.

Procedeu-se também — tanto quanto possível sem julgamentos de valor — a uma discussão das possíveis implicações, para a política externa institucional e para os atores em jogo, dos dispositivos pertinentes inscritos no novo texto constitucional que possam influenciar a orientação e o direcionamento das relações internacionais do Brasil no novo período constitucional agora aberto. Apesar de que o efeito de algumas dessas normas constitucionais possa se fazer mais diretamente sentir na esfera de competência própria do Ministério das Relações Exteriores, as implicações mais importantes de muitos dispositivos incidirão sobre problemas gerais ligados à política econômica externa do País, sendo como tais suscetíveis de afetar a política internacional do Governo como um todo.

Foram deixados deliberadamente de lado os problemas relativos a discussões teóricas ou doutrinárias no âmbito do Direito Constitucional ou do Direito Internacional Público, bem como questões vinculadas à organização constitucional comparada, exceto no que se refere ao domínio próprio da condução da política externa e à divisão das esferas de competência nessa área. Evitou-se, também, sobrecarregar excessivamente este texto com exemplos retirados da experiência legislativa do Brasil republicano — já que ele não pretende fazer obra de história constitucional — bem como com referências excessivas à prática constitucional de outros países no campo das relações internacionais.

O presente trabalho deve ser visto como um exercício de avaliação acadêmica, e as opiniões aqui emitidas o são em caráter puramente pessoal, não podendo ser interpretadas, portanto, como reproduzindo ou refletindo, no todo ou em parte, posições de qualquer instituição governamental.

## 2. RELAÇÕES EXTERIORES E CONSTITUIÇÃO

### a) *Economia de termos*

“Relações exteriores” não é um termo que se encontre na Constituição. As disposições constitucionais relativas à condução e implementação das relações exteriores do Brasil comparecem, de forma bastante discreta aliás, ao abrigo das rubricas *relações internacionais*, no que se refere aos princípios fundamentais do Estado, e *tratados internacionais*, no que tange à atribuição de competências institucionais.

Tampouco as expressões “política externa”, “política exterior” ou “política internacional” são referidas no texto constitucional, que, salientese mais uma vez, é particularmente esquivo, como ocorre com a maior

parte das Constituições, em relação aos temas do relacionamento externo do País. A concisão normativa (refletida nessa pouca substantividade terminológica) é, pois, um dado que se impõe como primeira constatação de uma análise de conteúdo do texto constitucional.

Não poderia, aliás, ser de outra forma, já que estamos tratando de uma esfera relativamente complexa e altamente especializada da atividade governamental, onde um certo “hermetismo” natural do processo decisório encontra-se confirmado pela existência de um corpo funcional dedicado exclusivamente à representação dos interesses nacionais no plano externo. A própria especificidade do tema e seu reduzido impacto em termos de realizações “concretas” contribuem para afastar os principais atores do jogo político — partidos, líderes políticos e sindicais, grupos de opinião, etc. — da administração e controle da política externa institucional. Como disse um cientista político, “a política externa é particularmente inadequada como tema de debate na arena da competição eleitoral, não apenas porque ela é difícil e complexa, mas principalmente porque ela raramente permite alternativas reais de escolha” (5).

Coincidentemente, a quase totalidade das Constituições contemporâneas dedica um espaço diminuto aos temas de relações internacionais no ordenamento institucional do Estado, limitando-se, na maior parte dos casos, a estabelecer a divisão de autoridade constitucional entre os Poderes Executivo e Legislativo na condução e controle das relações exteriores do país em causa. Para a primeira das Constituições modernas, a dos Estados Unidos, a economia de termos encontra correspondência na ambigüidade de intenções do legislador original: o Congresso foi investido de “todos os poderes legislativos”, enquanto que o Presidente deveria exercer o “poder executivo”.

#### b) *Responsabilidade do Executivo*

Para os *founding fathers* e para os constituintes americanos, a “separação dos poderes” era um artigo de fé, tudo o mais era decorrente desse princípio básico. Assim, as prescrições relevantes estabelecidas para o “gerenciamento” da política externa da jovem nação americana foram na verdade muito poucas: o Congresso tem poderes fiscais e tributários, de determinar despesas (inclusive, previsivelmente, para fins de política externa), de regular o comércio com outros países, de definir ameaças ao direito dos povos e de declarar a guerra; o Presidente, por sua vez, é o Comandante-em-chefe e tem poderes de acreditar e receber embaixadores e de concluir tratados internacionais (com o consentimento do Senado) (6).

(5) Cf. Leon D. EPSTEIN, *Political Parties in Western Democracies*, London, Pall Mall Press, 1967, p. 273.

(6) A melhor análise do sistema constitucional norte-americano, do ponto de vista das relações exteriores, está em Louis HENKIN, *Foreign Affairs and the Constitution*. Mineola, N. Y.: The Foundation Press, 1972. O mesmo autor procede a uma discussão dos problemas recentes em “Foreign Affairs and the Constitution”, *Foreign Affairs*. Vol. 66, 2 Winter 1987-1988, 286-310.

O modelo de Constituição republicana adotado nos Estados Unidos — com seu famoso esquema da tripartição dos Poderes — serviu de inspiração para muitas outras repúblicas do continente, quando não de fonte de referência textual, inclusive e principalmente nos dispositivos relativos à separação de atribuições constitucionais em matéria de relações internacionais. Foi o caso da Constituição dos “Estados Unidos Mexicanos” e também da primeira Constituição dos “Estados Unidos do Brasil”.

A Constituição mexicana, de 1917, ainda que fortemente marcada por seu conteúdo social-democrático, inclusive num sentido libertário e igualitarista, segue o exemplo norte-americano no que se refere à atribuição de competências constitucionais ao Senado para o controle da política externa do Executivo. O art. 76, modificado em 1982, dispõe, assim, que são faculdades exclusivas do Senado:

“I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión” (7).

A Constituição mexicana vai assim ainda mais longe que sua suposta “madrinha” do Norte, ao propugnar análise periódica e discussão permanente da política externa governamental, algo que o Congresso norte-americano impôs na prática ao Executivo e que provavelmente se reveste de maior impacto político-partidário, já que o Governo é obrigado a negociar os termos de cada decisão “internacional” significativa com os representantes eleitos.

A participação de representantes eleitos no processo decisório “externo” adquire ainda maior relevo no caso dos regimes de tipo parlamentar, onde o Governo tem sua responsabilidade regularmente testada na arena legislativa. A situação varia evidentemente de país para país, em função não apenas do ordenamento constitucional peculiar a cada sistema político, mas também da estrutura governativa e do tipo de prática político-partidária em vigor na sociedade, inclusive em suas dimensões históricas. Observe-se, a propósito, que o Parlamento britânico, contrariamente ao que se crê habitualmente, não dispõe de poderes constitucionais para atuar na política externa (8). Na maior parte das repúblicas ou monarquias constitucionais do continente europeu é, no entanto, comum que o Chanceler seja periodicamente (em alguns casos semanalmente) submetido ao crivo parlamentar e tenha de defender as opções externas do Executivo dos ataques ou questionamentos da oposição e mesmo de representantes do próprio arco governamental.

(7) “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” in Senado Federal, *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, Volume II: textos, pp. 565-651, p. 610.

(8) Cf. Norman J. PADELFOURD e George A. LINCOLN. *The Dynamics of International Relations*. New York, Macmillan, 1962, p. 272.

### 3. A EXPERIÊNCIA HISTÓRICA BRASILEIRA

#### a) *Evolução política e política externa*

No Brasil, a experiência histórica apresenta curiosas inflexões em matéria de ordenamento constitucional e de prática política. O itinerário político e inicialmente marcado pela outorga autoritária da primeira Constituição, para mais adiante desdobrar-se numa prática liberal-parlamentar típica das monarquias constitucionais, onde as elites dominantes souberam forjar os instrumentos de política internacional que mais convinham a seus interesses imediatos.

A dominação oligárquica republicana mantém o processo decisório em política externa alinhado ao diapasão da representação política restritiva, onde as mesmas classes privilegiadas fornecem os eleitos e os diplomatas. A modernização política iniciada com a Revolução de 1930 — que conhece uma curta fase liberal-progressista, seguida de um governo ditatorial — racionaliza a administração do Estado, inclusive em sua vertente externa, e lança as bases da profissionalização da carreira diplomática (9).

Esse processo seria acentuado durante o sistema liberal-democrático que, a despeito de pequenos sobressaltos, caracterizará o regime da Constituição de 1946 durante as quase duas décadas de sua existência. Já o período autoritário inaugurado com a intervenção militar de março-abril de 1964 deixa campo, por um lado, a que se aperfeiçoe significativamente o aparelho institucional dedicado à instrumentalização da política externa oficial, mas atua no sentido de restringir, por outro lado, os mecanismos de controle legislativo em vigor na fase anterior. Ocorre, assim, um nítido esvaziamento das funções de fiscalização parlamentar (e mesmo de elaboração de diretrizes políticas) no que se refere as relações exteriores do País, contemporaneamente a uma grande democratização do acesso à carreira diplomática (reflexo, aliás, das transformações da estrutura educacional brasileira e da mobilidade ascensional nas categorias profissionais).

#### b) *Autoritarismo e liberalismo*

O itinerário histórico-constitucional brasileiro pode ser sucintamente apresentado. A primeira carta constitucional, a “Constituição Política do Império do Brasil”, forjada como se sabe segundo a vontade exclusiva do Imperador, dava a este atribuições de “nomear embaixadores... dirigir as negociações políticas com as nações estrangeiras... fazer tratados de aliança ofensiva e defensiva... levando-os, depois de concluídos, ao conhecimento da Assembléia Geral [Parlamento], quando o interesse e segurança do Estado o permitirem” (10). Apesar desse texto restritivo, coube ao Parlamento, no decorrer do regime monárquico, sobretudo a partir das

(9) Ver Flávio Mendes de Oliveira CASTRO, *História da Organização do Ministério das Relações Exteriores*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1983.

(10) “Constituição Política do Império do Brasil” (1824) in Senado Federal. *Constituições do Brasil*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988, 1º volume, Textos, pp. 11-58, p. 26.

regências e durante o Segundo Reinado, um papel preponderante nas orientações e iniciativas tomadas pela diplomacia brasileira, como o demonstrou o Professor AMADO CERVO em admirável trabalho de pesquisa histórica (11).

Durante o período imperial, assistiu-se a um grau razoável de controle parlamentar sobre a atividade diplomática executiva, de maneira a torná-la mais representativa dos interesses da Nação como um todo, mesmo se a moldura constitucional apontava na direção inversa. A República, por sua vez, agiu no sentido contrário, no do distanciamento cada vez maior do corpo representativo das decisões executivas em matéria de política externa, a despeito mesmo da recuperação das prerrogativas congressuais nessa matéria. A primeira Constituição republicana inaugurou a esse respeito, uma fórmula que depois seria retomada, praticamente *ipsis verbis*, por suas sucessoras: "Compete privativamente ao Congresso Nacional: resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras" (12).

### c) República e modernização

"Mais do que o regime político republicano, a centralização de poderes operada pelo aparelho executivo do Estado e a profissionalização e crescente especialização da carreira diplomática alijaram progressivamente o corpo representativo do processo decisório em política externa. O impacto das relações exteriores do País na atividade político-partidária e nos debates correntes no Congresso também tornou-se substantivamente menos importante à medida que gerações de políticos treinados apenas em temas domésticos foram substituindo os velhos próceres educados na Europa e dotados de uma visão cosmopolita" (13). O fato é que, após a experiência de amplo controle legislativo da época monárquica, ocorreu um progressivo esvaziamento das funções de fiscalização e de elaboração de diretrizes políticas para as relações exteriores do País, tendência ainda mais agravada pelo reforço desproporcional do papel do Executivo em épocas de dominação política autoritária.

O recente período de reordenamento constitucional do País coincidiu com a profunda crise econômica suscitada pelo estrangulamento financeiro externo, o que de certa forma induziu a uma recuperação do papel do Legislativo no processo decisório em política externa. Apesar de que o reforço da competência congressual nesse terreno não se esgote em sua dimensão meramente constitucional — particularmente no referente à pro-

(11) Amado Luiz CERVO. *O Parlamento Brasileiro e as Relações Exteriores, 1826-1889*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.

(12) "Constituição dos Estados Unidos do Brasil" in Senado Federal. *Constituições do Brasil*, op. cit. p. 60.

(13) Cf. meu artigo "Relações Exteriores e Constituição", *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, ano 24. n° 94, abril-jun. 1987, 109-120, p. 113.

cessualística dos atos internacionais submetidos ao exame parlamentar — é inegável que a normatização constitucional dos temas de relações internacionais desempenha um papel estratégico na conformação de um novo padrão de relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo no campo da política externa.

Como constatação de ordem geral, parece razoável afirmar que a estrutura do processo decisório deverá ser gradativamente alterada, em favor de uma maior participação parlamentar na elaboração e execução da política externa governamental. Essa tendência institucional não deixará por sua vez de afetar a interação dos partidos políticos com a política externa, reforçando-se previsivelmente o pólo partidário. Na ausência de um legítimo regime parlamentar (que poderia eventualmente convertê-los em atores de primeiro plano), o Congresso e os Partidos tendem a tornar-se agentes participantes da política externa (14).

#### 4. AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS NA NOVA CONSTITUIÇÃO

##### a) *Dispositivos inéditos*

A nova Constituição brasileira promulgada em 5 de outubro de 1988 não traz nenhuma inovação radical em matéria de relações internacionais, preservando basicamente a tradição republicana no terreno da ação externa do Estado. No entanto, ela contém um certo número de dispositivos originais que evidenciam com clareza a vontade política do corpo constituinte de operar um reequilíbrio das atribuições constitucionais e responsabilidades institucionais também nesse campo, inaugurando um novo tipo de relacionamento entre o Executivo e o Legislativo nessa esfera relativamente especializada da atividade governamental.

Sublinhe-se, desde logo, que a competência e as atribuições do Poder Executivo em matéria de política exterior mantêm-se basicamente as mesmas previstas nos textos constitucionais anteriores, mas as do Poder Legislativo foram significativamente ampliadas. Em outros termos, a repartição de poderes “externos” preserva o modelo tradicional, acrescentando-se o reforço constitucional de um maior papel fiscalizador para o Parlamento.

Cabe, antes de mais nada, mencionar a contribuição original, no campo das relações internacionais do Brasil, feita pela Constituinte congressional de 1987-1988, de codificar algumas orientações gerais em matéria de política internacional, iniciativa sem paralelo nas experiências anteriores de constitucionalização. Essa intenção transparece desde o Preâmbulo do novo texto constitucional, onde os representantes do povo indicam o compro-

---

(14) Vide igualmente meu artigo “Partidos Políticos e Política Externa”, *Revista de Informação Legislativa*. Ano 23, nº 91, jul./set. 1986, 173-216, p. 213.

metimento do "Estado Democrático" com a "solução pacífica das controvérsias" na ordem interna e internacional<sup>(15)</sup>. No texto constitucional anterior, a obrigatoriedade do recurso a métodos pacíficos para a solução de controvérsias internacionais em que estivesse envolvido o Brasil era ainda reforçada pela proibição expressa da "guerra de conquista"<sup>(16)</sup>.

## b) *Princípios fundamentais*

O Congresso Constituinte de 1987-1988, diferentemente das Assembléias Constituintes de 1891 e de 1934, mas de forma semelhante à experiência de 1946, trabalhou sem um anteprojeto constitucional, a despeito mesmo da existência de um "anteprojeto constitucional" elaborado oficialmente, sob encomenda do Executivo, pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18 de julho de 1985<sup>(17)</sup>. Sem embargo, ele seguiu, nesse particular, a inovação introduzida pela chamada "Comissão Afonso Arinos" e vinculada aos mesmos objetivos, consistindo em alinhar em dispositivos introdutórios as diretrizes básicas das relações internacionais do Brasil.

Essa inovação se dá pela postulação inicial, dentre os princípios basilares do ordenamento jurídico e constitucional brasileiro, de algumas linhas de ação dedicadas especificamente a guiar os dirigentes eleitos e os agentes diplomáticos no que se refere à postura externa do País. Os constituintes

---

(15) *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1988, p. 292.

(16) O artigo 7º da Carta de 1967 (preservado no texto de 1969) indicava que os conflitos internacionais "deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe", sendo "vedada a guerra de conquista". Observa-se, aqui, uma evolução redacional em relação à Constituição de 1946, que estipulava que o Brasil "só recorrerá à guerra se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução de conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe". Esta ainda completava, com certa minúcia, que "em caso nenhum o [Brasil] se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado". Ver os textos respectivos em Senado Federal, *Constituição da República Federativa do Brasil — Quadro Comparativo*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 5ª edição, 1986, pp. 3-4.

(17) Anteprojeto Constitucional, (Elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18 de julho de 1985), *Diário Oficial*, Suplemento Especial ao n.º 185, 26 de setembro de 1986. Deve-se observar, contudo, que a própria Assembléia Constituinte mobilizou-se, numa etapa inicial, em função de um projeto constitucional (com elementos elaborados em comissões temáticas e sistematizados ulteriormente numa grande comissão); ver os princípios relativos às relações internacionais — que diferem substancialmente daqueles finalmente aprovados em 2º turno — em Assembléia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição (*Da Comissão de Sistematização*). Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, julho de 1987.



fizeram assim figurar, desde a abertura da nova Carta (Título I: Dos Princípios Fundamentais), o art. 4.º, cujo teor é abaixo transcrito:

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I — independência nacional;
- II — prevalência dos direitos humanos;
- III — autodeterminação dos povos;
- IV — não-intervenção;
- V — igualdade entre os Estados;
- VI — defesa da paz;
- VII — solução pacífica dos conflitos;
- VIII — repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX — cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X — concessão de asilo político.”

Cabe mencionar, a título de registro, que o projeto de Constituição aprovado em primeiro turno pela Constituinte comportava, já no art. 1.º, como um dos fundamentos do “Estado Democrático de Direito”, expressa referência à convivência pacífica com a humanidade (inciso eliminado do texto votado em segundo turno), e que, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil alinhados no antigo (e atual) art. 3.º, se pretendia, simultaneamente, “garantir a independência e o desenvolvimento nacional”, este último finalmente preservado (no inciso II desse artigo) no texto finalmente aprovado<sup>(18)</sup>. Por outro lado, merece referência histórica a tentativa da Deputada negra Benedita da Silva (PT — RJ) de introduzir emenda ao atual art. 4.º, quando de sua votação em primeiro turno, no sentido de estabelecer que o Brasil não manteria relações diplomáticas nem firmaria acordos com países que adotam oficialmente a discriminação racial; a iniciativa foi todavia rejeitada em Plenário, apesar de ter recolhido o apoio de 265 parlamentares (15 votos a menos que o mínimo necessário de 280 pronunciamentos favoráveis).

A vocação universalista, pacifista e democrática da nova Carta é ainda mais reforçada pela promoção ativa de uma política externa integracionista, como salientado em parágrafo único ao mesmo art. 4.º, que afirma a intenção do Brasil de buscar “a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

(18) Vide Assembléa Nacional Constituinte. *Projeto de Constituição (B) 2º turno*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, julho de 1988, p. 11.

### c) *Preeminência dos direitos individuais*

O Capítulo sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (significativamente incluído no Título II, antes da Organização do Estado), confirma, no inciso LII do art. 5.º, a impossibilidade de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (já inscrita no texto anterior), mas o inciso anterior estipula, por exemplo, que o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado em caso de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes. O parágrafo conclusivo desse artigo (e do próprio Capítulo) ressalva que os direitos expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes... dos tratados internacionais em que... [o] Brasil seja parte”.

Os dispositivos sobre a Nacionalidade, no Capítulo III desse mesmo Título, confirmam o consagrado princípio do *juris solis*, que torna brasileiros todos aqueles nascidos no Brasil (à condição que os pais estrangeiros não estejam a serviço de seu país), ao mesmo tempo em que oferecem generosa possibilidade de naturalização (sendo exigido apenas um ano de residência ininterrupta) a todos os “originários de países de língua portuguesa” (incisos I e II do art. 12). Aos portugueses com residência permanente no Brasil são atribuídos, “se houver reciprocidade em favor dos brasileiros”, os direitos inerentes ao brasileiro nato, com as exceções indicadas abaixo.

As restrições tendentes a tornar privativos de brasileiros natos determinados cargos políticos representativos (§ 3.º do art. 12) foram substancialmente reduzidas em relação à lista figurante no parágrafo único do art. 145 da Carta de 1967. Os naturalizados passam, assim, a poder exercer, teoricamente, os seguintes cargos: Ministro de Estado, Ministros de diversos Tribunais Superiores da União (Militar, Eleitoral, do Trabalho, de Recursos e de Contas, à exceção do Supremo Tribunal Federal, expressamente citado), Procurador-Geral da República, Senador, Deputado Federal, Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do cargo de Embaixador (que não deve ser confundido com o exercício da carreira diplomática, que continua privativa de brasileiro nato).

### d) *Permanência do Estado*

O Capítulo V, tratando dos Partidos Políticos, estende a proibição de sua subordinação a entidade ou governo estrangeiros (já prevista no texto anterior) ao recebimento de recursos financeiros de fontes externas, restringindo ainda mais possíveis vinculações de caráter orgânico e ideológico com correntes supranacionais de uma mesma filiação política (art. 17).

O Título III, da Organização do Estado, mantém logicamente sob a responsabilidade da União a competência para “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (art. 21, I), eliminando, porém, a menção a “celebrar tratados e convenções” anteriormente inscrita nesse mesmo inciso (art. 8.º da Carta de 1967). A competência privativa da União (art. 22) estende-se agora, entre outros campos

de possíveis implicações internacionais, à legislação sobre informática e sobre atividades nucleares de qualquer natureza, enquanto que, concorrentemente com os Estados e Municípios (art. 23), ela foi encarregada de “impedir a evasão... de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural”, “proteger o meio ambiente” e “preservar as florestas”, temas de notória repercussão externa.

O Título IV (Da Organização dos Poderes) manteve, em seu art. 84 (Seção II do Capítulo II), as mesmas competências anteriormente previstas como de exercício privativo do Presidente da República: manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (incisos VII e VIII). Em outros termos, o Presidente conserva, como no modelo norte-americano, um controle exclusivo sobre a diplomacia e o processo diplomático.

#### e) *Reforço do Legislativo*

Mas, o novo art. 49 (Capítulo I) ampliou significativamente a competência exclusiva do Congresso Nacional, podendo este não apenas “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais [até aqui como no antigo art. 44 do texto de 1969, mas agora inclusive os] que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (inciso I), como também “aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares” (inciso XIV). Observe-se, a título informativo, que a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, ao pretender ampliar a competência congressual nessa área, havia sugerido acrescentar, após menção aos atos internacionais para os quais se requeria aprovação legislativa, “inclusive os executivos, ou qualquer de suas alterações” (art. 174).

A atual menção a “encargos gravosos” parece destinada a cobrir não apenas os acordos internacionais relativos ao endividamento externo do País, mas também qualquer outro ato obrigando financeiramente o Tesouro Nacional ou criando compromissos a serem inscritos nos encargos gerais da União. O dispositivo não é inédito, de um ponto de vista comparado, já que a Constituição italiana de 1947, por exemplo, dá competência às Câmaras para autorizar a ratificação “dei trattati internazionali che sono de natura politica, o prevedono arbitrati giudiziari, o importano variazioni del territorio [como era aliás o caso da Constituição imperial brasileira] *od oneri alle finanze o modificazioni di leggi*” (19).

Em conexão com essa questão, o Senado Federal teve confirmada (no art. 52) sua competência para aprovar a escolha de “chefes de missão diplomática de caráter permanente” e para autorizar operações externas de natureza financeira, mas ampliou sua faculdade de fixar limites globais

(19) Artigo 80 da Constituição italiana: cf. *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*. Milano, Arnoldo Mondadori Editore, 1976, p. 229.

para a dívida dos Estados e Municípios, passando agora (inciso VII) a “dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno” de todos os agentes do Poder Público. Os Deputados e Senadores conservarão seus respectivos mandatos quando investidos no cargo de “Chefe de missão diplomática temporária” (art. 56, I), observando-se aqui redução nas pretensões iniciais, já que o texto aprovado em primeiro turno falava simplesmente de “missão diplomática”.

#### f) Sistema de Governo

Na verdade, os dispositivos mais importantes que regulam a divisão de competência entre ambos os Poderes na esfera da política exterior do País não se referem especificamente à problemática das relações internacionais, mas incidem mais exatamente sobre o regime de poder aprovado no texto constitucional. Com efeito, se tivesse vigorado o sistema de governo baseado no parlamentarismo (Conselho de Ministros presidido por um Primeiro-Ministro), como previsto no art. 101 do Projeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização<sup>(20)</sup>, a estrutura do processo decisório a nível do Poder Executivo estaria diluída pelo envolvimento congressual (que seria essencialmente exercido pela Câmara dos Deputados) na determinação, entre outras esferas de atividade, da política externa do País (seja pela “aprovação” do titular das Relações Exteriores, seja pelo exercício do “voto de confiança” e da “moção de censura”).

Tendo sido preservado o regime presidencialista, foi ainda assim estipulado na nova Carta (em seu art. 50) que a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, ou qualquer de suas comissões, “poderão convocar os Ministros de Estado para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência, sem justificação adequada”. No texto anterior (art. 38), tal possibilidade dependia de decisão da maioria, o que significa que sua ocorrência era rara. Da mesma forma, as Mesas das duas Casas “poderão encaminhar pedidos escritos de informação aos Ministros de Estado, importando crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento no prazo de trinta dias, bem como o fornecimento de informações falsas” (§ 2.º do mesmo artigo). Assim, mesmo não tendo sido possível configurar-se um regime de participação parlamentar direta na elaboração das políticas setoriais, não há como subtrair, no novo esquema constitucional, a condução da política externa governamental de um certo *droit de regard* congressual.

Outra inovação do atual texto constitucional consistiu na instituição de um “Conselho de Defesa Nacional” (art. 91), definido como “órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático”, competindo-lhe opinar sobre declaração de guerra e celebração de paz, além de estudar, propor

(20) Assembléia Nacional Constituinte. *Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, novembro de 1987, pp. 56-57.

e acompanhar iniciativas vinculadas à independência nacional. O processo decisório, nessa instância governamental que tratará ocasionalmente de temas ligados às relações exteriores do País, envolve a participação do Vice-Presidente, dos presidentes das duas Casas do Congresso, dos Ministros da Justiça, das Relações Exteriores, do Planejamento e das três Armas.

#### g) *Nacionalismo econômico*

Os Títulos relativos à Ordem Econômica e Financeira (VII) e à Ordem Social (VIII, neste último no Capítulo dedicado à Ciência e Tecnologia) encerram diversos dispositivos conduzindo à afirmação da iniciativa e da competência propriamente nacionais na administração de recursos naturais ou no desempenho de atividades econômicas, bem como restrições à atuação do capital estrangeiro em setores considerados estratégicos do ponto de vista do desenvolvimento nacional.

Dentre os princípios da ordem econômica, figuram a “soberania nacional” e o “tratamento favorecido para as empresas de capital nacional de pequeno porte” (art. 170, I e IX). O artigo 171 apresenta definição de “empresa brasileira de capital nacional”, em favor da qual a lei poderá “conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País”, estabelecer condições relativas ao controle nacional efetivo sobre as atividades tecnológicas da empresa, além de dar preferência à empresa nacional na aquisição de bens e serviços pelo Poder Público.

O art. 172 estipula que legislação apropriada disciplinará os investimentos estrangeiros, reinvestimentos e remessa de lucros, “com base no interesse nacional”. A pesquisa e aproveitamento dos recursos minerais, segundo o art. 176, “somente poderão ser efetuados... no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional”, dispondo as demais empresas de quatro anos para adaptarem-se a esses requisitos (art. 44 das Disposições Transitórias). A lei disporá ainda sobre “a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros”, reservando-se também para embarcações nacionais a navegação de cabotagem e a interior, além da exigência de nacionalidade brasileira nos casos de armadores, proprietários e comandantes e de dois terços dos tripulantes (art. 178). Por outro lado, as “condições para a participação do capital estrangeiro” nas instituições financeiras do País serão reguladas em lei complementar, tendo em vista os “interesses nacionais” e os “acordos internacionais” (art. 192).

#### h) *Autonomia tecnológica*

O Capítulo sobre Ciência e Tecnologia do Título VIII, indica, em seu art. 218, que “a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional” (§ 2.º) e, em seu art. 219, que “o mercado

interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar... a autonomia tecnológica do País". O Capítulo sobre Comunicação, nesse mesmo Título, confirma disposição já estabelecida em textos anteriores no sentido de reservar a brasileiro nato (ou naturalizado há mais de dez anos) a propriedade de empresas de comunicação de massa (jornais, rádio, televisão).

Finalmente, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estipula, em seu art. 26, que o Congresso Nacional promoverá, no prazo de um ano, da promulgação da Constituição, "exame analítico e pericial dos fatos geradores do endividamento externo brasileiro", podendo propor ao Poder Executivo, se apurada irregularidade, "a declaração de nulidade do ato".

## 5. IMPLICAÇÕES PARA A POLÍTICA EXTERNA DO BRASIL

Uma análise do possível impacto dos dispositivos constitucionais acima referidos sobre as relações internacionais do Brasil, de uma forma geral, e sobre a política externa governamental de maneira particular, não é certamente tarefa fácil, uma vez que esse impacto é muitas vezes antes tributário do sistema político-partidário e seu funcionamento efetivo é decorrente da aceitação e implementação de normas constitucionais de caráter geral.

No que se refere ao processo diplomático propriamente dito, cabe registrar que ele permanece sob a responsabilidade primária do Executivo, tendo sido preservada a estrutura básica do ordenamento republicano nesse terreno. Mas, as relações exteriores de um país não se esgotam no mero exercício de uma atividade de representação política externa, envolvendo ainda o relacionamento internacional de caráter econômico e comercial e as implicações daí decorrentes em termos de política macroeconômica nacional.

Nesse sentido se se observa, por um lado, a continuidade das linhas básicas do ordenamento institucional no que se refere a repartição de competências constitucionais em matéria de política externa — inclusive a preservação da tensão natural entre o Executivo e o Legislativo em torno do controle efetivo das linhas políticas de atuação internacional — cabe registrar por outro lado, a abertura de um período de adaptações e de incertezas em face da declarada opção do corpo constituinte por uma política de afirmação econômica nacional e de busca de autonomia nos processos produtivo e de desenvolvimento tecnológico.

### a) *Conflito Executivo-Legislativo*

A problemática das relações internacionais na ordem constitucional anterior estava essencialmente restrita à questão da repartição de responsabilidade entre os poderes e de atribuição de competências específicas nessa esfera, os dispositivos inscritos nos arts. 8.º, 42, 44 e 81 da Carta

de 1967 — em vigor como “Emenda Constitucional n.º 1, de 1969” — regulavam os papéis respectivos do Executivo e do Legislativo na condução da política externa e na apreciação dos atos diplomáticos conduzidos pelo Presidente da República. O primeiro e o último dos artigos citados atribuíam ao Poder Executivo uma ampla gama de prerrogativas constitucionais em matéria de política externa, excluindo em consequência o Poder Legislativo de diversas instâncias do processo decisório no campo das relações internacionais. A tradição republicana aceitou e sempre manteve uma grande extensão constitucional das atribuições presidenciais, o que agora se procura corrigir por meio de um reforço do controle *a posteriori* dos atos governamentais relativos às relações exteriores do País.

No antigo regime constitucional, o conflito entre os Poderes Executivo e Legislativo manifestava-se a propósito da interpretação e aplicação dos arts. 42 e 44, especialmente no que se refere a acordos vinculados a operações financeiras externas (empréstimos oficiais e cartas de entendimento com o FMI), assim como em relação a certos atos internacionais excluídos da apreciação legislativa (como no caso dos chamados “acordos em forma simplificada”). A reação do Legislativo à prática do Executivo de subtrair determinados atos à sua aprovação consistiu, durante muito tempo, na introdução tentativa de projetos de emendas constitucionais ampliando o escopo do art. 44 (para incluir os atos relativos ao endividamento externo, por exemplo), ou na explicitação, no próprio corpo do decreto legislativo que concedia aprovação a determinado ato internacional, de dispositivo específico prevendo a necessidade de nova apreciação congressual em caso de atos executórios ou de renegociação do ato em consideração.

Nenhuma das emendas apresentadas ao texto de 1969 logrou efetivação durante sua vigência, como também não apresentaram resultados os dispositivos dos decretos legislativos prevendo o controle dos atos executórios aos “acordos-quadro” (os chamados “acordos por troca de notas”). Mas, a atual Carta constitucional tampouco inovou substantivamente a processualística da apreciação legislativa dos atos internacionais. O conflito de competências pode, ao contrário, manifestar-se de forma ainda mais aguda nesse próximo período de acomodação de atribuições constitucionais, já que a definição do que sejam exatamente os “atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” é suscetível de receber interpretações diversas.

#### b) *Aprovação dos atos internacionais*

O debate especializado nesse terreno das competências constitucionais respectivas dos dois poderes é extremamente rico em teses e pareceres jurídicos não apenas no Brasil como também em todas as democracias contemporâneas. A polêmica doutrinária foi especialmente ativa durante o regime da Constituição de 1946 tendo sido resolvida na prática pela adesão do Itamaraty — *et partant* do Executivo — às teses de Hildebrando

Accioly favoráveis ao tratamento expeditivo — isto é, sem apreciação congressual — dos “acordos em forma simplificada”, segundo o modelo norte-americano dos *executive agreements*. Em certas experiências constitucionais — a belga e a italiana, entre outras — observa-se, ocasionalmente, a inserção de listagens negativas ou positivas (indicando a necessidade ou não de apreciação legislativa) nos dispositivos regulando o referendo parlamentar dos atos internacionais. Mas, reconhecendo provavelmente que nenhuma lista qualificativa tem o poder de ser exaustiva, a maior parte dos corpos constitucionais modernos preferiu adotar uma determinação geral, como a que aparece no texto brasileiro, por exemplo.

Uma solução tentativa — de nível infraconstitucional — ao problema dos acordos derivados ou executórios, e implicitamente dos atos de denúncia, parece ser a inscrição, no instrumento de referendo parlamentar, de menção expressa à necessidade de aprovação congressual para mudanças de caráter substantivo no estatuto ou situação do ato aprovado. Assim, no período recente, os decretos legislativos aprovando atos internacionais tem incluído ressalva — aparentemente bem aceita pelo Itamaraty — indicando que “quaisquer atos ou ajustes complementares, de que possam resultar revisão ou modificação do presente Acordo, ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional”.

Em princípio, tal entendimento tácito deveria valer igualmente para a denúncia — ou mesmo eventual decisão no sentido de não-ratificação ulterior — de ato aprovado pelo Parlamento. Com efeito, após a aprovação congressual de ato internacional, o Executivo fica inteiramente livre no que se refere à decisão não só de ratificá-lo ou não, como de denunciá-lo em qualquer época sem consulta ao Congresso. Para citar apenas dois exemplos historicamente significativos, um sob o regime da primeira Constituição republicana, outro na vigência da Carta de 1946: a retirada do Brasil da Liga das Nações, em 1926, e a cessação e o reatamento de relações diplomáticas com a URSS (respectivamente nos Governos Dutra e Quadros) resultaram de decisões soberanas do Executivo, sem que, em nenhum momento, o Legislativo tenha podido pronunciar-se sobre o significado político de cada medida. É bem verdade que, como nos casos citados, as medidas de Chancelaria envolvidas nesse tipo de exercício diplomático requerem uma ação de caráter extremamente delicado, e por vezes urgente, da parte do Governo, o que só pode ser obtido através de um processo decisório muitas vezes exclusivo e necessariamente confidencial.

Resta porém o vasto domínio dos tratados multilaterais ou bilaterais em relação aos quais se decide suprimir a obrigatoriedade anteriormente contraída nos planos externos e internos. Alguns textos constitucionais modernos (dentre os quais se pode citar o espanhol) prevêem a autorização parlamentar para a denúncia de determinados tratados internacionais, como os de caráter humanitário, por exemplo. A experiência brasileira permite apenas constatar uma permanente omissão nesse terreno.



### c) Notificação e consultas permanentes

Tanto nos eventuais casos de denúncia como na implementação de atos executórios, uma boa prática política, ainda que não codificada constitucionalmente, poderia ser a da notificação ulterior, pelo Executivo, de todas as iniciativas tomadas no plano externo. A Constituição mexicana, como vimos, determina a análise, pelo Senado, da política externa governamental através dos relatórios anuais que o Executivo e seu secretário de Relações Exteriores *rindan al Congreso*.

No caso brasileiro, observaram-se, no regime anterior, algumas tentativas isoladas no Senado Federal de obrigar o Governo e a Chancelaria a procederem à remessa regular de informações relevantes no campo da política externa. É pouco provável, num futuro previsível, que tal exigência venha a ser formalizada por meio de lei específica, mesmo se uma participação congressual mais ativa nesse setor termine por criar práticas de escrutínio direto das relações exteriores do País, inclusive com a colaboração do Executivo no fornecimento de informações apropriadas.

O regime presidencialista pode suscitar outros pontos de conflito entre os dois Poderes, como aqueles referentes à insuficiente explicitação prévia ou ulterior interpretação própria, por parte do Executivo, de determinados atos considerados relevantes pelo Corpo Legislativo. Um debate constitucional manifestou-se recentemente nos Estados Unidos a propósito do tratado de 1972 com a URSS sobre mísseis antibalísticos (ABM Treaty): tratava-se de saber o Executivo tinha o direito de elaborar uma nova interpretação daquele (ou de qualquer outro) tratado sem o prévio consentimento e a aprovação do Senado. A resposta favorável que o Executivo procurava impor ao Congresso tinha não apenas uma importância política crucial para o desenvolvimento irrestrito do programa de defesa estratégica conhecido como "Guerra nas Estrelas", como forneceria uma base conceitual para uma administração "flexível" do novo tratado soviético-norte-americano de 1987 sobre a eliminação de mísseis intermediários (INF) do cenário europeu. A maioria democrata no Senado defende evidentemente a interpretação inversa, isto é, a de que uma interpretação diferente daquela fornecida pelo próprio Executivo durante o momento do "advice, consent and approval" senatorial viola a concepção constitucional dos *founding fathers* <sup>(21)</sup>.

A despeito de fórmulas mais ou menos apropriadas a um relacionamento harmonioso entre os dois Poderes, nesse campo por vezes sensível da atividade governamental, o regime presidencialista entretém, quase que naturalmente, uma constante tensão política com seu Corpo Legislativo quando se trata de definir a extensão da autoridade executiva na administração — isto é, assinatura, ratificação, interpretação, execução — dos atos internacionais. Já se chegou a sugerir, como método de redução de conflitos, a inversão do fluxo processual de conclusão de tratados: o ato

(21) Cf. Louis HENKIN, "Foreign Affairs and Constitution", *op. cit.*, p. 305.

de referendo parlamentar ocorreria previamente à fase de assinatura executiva, o que poderia abrir ao Legislativo uma certa participação no processo de elaboração de tratados internacionais. Segundo tal esquema, o Executivo comunicaria ao Legislativo sua intenção de firmar determinado ato com o parceiro estrangeiro imediatamente após a conclusão da fase negociadora, alocando-se ao segundo Poder um período definido para apreciação política e pronunciamento sob forma de decreto legislativo. Os atos de assinatura e de ratificação seguir-se-iam quase que automaticamente, com o que o Executivo ganharia maior previsibilidade na administração dos atos diplomáticos formais. A transparência ou, inversamente, o sigilo cercado determinados atos poderiam ser regimentalmente assegurados por tipos diferentes de tramitação legislativa, de conformidade com práticas já consagradas em cada uma das Casas. Esta modalidade apresenta a vantagem, do ponto de vista do Legislativo, de permitir um tipo de fiscalização *a priori* das iniciativas do Executivo em alguns setores do relacionamento externo governamental, podendo este último suscitar um rápido pronunciamento congressual sobre iniciativa de seu interesse, alocando-se ulteriormente aos órgãos responsáveis plena liberdade para a implementação dos atos assim aprovados.

#### d) *Interação entre os Poderes*

Mas, como já referido antes, o elemento estratégico do reordenamento constitucional suscetível de afetar a estrutura do processo decisório em política externa não é tanto a existência de dispositivos relativos ao controle dos atos internacionais e sim a própria definição do sistema de governo e a interação política que se observa nos planos partidário e parlamentar.

Durante o Império, esse sistema era gerido pela interação de quatro poderes: o Imperador, o Gabinete (aqui incluído o Ministério das Relações Exteriores), o Conselho de Estado e o Parlamento. No período republicano, o sistema presidencialista de governo determinou a concentração das responsabilidades pela gestão e execução da política externa exclusivamente em mãos do Executivo, com momentos de maior ou menor abertura em direção dos Partidos Políticos ou do Congresso.

A preservação da opção presidencialista no recente processo de elaboração constitucional significou ao mesmo tempo a continuidade da atual repartição de competências em matéria de política externa. Ainda assim, dado o reordenamento de forças operado no período recente da história política brasileira, torna-se previsível um aumento das responsabilidades congressuais nesse terreno, não apenas pelo alargamento natural das bases político-partidárias do regime, mas pela relativa abertura do Estado às demandas dos agentes não-executivos do sistema político.

Esse processo é relativamente minimizado no caso das relações internacionais, já que o alto grau de institucionalização da política externa — comparativamente a outras esferas da atividade governamental, mais submetidas talvez a injunções setoriais ou regionais — resultou numa

igualmente elevada taxa de profissionalização na condução das relações exteriores do País. Essa característica, ainda mais acentuada pela organização específica da carreira diplomática, não é evidentemente própria apenas ao Brasil, sendo comum a todos os modernos serviços exteriores; numa perspectiva latino-americana, contudo, pode-se dizer que o Brasil possui um serviço exterior relativamente imune a demandas de tipo político-partidário.

Até o período recente, o tipo de orientação burocrático-modernizadora imprimido à direção dos negócios do Estado no regime centralizador de 1964, privilegiando aspectos técnicos em detrimento de escolhas políticas, resultou em estruturas relativamente impermeáveis de administração pública, notadamente na esfera da política externa. No presente ordenamento constitucional, a interação com as forças políticas tende a aumentar, sendo muito provável que o titular das Relações Exteriores tenha de passar a trabalhar com o Congresso Nacional e os Partidos Políticos em dimensão ainda não experimentada desde o final do regime monárquico.

#### e) *Novas dimensões da política externa*

Cabe referir-se, igualmente, às conseqüências positivas para a imagem internacional do País advindas da nova postura constitucional no que se refere à promoção ativa e à defesa efetiva dos direitos humanos, assim como da confirmação da vocação universalista, pacifista e democrática do Estado brasileiro. As diretrizes relativas à política internacional do Brasil, assim como o amplo leque de garantias e direitos individuais e coletivos inscritos na nova Carta, oferecem, por exemplo, a possibilidade de que o País venha a aderir, sem reservas, ao conjunto de convenções multilaterais — internacionais ou regionais — de direito humanitário, podendo reconhecer inclusive jurisdições supranacionais nessa matéria.

Os princípios pelos quais o Brasil deve reger suas relações internacionais, inscritos no art. 4.º estão em conformidade com a tradição jurídico-política do País e sua explicitação constitucional apenas evidencia de maneira ainda mais clara a interação altamente positiva que o País sempre buscou estabelecer com todos os demais Estados da comunidade internacional. Dado seu caráter eminentemente afirmativo (mesmo o que estipula “repúdio ao terrorismo e ao racismo”), esses princípios não deverão criar limitações, restrições ou obrigações adicionais à ação externa do Estado, o que teria ocorrido, inversamente, com a emenda proibindo relações diplomáticas com Estados “racistas” (que, se adotada, supostamente obrigaria ao rompimento com a República da África do Sul).

#### f) *Vocação latino-americana*

— O dispositivo relativo à integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina representa, em princípio, uma obrigação “moral” que o País se auto-impõe, na medida em que a “formação de uma comunidade latino-americana de nações depende de ações positivas

e afirmativas a serem empreendidas nos diversos níveis do relacionamento externo de âmbito regional. Sem precedentes na história constitucional latino-americana (salvo talvez no caso do Peru, por influência do pensamento de Haya de la Torre) e introduzido em grande medida graças aos esforços pessoais do ex-Senador e ex-Governador de São Paulo Franco Montoro, esse “parágrafo latino-americanista” da nova Constituição influenciará decisivamente a conformação de uma perspectiva integracionista na política externa brasileira, tornando irreversíveis tendências já abertas no período recente.

O tema é especialmente relevante no quadro da política econômica externa e apresenta conseqüências mais importantes que seu mero efeito “declaratório”, já que terá — potencialmente, pelo menos — o efeito de orientar a elaboração de políticas comerciais e de planos econômicos nos setores de infra-estrutura (energia, transportes, comunicações), de investimentos (políticas industrial e tecnológica) e de abastecimento (complementação alimentar, coordenação de políticas agrícolas) num sentido progressivamente integracionista a nível regional, consolidando os primeiros passos dados com a Argentina nessa direção. Não se pode, é claro, esperar que o Brasil venha a liderar compulsoriamente o movimento integracionista, tanto porque esse processo não depende da vontade individual de um único País, mas da lenta emergência de instituições apropriadas e da conformação de estruturas relativamente homogêneas nos campos econômico e social em diversos países da região. Cabe, sem embargo, registrar o papel positivo desempenhado por essa “determinação” constitucional (o Brasil “buscará a integração... dos povos da América Latina”) não apenas do ponto de vista da política econômica externa do País, mas igualmente do ponto de vista do reforço a instituições democráticas no continente.

### *g) Capital estrangeiro e independência nacional*

Já os dispositivos tendentes à “nacionalização” de diversas atividades econômicas (com especial destaque para os setores mineral e financeiro), assim como à “constitucionalização”, num certo sentido, do princípio da “reserva de mercado” foram indicados, por diversos observadores, como especialmente problemáticos numa conjuntura em que, supostamente, o País deveria abrir-se a uma maior integração econômica internacional. Muitos chegaram a aventar, ainda durante a fase de elaboração constitucional, a possibilidade de que esses dispositivos coloquem o Brasil em rota de colisão com os interesses estrangeiros no terreno econômico, podendo eventualmente justificar retração de investimentos externos ou mesmo desinvestimento dos capitais já engajados internamente, quando não medidas unilaterais de retaliação a pretexto de “protecionismo” ou excesso de “intervencionismo estatal”.

Segundo argumentos desenvolvidos por integrantes do “Forum Informal dos Empresários”, reunindo as principais entidades patronais baseadas em São Paulo (Federação das Indústrias, do Comércio, de Bancos, As-

sociação Comercial, etc.), “a redução do espaço para o capital estrangeiro, no momento exato em que outros países disputam os investimentos externos, pode comprometer seriamente a (...) capacidade [brasileira] de desenvolvimento”. Da mesma forma, “o veto à participação estrangeira na exploração de petróleo, minas e jazidas é [considerada como] uma rara demonstração de anacronismo” (22). Críticas similares foram veiculadas em quase todos os órgãos da chamada “grande imprensa” — chegando a *Folha de S. Paulo* a considerar as decisões dos constituintes “xenófobas” e “retardatárias” — e como tal repercutidas em diversos jornais internacionais de ampla audiência (23).

Muitos desses temores serão provavelmente exagerados, já que o dinamismo econômico do Brasil e o potencial de seu mercado interno continuarão a exercer, no futuro previsível, razoável atração sobre os capitais multinacionais, com garantias suficientes quanto à modernização e *aggiornamento* tecnológico do País. Nesse setor, o corpo constituinte esforçou-se por preservar, em bases propriamente nacionais, o processo decisório verdadeiramente estratégico, isto é, aquele atinente às principais opções econômicas do País no controle do investimento industrial e na promoção do progresso tecnológico.

A despeito das tendências autárquicas que permeiam naturalmente as forças políticas e sociais num país-continente como o Brasil, o esforço do legislador terá sido recompensado se, num período razoável de tempo, a Nação conseguir realizar sua grande promessa de desenvolvimento combinando abertura internacional e manutenção da soberania econômica.

(22) Ver o documento elaborado pela revista *Senhor*. “As Propostas dos Empresários” (Caderno Especial, nº 375, 30-5-88, pp. 45-60), pp. 52-3.

(23) A título de exemplo, cf. *Le Monde* “La Revanche du Nationalisme au Brésil: les parlementaires, brésiliens restreignent la marge de manoeuvre des investisseurs étrangers”, (artigo do correspondente Charles Vanhecke, 4-5-88, p. 40).

#### BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Paulo Roberto de. “Partidos Políticos e Política Externa”. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, ano 23, nº 91, jul./set. 1986, pp. 173-216.

——— “Uma Interpretação Econômica da Constituição Brasileira”, *Ciência e Cultura*, vol. 39, 1, janeiro 1987, pp. 34-46.

——— “Relações Exteriores e Constituição”, *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, ano 24, nº 94, abr./jun. 1987, pp. 109-120).

ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL, (elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985), *Diário Oficial* (Suplemento Especial ao nº 185, 26 de setembro de 1986).

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, *Projeto de Constituição (Da Comissão de Sistematização)*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, julho de 1987.

——— *Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, novembro de 1987.

- \_\_\_\_\_ *Projeto de Constituição (B) 2º turno*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, julho de 1988.
- CASTRO, Flávio Mendes de Oliveira. *História da Organização do Ministério das Relações Exteriores*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1983.
- CERVO, Amado Luiz. *O Parlamento Brasileiro e as Relações Exteriores 1826-1889*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil 1988. Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1988, p. 292.
- CORREIO BRAZILIENSE, "Lobby da área rural é o maior" (22-1-87).
- COSTITUZIONE della Repubblica Italiana, La. Milano, Arnoldo Mondadori Editore, 1976.
- EPSTEIN, Leon D., *Political Parties in Western Democracies*. London, Pall Mall Press, 1967.
- FOLHA DE S. PAULO, "Centro Domina a Constituinte" (Caderno Especial "Os Eleitos — Quem é Quem na Constituinte", 19-1-87).
- GOES, Walder de. *A Composição Ideológica e a Dinâmica Política da Constituinte*. Brasília, trabalho reservado, janeiro de 1987, 9 p.
- HENKIN, Louis. *Foreign Affairs and the Constitution*. Mineola, Foundation, 1972.
- \_\_\_\_\_ "Foreign Affairs and the Constitution", *Foreign Affairs*. Vol. 66, 2, Winter 1987-1988, pp. 285-310.
- JORNAL DO BRASIL, "Constituinte tem 217 parlamentares que passaram pela Arena" (19-3-87, p. 2).
- LE MONDE, "La Revanche du Nationalisme au Brésil: les parlementaires brésiliens restreignent la marge de manoeuvre des investisseurs étrangers" (artigo do correspondente Charles Vanhecke, 4-5-88, p. 40).
- MECHAM, J. Lloyd. "Latin American Constitutions: Nominal and Real" in John D. MARTZ (ed.): *The Dynamics of Change in Latin American Politics*. Englewood Cliffs, N. J., Prentice-Hall Inc., 1965, 35-44.
- PADELFORD, Norma J. e A. LINCOLN George. *The Dynamics of International Relations*. New York, Macmillan, 1962.
- SCHNEIDER, Ronald. *1986 Brazilian Elections — Post Election Report*, Washington, Center for Strategic and International Studies, Georgetown University, December 22, 1986, mimeo.
- SENADO FEDERAL, *Constituição da República Federativa do Brasil — Quadro Comparativo*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 5ª edição, 1986.
- \_\_\_\_\_ *Constituições do Brasil*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, 1º Volume: Textos.
- \_\_\_\_\_ *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, Volume II: Textos.
- SENHOR. "As Propostas dos Empresários" (Caderno Especial, nº 375, 30-5-88, pp. 45-60).
- VEJA, "A Voz dos Liberais" (4-2-87, pp. 20-34).
- \_\_\_\_\_ "Reação conservadora" (Reportagem de Capa. "Como a Direita se Organiza: as mil faces da reação conservadora", 11-11-87, pp. 28-39).

# Da competência internacional da Justiça do Trabalho

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO

*Juiz Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Macapá (8ª Região), Professor Titular de Direito Internacional Público da União das Escolas Superiores do Estado do Pará (Unespa), Membro da Academia Paraense de Letras, Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Associação Brasileira de Direito Nuclear, Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, Instituto dos Magistrados do Brasil e Ordem Nacional dos Escritores*

## SUMÁRIO

*1. A emenda geradora da competência internacional da Justiça do Trabalho. 2. Divergência jurisprudencial e doutrina anterior. 3. Evolução da competência internacional da Justiça do Trabalho na nova Constituição. 4. Os princípios da dupla imunidade e da dupla renúncia. 5. A desnecessidade da distinção entre atos de império e atos de gestão. 6. Tramitação do processo trabalhista no primeiro grau de jurisdição. 7. Prazo recursal e garantia do juízo de admissibilidade. 8. Recurso cabível da decisão a quo. 9. Situação do trabalhador nacional. 10. Conclusões. 11. Fontes consultadas.*

### *1. A emenda geradora da competência internacional da Justiça do Trabalho*

O acesso dos entes de Direito Internacional Público (DIP) ao Judiciário nacional, sobretudo em questões laborais, sempre foi objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, mormente pela invocação do princípio da proteção ao trabalhador nacional e ante uma possível omissão legislativa interna, considerando como tal a normação oriunda, originariamente, do Poder Legislativo da União.

A nova Constituição Federal (CF) do Brasil, a sétima de nossa História como Estado soberano e independente, promulgada a 5 de outubro deste

ano (1988), vem dirimir essa importante controvérsia que vinha, há tempos, afligindo os juristas nacionais. É sabido que, pela redação definitiva do texto constitucional, ampliou-se a competência da Justiça do Trabalho. Contudo, em relevo está a competência internacional que, a partir de agora, é atribuída a esse segmento do Poder Judiciário.

Dispõe o art. 114 da CF de 1988, acolhendo a redação constante do texto do Projeto "B" (de julho-1988), aprovada pelo Plenário da Assembléia Nacional Constituinte, no segundo turno de votação, *verbis*:

"Art. 114 — Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, *abrangidos os entes de direito público externo* e da administração pública direta e indireta, dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas." (Grifei.)

A competência internacional da Justiça do Trabalho advém justamente da expressão "abrangendo os entes de direito público externo", que foi objeto de sugestão que apresentei em artigo publicado na imprensa diária de Belém do Pará <sup>(1)</sup>.

A inclusão dessa expressão decorreu de emenda apresentada ao art. 137 do Projeto "A" (de novembro-1987), pelo Deputado Constituinte Aloysio da Costa Chaves, a 7 de janeiro de 1988, cuja justificação estava assim redigida:

"Da forma como se acha redigido o art. 137 (\*), não tem a Justiça do Trabalho competência para apreciar questões que envolvam, ativa ou passivamente, sujeitos outros do DIP que não as Missões Diplomáticas. Exceto essas, todos os demais são da competência da Justiça Federal, através dos juizes federais, como prescreve o substitutivo em exame.

A matéria foi tratada no livro *Imunidade de Jurisdição Trabalhista dos Entes de DIP* (\*\*) (São Paulo, LTr, 1986), que é considerado o único no gênero em português (cf. Evaristo de Moraes Filho, C. A. Barata Silva, Orlando Teixeira da Costa, Délio Maranhão e outros) e em espanhol (José Montenegro Baca, da Universidade de Trujillo — Peru).

(1) GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO. *Os sujeitos do DI e a Justiça do Trabalho no Projeto de Constituição*. Belém, in *O Liberal*, ed. de 8-11-1987, p. 26. O texto definitivo alterou apenas o adjetivo "inclusive" e a preposição "de", substituindo-os pelo verbo "abrangidos" e o artigo "os", mudanças efetuadas pela Comissão de Redação.

(\*) Relativo ao Projeto "A", de novembro 1987.

(\*\*) De minha autoria, ampliação da monografia do mesmo nome, que recebeu Prêmio "Oscar Saraiva", do C. Tribunal Superior do Trabalho.



Parece-nos que o correto é substituir 'inclusive de Missões Diplomáticas acreditadas no Brasil' por 'inclusive de entes de Direito Público externo'. Dessa forma estarão abrangidas as Missões Diplomáticas e as Repartições Consulares (*ultima ratio*, Estados estrangeiros), organismos internacionais e as chamadas coletividades não-estatais (Santa Sé, Soberana Ordem de Malta etc.), que são entes de DIP e não se confundem com Missões Diplomáticas (Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, ratificada pelo Brasil" (2).

Como se verifica, baseou-se a emenda constitucional em livro de minha autoria, onde aponto não só a necessidade da competência internacional da Justiça do Trabalho para apreciar questões que envolvam os diversos sujeitos do Direito Internacional (DI), como o procedimento a ser observado pelos julgadores em demandas dessa natureza.

Havia, é certo, outra emenda, a coletiva n.º 2P02040-2, encabeçada pelo Deputado Eraldo Tinoco, com 286 assinaturas, de 13 de janeiro de 1988 (3). Tal emenda, entretanto, não logrou aprovação, prevalecendo a individual do constituinte paraense, tanto mais que sequer tratava da extensão da competência da Justiça do Trabalho aos entes de DI.

## 2. *Divergência jurisprudencial e doutrina anterior*

No direito comparado temporal brasileiro, não há precedentes quanto à competência expressa da Justiça do Trabalho para apreciar questões envolvendo entes de DIP. A omissão que existia na CF de 1967 (art. 142, *caput*) gerou divergências jurisprudenciais e discussões doutrinárias.

Prevalecia até à nova Carta, embora nem sempre acolhida pelos julgadores, a Súmula n.º 83, do Tribunal Federal de Recursos (agora Superior Tribunal de Justiça — STJ), declarando que "compete à Justiça Federal processar e julgar reclamação trabalhista contra representação diplomática de país estrangeiro, inclusive para decidir sobre a preliminar de imunidade de jurisdição". Esse enunciado, embora restrito a representações diplomáticas, era aplicado, quando ocorria, indistintamente, a todos os entes de DIP.

A doutrina, por seu turno, divergia quanto à competência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas contra quaisquer sujeitos de DIP. Alguns optavam pela Justiça Federal (comum), como PONTES DE MIRAN-

---

(2) V. Emenda 2P00042-8, in *Emenda oferecida em Plenário* (I). Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, jan./88, p. 19.

(3) In *Emendas cit.* (II), pp. 785/796.

DA (4), JOSÉ FREDERICO MARQUES (5), ANTÔNIO LAMARCA (6), AMAURY MASCARO NASCIMENTO (7) e C. P. TOSTES MALTA (8). Outros preferiam a Justiça do Trabalho, federal como a primeira, e única especializada em matéria trabalhista no Brasil, como MOZART VICTOR RUSSOMANO (9), RIBEIRO DE VILHENA (10) e VALENTIM CARRION (11), entre outros.

A última posição sempre foi a mais acertada e, a partir de agora, a constitucionalmente admissível, considerando que tanto a Convenção sobre Relações Diplomáticas (1961), quanto a Convenção sobre Relações Consulares (1963), ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao nosso direito positivo interno (12), tratam de imunidade de jurisdição civil e administrativa, abrangendo, a primeira, indubitavelmente, a jurisdição trabalhista, como se apontou alhures (13), e como entendem alguns dos mais respeitados juristas nacionais, como DÉLIO MARANHÃO (14), GUIDO SOARES (15), REZENDE PUECH (16) e GILDA RUSSOMANO (17), além de G. E. DO NASCIMENTO E SILVA, delegado brasileiro à Conferência de 1961, que,

(4) F. C. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, IV. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1970, pp. 76/77.

(5) JOSÉ FREDERICO MARQUES. *Manual de Direito Processual Civil* (I). São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1975, p. 190.

(6) ANTÔNIO LAMARCA. *O Livro da Competência*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 463.

(7) AMAURY MASCARO NASCIMENTO. *Elementos de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo, LTr, 2ª ed., 1975, p. 47.

(8) C. P. TOSTES MALTA. *Prática do Processo Trabalhista*. Rio, Trabalhistas, 13ª ed., 1980, p. 300.

(9) MOZART VICTOR RUSSOMANO. *Competência da Justiça do Trabalho* in "Coleção de Direito do Trabalho", S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, pp. 40/41.

(10) PAULO EMILIO RIBEIRO DE VILHENA. Estado estrangeiro e contrato de trabalho in *Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social*, S. Paulo, Universidade Mackenzie, 1972, p. 657.

(11) VALENTIM CARRION. *Comentários à CLT*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 10ª ed., 1987, p. 423.

(12) A Convenção de Viena de 1961 foi ratificada pelo Brasil a 23 de fevereiro de 1965, entrando em vigor a 24 de abril seguinte, promulgada pelo Decreto nº 56.435, de 8-5-1965. A Convenção de 1963 foi ratificada pelo Brasil a 20 de abril de 1963 e entrou em vigor a 10 de junho de 1967, promulgada pelo Decreto nº 61.078, de 26-7-1967.

(13) GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO. *Imunidade de Jurisdição Trabalhista dos Entes de DIP*. São Paulo, LTr., 1986, p. 80.

(14) DÉLIO MARANHÃO. *Direito do trabalho*. Rio, FGV, 7ª ed., 1979, p. 87.

(15) GUIDO FERNANDO SILVA SOARES. *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*. Rio, Forense, 1984, p. 50.

(16) LUIZ ROBERTO DE REZENDE PUECH. *Na Vivência do Direito Social*. São Paulo, Resenha Universitária, 1975, p. 154.

(17) *Apud* CELSO R. D. DE ALBUQUERQUE MELLO. *Curso de DIP* (I). Rio, Freitas Bastos, 7ª ed., 1982, p. 320. A esse respeito, há manifestação do C. Tribunal Superior do Trabalho (TST), em julgado em que era parte o Consulado dos Estados Unidos da América em Belo Horizonte (Ac. TST Pleno nº 2.439/78).

comentando o art. 31 da Convenção adotada, refere-se, expressamente, a "os tribunais destinados à apreciação da legislação social" (18).

Mesmo nos Estatutos Máximos anteriores a 1967, o tratamento dispensado aos entes de DIP era similar. Nunca o legislador constituinte preocupou-se tanto com a situação dos trabalhadores desses entes, quanto com a condição jurídica verdadeiramente atípica que possuem.

### 3. *Evolução da competência internacional da Justiça do Trabalho na nova Constituição*

Antes do advento da nova Constituição, cumpre verificar a quantas andou a competência internacional da Justiça do Trabalho, quer anteriormente à instalação da Assembléia Nacional Constituinte, quer no curso da elaboração do Diploma Maior.

O dispositivo em questão amplia a competência originária da Justiça do Trabalho e não se assemelha ao art. 307, do Anteprojeto de Constituição, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18 de julho de 1985 (Comissão Afonso Arinos), que não continha qualquer referência aos sujeitos de DIP.

No Anteprojeto da Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público (de maio-1987) também não se cuidou da matéria (art. 36). Tampouco no Capítulo do Poder Judiciário, constante do Anteprojeto da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo (art. 121).

No Projeto da Comissão de Sistematização (de julho-1987) igualmente não foi cogitada a possibilidade de entes de DIP residirem no juízo trabalhista especializado (art. 218, *caput*). O primeiro Substitutivo (de agosto-1987), apresentado pelo Relator da Comissão de Sistematização, Deputado Bernardo Cabral, referia apenas questões envolvendo as Missões Diplomáticas de Estados estrangeiros acreditadas junto ao Governo brasileiro (art. 162, *caput*), sendo de destacar que era a primeira vez que aparecia um sujeito de DIP nessa condição, mas, como se verifica desde logo, de forma muito limitada, eis que não extensiva às outras figuras.

No segundo Substitutivo (de setembro-1987), assim como no Projeto "A" (de novembro-1987), ficou mantida a redação anterior, donde não se incluíam os outros entes de DIP. Isto é, ao não referir as repartições consulares, as organizações internacionais, as missões especiais, as agências especializadas das Nações Unidas, as delegações acreditadas junto a

(18) GERALDO EULALIO DO NASCIMENTO E SILVA. *A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. Brasília, MRE/IBGE, 2ª ed., 1978, p. 143. O eminente atual Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) comenta, nessa obra, todos os dispositivos da Convenção de 1961, tratando-se, ao que se sabe, do mais completo estudo comentado, em língua portuguesa, sobre essa importante convenção internacional.

organismos internacionais com sede (caso, v. g., da Comissão Jurídica Interamericana) ou agência no Brasil, as chamadas coletividades não-estatais (Santa Sé e Soberana Ordem de Malta, entre outras), incorria em lamentável omissão.

A emenda acolhida pelo Projeto "B", e, ao final, transformada em mandamento constitucional, colocou fim à divergência apontada e atribuiu, definitivamente, à Justiça do Trabalho competência para apreciar demandas contra todos os entes de DIP, inclusive para deliberar acerca da preliminar de imunidade de jurisdição.

#### 4. *Os princípios da dupla imunidade e da dupla renúncia*

Para se comentar a competência internacional da Justiça do Trabalho atribuída pelo art. 114 da nova Carta, é imperioso, preliminarmente, afirmar-se que existem duas espécies de imunidades, e, de igual sorte, há duas renúncias a essas prerrogativas. São os princípios da dupla imunidade<sup>(19)</sup> e da dupla renúncia<sup>(20)</sup>.

O primeiro, princípio da dupla imunidade, está presente em todos os atos internacionais que consagram as isenções dos entes de DIP. É a imunidade de jurisdição e a de execução. Tais princípios importam em que o sujeito internacional está fora do exercício da jurisdição do Estado em que se encontra e, superada a primeira isenção, os atos para tornar a efeito o julgado defrontam-se com outro privilégio, que o exclui dos atos de execução por parte das autoridades desse mesmo Estado.

O segundo, princípio da dupla renúncia, existe com relação aos órgãos de representação dos Estados, mas não se estende às organizações internacionais, como, v. g., a Organização das Nações Unidas, pela Convenção de Londres de 1946<sup>(21)</sup>, a Organização dos Estados Americanos, pelo Acordo de Washington de 1949<sup>(22)</sup>, a Associação Latino-Americana de Integração, pelo Acordo de Montevideú de 1961<sup>(23)</sup>, e as Agências Especializadas das Nações Unidas, pela Convenção de Nova York de 1947<sup>(24)</sup>.

(19) V., a respeito, o meu *Imunidade de Jurisdição Trabalhista dos Entes de DIP* cit., pp. 43/48.

(20) Assim refere Gilda Russomano (in Mozart VICTOR Russomano. *Ob. cit.*, p. 39). A necessidade da dupla renúncia foi objeto de decisão do Excelso Pretório (Acs. 9684 e 9698).

(21) Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, de 15-5-1946, ratificada pelo Brasil a 11-11-1949, e promulgada pelo Decreto nº 27.782, de 16-2-1950.

(22) Acordo sobre privilégios e imunidades da OEA, de 15-5-1949, ratificado pelo Brasil a 30-3-1965, e promulgado pelo Decreto nº 57.942, de 10-3-1966.

(23) Acordo sobre privilégios e imunidades da antiga ALALC (atual ALADI), de 1º-9-1961, ratificado pelo Brasil a 5-2-1965, e promulgado pelo Decreto nº 57.784, de 11-2-1966.

(24) Convenção sobre privilégios e imunidades das agências especializadas das Nações Unidas (Resolução 179 (II), de 21-11-1947), ratificada pelo Brasil a 26-12-1962, promulgada pelo Decreto nº 52.288, de 24-7-1963.

Isso importa em que somente quando se tratar de missões diplomáticas e repartições consulares é possível a existência do princípio da dupla renúncia, o que significa em o ente de DIP (o Estado) renunciar à imunidade de jurisdição e, após, à imunidade de execução. Em se tratando de organismos internacionais, somente cabe a primeira renúncia, acarretando a prevalência do princípio da dupla imunidade, mas não o da dupla renúncia, eis que, na hipótese, somente ocorre quanto à jurisdição. Explica-se tal fato em decorrência de as organizações internacionais serem associações de Estado, onde há uma multiplicidade de soberanias e de interesses. A prática de atos que tornem a efeito o julgado só pode ocorrer na existência de renúncia expressa à imunidade de execução, vedada às organizações internacionais.

Por oportuno, convém destacar a impossibilidade de renúncia tácita, como se pode pretender de início. Em decorrência de previsão legal, somente ocorre renúncia a qualquer das isenções de modo expresso. E o Estado estrangeiro, ao assim agir, o faz no exercício de sua soberania, vedado ao Estado acreditado ou receptor tomar quaisquer medidas para exercício de jurisdição ou atos de execução sem que a renúncia expressa ocorra. É a aplicação do princípio *par in parem non habet imperium* (ou *judicium*).

Excepciona-se essa necessidade, quando o próprio ente de DIP procura o Judiciário do Estado acreditado ou nos casos expressamente elencados nas Convenções pertinentes.

##### 5. *A desnecessidade da distinção entre atos de império e atos de gestão*

Um outro ponto que implica em abordagem preambular é quanto à pretendida distinção entre atos de império e atos de gestão. Significativo segmento doutrinário condena essa distinção. Juristas como BRIERLY<sup>(25)</sup>, ROGER BONNARD<sup>(26)</sup> e LÉON DUGUIT<sup>(27)</sup> fora do Brasil, e DÉLIO MARANHÃO<sup>(28)</sup>, BUENO MAGANO<sup>(29)</sup>, ARAÚJO CINTRA, CÂNDIDO DINAMARCO e ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>(30)</sup>, GUIDO

(25) JAMES LESLEY BRIERLY. *Direito internacional*. Trad. M. R. Crucho de Almeida. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1972, p. 249.

(26) *Apud* THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTE. *Tratado de Direito Administrativo* (I). Rio, Freitas Bastos, 5ª ed., 1964, p. 258.

(27) *Apud* Idem. *Ibidem* (I), p. 259.

(28) DÉLIO MARANHÃO *et alii*. *Instituições de Direito do Trabalho* (I). Rio, Freitas Bastos, 6ª ed., 1974, p. 140.

(29) OCTÁVIO BUENO MAGANO. *Competência da Justiça do Trabalho*, in *Anais do Congresso Internacional sobre Justiça do Trabalho*, Brasília, TST, 1981, p. 90.

(30) ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA *et alii*. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, p. 103.

SOARES<sup>(81)</sup> e HAROLDO VALLADÃO<sup>(82)</sup>, em nosso país, condenam a distinção, que, entretanto, possui alguns defensores, como RIBEIRO DE VILHENA<sup>(83)</sup>, CAMPOS BATALHA<sup>(84)</sup> e INDALÉCIO GOMES NETO<sup>(85)</sup>, entre outros.

A meu ver, não tem razão de ser a diferença que pretendem aqueles que alegam sua necessidade. Escrevi que “com a publicização do Direito, com a crescente participação do Poder Público na atividade privada, com a socialização do Estado, tornou-se inviável, até mesmo impossível, saber-se se o Estado está a agir como ente soberano, no seu poder de império, ou como gestor de uma atividade qualquer, equiparado, como tal, a pessoa privada”. E, concluí que “pretender esse raciocínio, incorrer-se-á no risco de romper com o *minimum* necessário para a sobrevivência dos Estados, enquanto Estados, que é o respeito a sua autodeterminação e à soberania, relativa, mas incontestável, restringida, tão-somente, às obrigações internacionais que assumem, como a adoção de tratados internacionais, e nunca extensiva, a ponto de se permitir jurisdição alheia em atividade da qual o Estado, personalidade una e indivisível, é o titular direto e efetivo”<sup>(86)</sup>.

Tanto assim é que os processualistas ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRI GRINOVER e CÂNDIDO DINAMARCO apontam que “a imunidade prevalece ainda que se trate de atos praticados *jure gestionis* pelas embaixadas e agências comerciais”<sup>(87)</sup>. Isso porque os atos *jure imperii* são inerentes aos fins da representação diplomática e, na lembrança de GUIDO SOARES, “o direito brasileiro desconhece a distinção”<sup>(88)</sup>.

Ademais, pretender exercer jurisdição interna em questões que envolvam ente de DIP sob a invocação de que este está a praticar atos *jure gestionis* importaria, necessariamente, em violar-lhe a soberania, não sendo justo admitir-se que o Estado estrangeiro, ao contratar um empregado, *v. g.*, coloque, na eventualidade de uma reclamação trabalhista, o julgador diante de um caso de submissão à *lex loci executionis*, porque a matéria seria da esfera negocial, como decidiu o C. Tribunal Superior do Trabalho<sup>(89)</sup>.

(81) GUIDO FERNANDO SILVA SOARES. Ob. cit., p. 153.

(82) HAROLDO TEIXEIRA VALLADÃO. *DI Privado* (II). Rio, Freitas Bastos, 1978, p. 154.

(83) PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA. Ob. cit., pp. 656/656.

(84) WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1977, p. 250.

(85) INDALÉCIO GOMES NETO. A nova lei que dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública e sua repercussão no processo de execução trabalhista, in *Cadernos Decisório Trabalhista*, Curitiba, 1<sup>a</sup> quinzena, fev./1983, p. 17.

(86) GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO. Ob. cit., pp. 35/36.

(87) ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA. Ob. cit., p. 103.

(88) GUIDO FERNANDO SILVA SOARES. Ob. cit., p. 153.

(89) Trata-se do Ac. TST Pleno nº 1.731/73, de 10-10-1973 (Proc. E-RR nº 3.302/71). Relator: Ministro Ribeiro de Vilhena (Jairo Florentino dos Santos v Consulado Geral da França em São Paulo).

Seja ato de império, seja ato de gestão, pela dificuldade prática de distingui-lo, deve o julgador reconhecer o poder de império, soberano, do Estado estrangeiro, e, como tal, declarar a imunidade que lhe é intrínseca. Frise-se, ainda, que a isenção proclamada visa a beneficiar o ente de DIP, e não o nacional, que, como se apontará adiante, goza do direito de recorrer à via diplomática para buscar os créditos a que por ventura fizer jus.

Nessa matéria, sobressairia o *privilegium jurisdictionis* que possuem os entes de DIP. E a imunidade de jurisdição, de forma alguma, se há de confundir com a extraterritorialidade, pregada por HUGO GRÓCIO, no século XVII, e hoje amplamente superada.

#### 6. *Tramitação do processo trabalhista no primeiro grau de jurisdição*

Situadas essas questões adventícias, importa, agora, ante a nova Constituição de 1988, verificar o procedimento quanto ao ajuizamento de uma reclamação trabalhista e sua tramitação no Judiciário especializado brasileiro.

Interposta a ação perante um órgão de 1º grau de jurisdição (Junta de Conciliação e Julgamento — J CJ), o Juízo de conhecimento deverá notificar o reclamado (ente de DIP) para se manifestar em audiência. O prazo para a resposta é em quádruplo, como se indicará mais tarde.

Nessa oportunidade, três situações podem se apresentar ao colegiado julgador: 1) conciliação; 2) arguição da preliminar de imunidade; e, 3) ausência do reclamado.

*Primus*, o demandado (ente de DIP) pode conciliar sem que haja abertura de instrução processual <sup>(40)</sup>, e o processo será arquivado depois de cumprida a avença, o que não implica, como se pode presumir de início, em renúncia tácita à imunidade de jurisdição, a qual, como assinalado *supra*, só pode ser expressa. Aqui, ocorrendo inadimplemento do reclamado (sujeito de DIP), nenhum ato visando tornar a efeito o acordo poderá se processar por força do princípio da dupla imunidade (agora da isenção de execução).

*Secundus*, o reclamado, ao comparecer em Juízo, argüi a preliminar de imunidade de jurisdição. Nessa hipótese, o prazo para a parte oferecer sua resposta deve ser em quádruplo, por aplicação, por analogia, do art. 1.º, n.º II, do ainda vigente Decreto-Lei n.º 779/69, combinado com o art. 841, *in fine*, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), também ainda vigorando. Invocada a imunidade, deve ser acolhida a preliminar e declarada a isenção pela impossibilidade jurídica do pedido, eis que inviável se processar, no foro nacional, ente de DIP.

(40) Foi o caso do Proc. 3ª J CJ de Belém nº 1.697/86 (Tereza Silvéria da Silva v. Consulado Geral do Japão em Belém), audiência presidida pela Juíza Dra. Marilda Wanderley Coelho.

*Tertius*, o reclamado (ente de DIP) não comparece, ou, hipótese pouco provável, tendo sido rejeitada a preliminar de imunidade argüida, que, por si só, é um ato que contraria os mínimos postulados do relacionamento entre os Estados, recusa-se a contestar o *meritum causae*. Em tal situação, o julgador deverá, por medida de bom senso, e no sentido de atender também as necessidades do reclamante (trabalhador — nacional ou não — do ente de DIP), proceder como no segundo caso, isto é, declarar extinto o processo, pela impossibilidade jurídica do pedido <sup>(41)</sup>, eis que ninguém recorre do judiciário apenas com o fito de estar em Juízo, mas com algum objetivo, e, no Trabalhista, de regra, pretendendo receber, *in pecunia*, seus possíveis direitos <sup>(42)</sup>.

Há, ainda, uma quarta hipótese, a de o reclamado (ente de DIP) não comparecer à audiência inaugural. Na eventualidade, deve ser declarada *ex officio* a isenção de jurisdição pelo órgão judicante, eis que, como apontei alhures, “não é necessário que o ente de DIP argua sua isenção, porque não há falar em renúncia tácita pelo silêncio ou pela revelia, até porque em qualquer momento processual pode ser invocada a imunidade, se não declarada por iniciativa do próprio julgador, mas só renúncia expressa (art. 32, 2, da Convenção de Viena de 1961)” <sup>(43)</sup>. Essa declaração *ex officio* da imunidade que sugiro não é isolada, tem base em diversos precedentes jurisprudenciais, inclusive do Excelso Pretório <sup>(44)</sup>. Aliás, o ilustre representante do Ministério Público Federal, Procurador da República Moacir Antônio Andrade da Silva, em seu parecer, apontou que “tal matéria (imunidade) pode ser conhecida de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, art. 267, § 3.º)”, tendo o Ministro Relator do Proc. AC n.º 9.697/1-DF, Djaci Falcão, declarado que, “se não houve renúncia expressa do Estado que figura como demandado, o seu silêncio não importa em renúncia à imunidade de jurisdição” <sup>(45)</sup>.

## 7. Prazo recursal e garantia do juízo de admissibilidade

Outro ângulo a ser abordado nessa matéria é o pertinente aos recursos: remédio cabível, prazo para interposição, garantia do juízo inferior.

(41) Assim o V. Ac. STF Pleno de 2-10-1986 (Proc. AC n.º 9.698-0-DF). Relator: Ministro Otávio Gallotti (José Nogueira v. Embaixada do Reino dos Países Baixos) (in *Diário da Justiça da União*, de 24-10-1986).

(42) No Proc. 3ª JCY de Belém n.º 1.551/87 (Antônio da Silva v. Consulado Geral do Japão em Belém), o Consulado limitou-se a invocar a isenção de jurisdição, além de pretender o deslocamento do feito para a Justiça Federal. Acertadamente, foi declarada a competência da Justiça do Trabalho. Todavia, o Colegiado a quo rejeitou a imunidade, e o Consulado não contestou o mérito. Aludido processo acha-se em fase recursal no momento (outubro 1988).

(43) GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO. *Ob. cit.*, p. 90.

(44) É o caso do V. Ac. STF Pleno de 30-4-1986 (Proc. AC n.º 9.697-1-DF). Relator: Min. Djaci Falcão (Walter José Arantes v. Representação Diplomática da República Cooperativista da Guiana e Ministério Público Federal), que julgou extinto o processo. O aresto está publicado no *Diário da Justiça da União*, de 30-5-1986, e na *Revista LTr* n.º 50, 1986, pp. 1310/1311.

(45) In *Revista LTr* n.º 50, 1986, p. 1311.



Quanto a esses dois últimos aspectos, entendo que o prazo recursal, por aplicação analógica do art. 1.º, n.º III, do Decreto-Lei n.º 779/69, ainda em vigor, para a interposição do remédio voluntário pelo ente de DIP, deverá ser em nobro. No pertinente à garantia do juízo, o recurso interposto pelo ente de DIP, na inexistência de recurso (ou remessa) *ex officio*, não necessitará de preparo, tanto que o art. 61, § 2.º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal determina que, “nas causas em que forem partes Estados estrangeiros e organismos internacionais, prevalecerá o que dispuserem os tratados internacionais ratificados pelo Brasil”. Há omissão nos tratados quanto a esse aspecto; logo, se os entes de Direito Público interno estão dispensados da garantia do juízo (art. 511 do CPC), assim como o Enunciado n.º 4, do C. TST, isenta do recolhimento prévio de custas e de depósito recursal as pessoas jurídicas de Direito Público (sem distinguir entre as de direito interno ou externo), e a União não recolhe custas (art. 789, § 4.º, da CLT), de que está dispensada (art. 1.º, n.º VI, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 779/69), com redobrada razão os entes públicos externos. Sobretudo se considerarmos a impossibilidade de se tornar a efeito o julgado sem a renúncia à segunda imunidade, a de execução que, como a primeira, é expressa, nunca tácita, salvo as hipóteses indicadas *supra*.

Por outro lado, o recurso (obrigatório ou voluntário) deverá ser recebido em duplo efeito (art. 520 do CPC). Devolutivo, por força do art. 899 da CLT. Suspensivo, pela impossibilidade de se executar provisoriamente o julgado, como previsto no art. 251, *in fine*, do CPC.

Importa, também, ressaltar que deve haver recurso *ex officio* por parte do julgador *a quo*, sempre que, em tendo ocorrido renúncia à imunidade de jurisdição, a parte sucumbente for ente de DIP, por analogia aos entes de Direito Público interno, aos quais se garante o duplo grau de jurisdição.

#### 8. Recurso cabível da decisão a quo

Qual o recurso voluntário ou obrigatório interponível da decisão proferida nos autos de reclamação trabalhista contra um ente de DIP? A matéria está, na nova Carta, colocada de forma bastante controvertida.

Referi, em livro que serviu de base à justificativa apresentada para emenda do dispositivo constitucional, que, “apesar de, em geral, ter ocorrido a interposição dos recursos previstos no art. 893, da CLT (ordinário, embargos, revista e agravos), acreditamos cabível o recurso ordinário constitucional, tratado no art. 119, n.º II, da CF (de 1967) isto é, a apelação cível do art. 539, n.º I, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, *ex vi*, do art. 769 consolidado, diretamente da primeira instância, isto é, da J CJ, para o Excelso Pretório” (46).

Ocorre, porém, que o recurso ordinário constitucional não está mantido no novo texto (art. 102, n.º II). Assim, a matéria recursal suscita

(46) GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO. Ob. cit., p. 94. No mesmo sentido, MOZART VICTOR RUSSOMANO. Ob. cit., p. 42.

dúvidas. A competência deveria ser do STF, mesmo nos outros casos, que não trabalhistas, em que estivessem envolvidos entes de DIP em geral (matérias penal, cível ou administrativa). A Constituição das Filipinas, de 15 de outubro de 1986, v.g., atribui à Suprema Corte competência originária (não recursal) para apreciar casos que afetem embaixadores, ministros públicos ou cônsules (art. VIII, seção 5(1)).

Na nova CF brasileira, a competência (antes do STF) deslocou-se para o Superior Tribunal de Justiça (antigo TFR) (art. 105, n.º II, c), mas o procedimento do diploma anterior deveria ter sido mantido, tanto assim que admitiu o STF, no V. Ac. STF Pleno de 30-4-1986 (Proc. AC n.º 9.697-1-DF), acima referido, quando, aforado perante a Justiça Federal, houve interposição do recurso ordinário constitucional diretamente do Juiz Federal (singular) ao STF, fundada também no art. 499, § 2.º, do CPC, mediante ofício do Ministério Público Federal.

A interpretação restritiva do texto constitucional leva a se ter a Justiça do Trabalho, em primeiro grau de jurisdição, como competente, e, via recurso ordinário constitucional, o Superior Tribunal de Justiça, que integra a esfera da Justiça Federal (comum). Deslocar-se-ia então a competência apenas no momento recursal, inclusive no recurso obrigatório, o que, evidente, conflita com a intenção do legislador constituinte, que foi exatamente a de dirimir a dúvida até então existente, e o próprio espírito da Lei Maior, que foi o de dar tratamento preferencial aos entes de Direito Público externo, justamente pela necessidade da boa convivência entre os Estados.

Quais os caminhos indicados? Quais os meios recursais a tomar? Entendo deva a parte recorrer ao STF, mediante mandado de injunção, no caráter genérico do art. 5.º, n.º LXXI, eis que será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (grifei), e o Estado estrangeiro é soberano e o *caput* do art. 5.º se refere também a estrangeiros, pelo que se pode ampliar a regra do art. 102, n.º II, a, que, ao consagrar o recurso ordinário ao STF, dispõe sobre o julgamento de mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, tanto mais que não indicada qual a parte prejudicada.

Se assim não for, eis que o dispositivo em tela cogita de “Tribunais Superiores”, caber-lhe-á originariamente processar e julgar reclamação para preservar sua competência (art. 102, n.º I, I, 1.ª parte), o que pode ser intentado pela parte objetivando interpretar o art. 114, dado que se vai deslocar de um para outro segmento do Judiciário matéria nitidamente trabalhista, na exegese do art. 105, n.º II, c. Ou, ainda originariamente, apreciar conflito de jurisdição entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais (art. 102, n.º I, o, 1.ª parte), considerando que as JCs, pela sua própria composição colegiada, são tribunais de 1.º grau.

Talvez esta última seja a solução a esse conflito de jurisdição que, inevitavelmente, surgirá a partir do advento da nova Carta de 1988 e com o ajuizamento de reclamações trabalhistas por parte de empregados de entes de DIP contra seus empregadores. Como se verifica, haverá dúvidas quanto a ações trabalhistas movidas contra esses entes. Observe-se que irá o STF decidir, em seus julgados futuros, a interpretação que deve ser dada à matéria. E, a meu ver, a mais indicada é, se só será possível alterar a nova Constituição por via de emenda, em 5 (cinco) anos (art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), suscitar conflito de jurisdição para que o STF declare sua própria competência para apreciar, por via de recurso ordinário constitucional, questões decididas em JCs, que envolvam entes de DIP.

### 9. *Situação do trabalhador nacional*

O caráter protecionista do Direito do Trabalho coloca em destaque a situação do trabalhador nacional. Ante esse princípio, assente em nosso direito, e a situação atípica do empregador, ente de DIP, impõe-se a colocação de algumas questões. Ficaria, ao cabo, o trabalhador nacional prejudicado em seus direitos? Ficaria à mercê de demandas infundáveis em outro Estado? Entendo que não. Inicialmente, pela legislação brasileira, os empregados dos entes de DIP são considerados trabalhadores autônomos (art. 5.º, § 1.º, da CLPS), o que, de plano, já o excluiria do acesso à prestação jurisdicional trabalhista.

Doutra feita, o princípio da proteção ao trabalhador nacional não deve ser considerado na espécie, eis que se trata de respeitar e resguardar a soberania de outro Estado.

Em todas as Constituições que vigoraram no Brasil, desde sua Independência, a partir da Carta de 1824 (art. 7.º, n.º II), era consagrada a perda da nacionalidade ao brasileiro que aceitasse, sem licença do Chefe do Estado, de governo estrangeiro, comissão, emprego ou pensão. A norma constou das Constituições republicanas de 1891 (art. 71, § 2.º, *b*), de 1934 (art. 107, *b*), de 1937 (art. 146, *b*), de 1946 (art. 130, n.º II) e da recente Constituição de 1967 (art. 146, n.º II).

Antes da instalação da recém-finda Assembléia Nacional Constituinte, o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos dava competência ao Presidente da República para autorizar o brasileiro a aceitar comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro (art. 229, n.º XXII), sem cogitar de perda da nacionalidade. O mesmo ocorreu no Projeto da Comissão de Sistematização (de julho, 1987) (art. 158, n.º XVIII) e no primeiro Substitutivo (de agosto, 1987) (art. 115, n.º XVII). A partir do segundo Substitutivo (de setembro, 1987), e nos Projetos "A" (de novembro, 1987) e "B" (de julho, 1988), nos arts. 11, § 5.º, n.º I, 12, § 4.º, n.º I, e 14, § 4.º, n.º I, ficou mantida a regra, com a perda da nacionalidade, nos moldes das Constituições pretéritas.

Emenda supressiva, acolhida pelo Plenário (47), no turno derradeiro, retirou do texto do Projeto "B" a norma prevendo a perda da nacionalidade, na ocorrência de o nacional aceitar comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro sem autorização presidencial. Contraria essa supressão todo o passado constitucional brasileiro, como demonstrado acima, e o texto aprovado a 23 de setembro de 1988, e promulgado a 5 de outubro seguinte, apresenta-se com essa omissão injustificável, fato que, como dito, não encontra precedente em nossa história constitucional e os projetos e substitutivos que antecederam à nova Carta previam, senão a perda da nacionalidade, pela ausência de autorização, pelo menos a sua imperiosa necessidade.

Como a matéria não está tratada na Carta Magna, poderá ser objeto de ulterior disposição por lei ordinária, que é, dado as circunstâncias novas, a única solução adequada a curto prazo. Então, existindo essa lei, ao formular o pedido, é óbvio que o trabalhador tem conhecimento das condições de seu contrato de trabalho, das normas que vai observar, que regerão sua situação no relacionamento com o empregador, ente de DIP, muitas vezes melhores que as condições dadas ao nacional brasileiro ligado a empregador comum. A Constituição do Peru, *v.g.*, garante estabilidade ao trabalhador (art. 48 da Constituição peruana de 1980), e resulta, ocorrendo dispensa, em indenização que, como anota MARIO PASCO, é "una de las más elevadas a nivel mundial" (48).

O meio legal, e correto, para o nacional brasileiro, empregado de um ente de DIP, receber eventuais direitos trabalhistas é através da via diplomática, único para tornar eficaz e garantido o cumprimento de seus direitos laborais. Ou, se preferir, constituir advogado no Estado que o contratou, ou perante o organismo internacional de que foi empregado, para fazer valer seus direitos.

## 10. Conclusões

Como conclusões acerca da nova competência da Justiça do Trabalho brasileira, a sua competência internacional, pode-se apontar as seguintes diretrizes, algumas das quais já assinala anteriormente (49):

1.) a Justiça do Trabalho é, definitivamente, competente para apreciar reclamações trabalhistas contra todos os entes de DIP, inclusive para decidir acerca da preliminar de imunidade de jurisdição;

---

(47) Trata-se da Emenda 2TV0052-9, do Senador Luiz Viana Filho, de 7-7-1988 (in *Emendas Oferecidas em Plenário*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, julho/1988, pp. 8/9), e que recebeu "Parecer pela Rejeição", do Relator Deputado Bernardo Cabral (in *Pareceres do Relator sobre as Emendas Oferecidas em Plenário*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, julho/1988, p. 12).

(48) MARIO PASCO COSMOPOLIS *et alii*. *La Extinción de la Relación Laboral*. Lima, AALE, 1987, p. 255.

(49) GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO. *Ob. cit.*, pp. 102/104.

2.º) continuam a prevalecer os princípios da dupla imunidade e da dupla renúncia (jurisdição e execução), aquele, aplicável a todos os entes de DIP; este, exclusive os organismos internacionais;

3.º) está superada a distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, prevalecendo o princípio *par in parem non habet imperium*;

4.º) a imunidade de jurisdição, salvo renúncia expressa, deve ser declarada de ofício e, por corolário, extinto o processo, pela impossibilidade jurídica do pedido, donde não deve, jamais, ser o ente de DIP considerado revel e apenado com a *ficta confessio*;

5.º) o prazo para o ente de DIP contestar é em quádruplo e, para recorrer, em dobro, sem garantia do juízo de admissibilidade e recolhimento de custas processuais. Por outro lado, o remédio recursal deve ser recebido em seu duplo efeito (devolutivo e suspensivo);

6.º) da decisão proferida, se contrária ao ente de DIP, deverá haver recurso *ex officio*, independentemente do voluntário. Nesse aspecto, o recurso cabível deverá ser o recurso ordinário constitucional, diretamente da JCJ para o STF;

7.º) transitada em julgado a sentença, dada a imunidade dos entes de DIP, só poderá ser tornada a efeito se ocorrer renúncia à isenção de execução que, em qualquer hipótese, não cabe às organizações internacionais; e

8.º) o trabalhador nacional, que é autônomo, deverá procurar seus direitos por via diplomática ou, diretamente, perante o órgão competente do ente de DIP.

Tais colocações, conquanto aparentemente ortodoxas, decorrem da realidade internacional. No conflito entre soberanias, deve prevalecer o bom senso. O julgador, no caso o nacional, deverá, nesse aspecto, atentar mais para o interesse coletivo, representado por todo o Estado, que para o individual (o do autor da reclamação trabalhista). Deverá ter sempre presente a regra insculpida no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, pelo qual, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (grifei). Afinal, é esse bem-estar comum que está em jogo, e o Judiciário, mormente o trabalhista, deve prover o interesse da coletividade, atentando para a importância das relações internacionais mantidas pelo Brasil, que precisam ser conservadas, objetivando, justamente, o desenvolvimento integral e racional de todo o País.

#### BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE MELLO, Celso R. D. de. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio, Freitas Bastos, 7ª ed., 1982.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos *et alii*. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974.

- BRIERLY**, James Lesley. *Direito Internacional*. Trad. M. M. Crucho de Almeida. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1972.
- CAMPOS BATALHA**, Wilson de Souza. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. São Paulo, LTr., 1977.
- CARRION**, Valentin. *Comentários à CLT*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 10ª ed., 1987.
- CAVALCANTE**, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio, Freitas Bastos, 5ª ed., 1964.
- FRANCO FILHO**, Georgenor de Sousa. *Imunidade de Jurisdição Trabalhista dos Entes de Direito Internacional Público*. São Paulo, LTr, 1986.
- . Os sujeitos do direito internacional e a Justiça do Trabalho no projeto de constituição. Belém, in *O Liberal*, ed. de 8-11-1987, p. 26.
- GOMES NETO**, Indalécio. *A nova lei que dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da fazenda pública e sua repercussão no processo de execução trabalhista*. Curitiba, in *Cadernos Decisorio Trabalhista*, 1ª quinzena, fevereiro de 1983.
- LAMARCA**, Antônio. *O Livro da Competência*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- MAGANO**, Octávio Bueno. *Competência da Justiça do Trabalho*. Brasília, in *Anais do Congresso Internacional sobre Justiça do Trabalho*, TST, 1981.
- MARANHAO**, Délio et alii. *Instruções de Direito do Trabalho*. Rio, Freitas Bastos, 6ª ed., 1974.
- MARANHAO**, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio, FGT, 7ª ed., 1979.
- MARQUES**, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo. Saraiva, 3ª ed., 1975.
- NASCIMENTO**, Amaury Mascaro. *Elementos de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo, LTr., 2ª ed., 1975.
- NASCIMENTO E SILVA**, Geraldo Eulálio do. *A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. Brasília, MRE-IBGE, 2ª ed., 1978.
- PASCO COSMOPOLIS**, Mario et alii. *La Extinción de la Relación Laboral*, Lima, AEELE, 1987.
- PONTES DE MIRANDA**, F. C. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1970.
- REZENDE PUECH**, Lulz Roberto de. *Na Vivência do Direito Social*. São Paulo, Resenha Universitária, 1975.
- RIBEIRO DE VILHENA**, Paulo Emílio. *Estado estrangeiro e contrato de trabalho*. São Paulo, in *Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social*, Universidade Mackenzie, 1972.
- RUSSOMANO**, Mozart Victor. *Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo, in *Coleção de Direito do Trabalho*, Revista dos Tribunais, 1981.
- SOARES**, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*. Rio, Forense, 1984.
- TOSTES MALTA**, C. P. *Prática do Processo Trabalhista*. Rio, Trabalhistas, 13ª ed., 1980.
- VALLADÃO**, Haroldo Teixeira. *Direito Internacional Privado*. Rio, Freitas Bastos, 1978.

# Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988

PAULO LUIZ NETO LOBO

Procurador de Estado, Conselheiro Federal da OAB

## SUMÁRIO

1. *A distribuição de competências legislativas. A opção de 1988.*
2. *Relação com o paradigma histórico: a Constituição Americana de 1787 e a Décima Emenda.*
3. *O modelo dos poderes reservados e a experiência republicana brasileira.*
4. *As tendências do federalismo, no direito comparado, quanto à distribuição de competências legislativas.*
5. *As soluções dos conflitos de competência e a supremacia federal.*
6. *Normas gerais: seus limites em relação à competência concorrente dos Estados-Membros. Legislação supletiva, complementar e suplementar.*
7. *Competência comum e competência concorrente.*
8. *As hipóteses constitucionais de competência concorrente.*
9. *Conclusões. Bibliografia.*

### 1. *A distribuição de competências legislativas. A opção de 1988*

A Constituição brasileira de 1988, no Título "Da Organização do Estado" (Capítulo II do Título III), introduziu, em favor dos Estados-Membros e do Distrito Federal, a competência concorrente com a União, para legislarem sobre diversas matérias enumeradas.

Essas matérias, incluindo os direitos financeiro, tributário, econômico, urbanístico, penitenciário, previdenciário, processual de pequenas causas, procedimentos em matéria processual e direitos ou interesses coletivos como saúde, educação, meio ambiente, consumidores, menores, patrimônio

histórico e cultural, não se inserem, seja nos poderes enumerados da União, seja nos poderes reservados dos Estados-Membros, segundo o dualismo federalista clássico.

A distribuição das competências é o problema nuclear do federalismo, sinalizando a opção constituinte por mais ou menos centralização política, por mais ou menos aderência aos modelos e princípios assentes de Estado federal (1).

O problema está na raiz mesma da evolução histórica do federalismo e de sua concepção conseqüente.

Envolve o sentido de delegação, poderes enumerados, poderes reservados e a técnica de concorrência legislativa, de construção complexa a suscitar inevitáveis conflitos. As soluções advirão da jurisprudência, através de decisão de constitucionalidade, mercê da atribuição ao Supremo Tribunal Federal de guardião do federalismo, este inatingível até por emendas à Constituição.

Em todos os Estados federais, nomeadamente nos Estados Unidos, berço do federalismo, a evolução do sistema aponta para modelos que se distanciam do parâmetro clássico, especialmente no âmbito da distribuição das competências. Nota-se uma clara tendência à supremacia federal sobre os Estados-Membros.

O grande desafio é como preservar o federalismo, diante da crescente centralização política, na busca de direções que compatibilizem a necessidade de unificar as soluções aos grandes problemas nacionais e a necessidade em se fortalecer a democracia e a própria cidadania, que exigem a descentralização política.

A função do federalismo mudou historicamente. Se, antes, serviu para assegurar as autonomias regionais, ou como forma mais eficiente de descentralização administrativa, hoje assume uma função essencialmente política, como um dos instrumentos de garantia da democracia participativa (2).

(1) Há uma certa convergência de opiniões a respeito: Cf. LEOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ed. Ariel, 1970, p. 356: "é a chave da estrutura do poder federal".

Cf. DALLARI, Dalmiro. *O Estado Federal*. São Paulo, Ed. Atica, 1966, p. 18: "o problema das competências pode ser considerado o ponto central da organização federativa"; Cf. BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira — Comentários*. Rio de Janeiro, TCLT, 1903, p. 273: "pode-se considerar a chave mestra da federação".

(2) Para HELLER, Hermann (*Teoria do Estado*. S. Paulo, Ed. Mestre Jou, 1968, trad. de Lycurgo Gomes da Motta, p. 293) é típica da democracia, ao contrário da autocracia, a ampliação de círculos de poder político.

ZWEIGERT, Konrad. (*Federalism in West Germany*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 20) diz que na Alemanha Ocidental o federalismo é atualmente visto como uma das salvaguardas da liberdade política do povo. O federalismo é um método "de dividir o agregado de poder nacional entre a União e os Estados, pelo benefício das liberdades dos cidadãos".



No trânsito do Estado liberal para o Estado social, o pêndulo inclinou-se aos governos centrais fortes, mais adequados ao intervencionismo que se exigiu à implementação das mudanças sociais e econômicas.

Agora, o federalismo retoma seu curso. A centralização política não redundou em benefícios populares concretos. A centralização nem sempre assegurou a redução das desigualdades e injustiças sociais e, nos momentos de exaltação autoritária, foi o caminho mais curto para se violentar a cidadania.

Está cada vez mais claro que não há necessidade em se atingir com eficiência a descentralização administrativa, valendo-se apenas do federalismo. Entretanto, apenas o federalismo pode levar à descentralização política, tornando o poder mais próximo do cidadão. A participação da cidadania (que não mais é vista sob a ótica individual, porém imersa nos interesses sociais, atuando de forma coletiva nas organizações da sociedade civil, defendendo objetivos meta-individuais, como o meio ambiente) é maior junto aos poderes locais.

Uma das formas de se atingir o fortalecimento do federalismo é a competência legislativa concorrente<sup>(3)</sup>, que poderá ser o fator de equilíbrio entre as esferas de poder autônomas (não mais soberanas, como a tradição indicava). E nela, o essencial está no conteúdo conceptual que prevaleça às "normas gerais", como limite constitucional à União.

O sentido de "legislação concorrente" na Constituição de 1988 difere daquele que o senso comum teórico desenvolveu. HAMILTON<sup>(4)</sup> disse que a legislação concorrente resultava da divisão do poder soberano, isto é, de esferas de poder privativas da União e dos Estados-Membros. Na Constituição brasileira, está na acepção de legislação sobre matérias comuns, embora com limites de forma e conteúdo recíprocos: cabe à União as normas gerais e aos Estados-Membros as normas específicas.

É no último sentido que trataremos de competência legislativa concorrente, nesta exposição.

## 2. *Relação com o paradigma histórico: a Constituição americana de 1787 e a Décima Emenda*

É interessante notar que os federalistas americanos almejavam um Governo central (União) forte, que substituisse a tibiaz da frustrada Confederação. Contudo, para vencerem as resistências dos Estados-Membros (as antigas Colônias), desenvolveram a engenhosa fórmula federativa, no

(3) MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo II, São Paulo, Rev. dos Trib., 1970, p. 167) afirma que a técnica constitucional do século passado "repugnava a competência concorrente".

(4) HAMILTON, MADISON e JAY. *El Federalista*. Trad. de Gustavo R. Velasco. México, Fondo de Cultura Econ., 1943, p. 130.

final do século XVIII <sup>(5)</sup>, concedendo ou “reservando” substanciais parcelas de poder às unidades federadas.

Os poderes da União seriam os enumerados na própria Constituição. Tudo o mais estaria reservado aos Estados-Membros.

A distribuição dos poderes era desigual, mas atendia às circunstâncias históricas.

HAMILTON <sup>(6)</sup> pedagogicamente esclarece que os Estados conservariam todos os direitos de soberania que desfrutavam antes e que não foram delegados de maneira exclusiva à União. “Esta delegação exclusiva ou, melhor dizendo, esta alienação da soberania estadual, unicamente existiria em três casos: quando a Constituição, em termos expressos, concedeu autoridade exclusiva à União; quando outorgou em uma parte certa faculdade à União e em outra parte proibiu aos Estados que exercitassem a mesma faculdade, e quando foi concedida uma potestade à União, com a qual outra similar por parte dos Estados seria total e absolutamente incompatível.”

E MADISON <sup>(7)</sup> arremata, depois de caracterizar o poder da União como *essência* do poder federal, que os “poderes delegados ao Governo Federal pela Constituição são poucos e *definidos*. Os que ficarão em mãos dos Governos dos Estados são numerosos e *indefinidos*”.

Percebe-se que nessas formulações há uma preocupação central em se estabelecer uma divisão escarpada de competências entre a União (somente os poderes enumerados) e os Estados-Membros (todos os poderes residuais — “reservados”).

Todavia, a evolução do sistema tomou rumo oposto, embora mais próximo das reais intenções dos federalistas (fortalecimento do poder federal).

O texto da Décima Emenda (“Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo”) não foi suficiente para impedir essa tendência.

A redução da competência estadual, nos Estados Unidos, teve dois momentos destacados:

(1) A doutrina dos poderes implícitos da União, partida de genial construção da Suprema Corte americana, em 1819, no “leading case”

---

(5) DALLARI, Dalmo. (*Elementos de Teoria Geral do Estado*, S. Paulo, Saraiva, 1976, p. 224) diz que o federalismo nasceu realmente com a Constituição Americana de 1787. “É um fenômeno moderno”.

(6) *Op. cit.*, p. 128.

(7) *Op. cit.*, pp. 195 e 202.

McAlloch *versus* Maryland. Decidiu-se que na Constituição, apesar dos poderes enumerados, não existia qualquer expressão que “exclua poderes eventuais ou implícitos e que requeira que tudo o que foi concedido deva ser descrito expressa e minuciosamente” (8).

(2) A consagração do princípio da supremacia federal, mercê do exercício do poder de revisão judicial, “que é, assim, o árbitro do sistema federal” (9) sobretudo a partir da legislação intervencionista do “New Deal” de 1933. A Suprema Corte no caso Estados Unidos *versus* Darby, de 1941, chegou mesmo a considerar a Décima Emenda como um “truísmo”, sendo seu propósito “o de moderar temores de que o novo Governo nacional pudesse procurar exercer poderes não concedidos e os Estados pudessem não ser capazes de exercer plenamente seus poderes reservados”.

Como acentua SCHWARTZ (10), ver a Décima Emenda como um mero “truísmo” é “destruir a base sobre a qual se assentou o conceito de federalismo dual”. Em outra parte (11) diz que se alguma coisa pareceu incompatível com as últimas décadas de concentração de autoridade no Governo Central, “foi a noção de que os Estados ainda possuem os atributos de soberania”.

A noção de federalismo dispensa, conseqüentemente, o argumento de soberania (12). Mais importantes são os critérios de distribuição de competências, com limites mais precisos, embora vulneráveis às contingências históricas.

A análise que TOCQUEVILLE (13) fez à época, quando visitou a nova República americana, não se confirmou no futuro.

---

(8) Transcrição de SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Trad. de Elcio Cerqueira. Rio, Forense Univ., 1984, p. 15.

(9) Cf. SCHWARTZ, *op. cit.*, pp. 22, 30 e 34.

Para FOX, Eleanor. (*Federalism, Extraterritoriality, and Economic Regulation*, texto de aula, 1988) o aumento do poder federal, bem como seus limites, foi profundamente influenciado pelo desenvolvimento da doutrina da ação estatal “anti-trust”.

(10) *Op. cit.*, p. 34.

(11) *Op. cit.*, p. 48.

(12) ATALIBA, Geraldo. (*República e Constituição*, S. Paulo, Rev. dos Trib., 1985, p. 10) refere-se, ainda à repartição rígida de atributos da soberania; DAVID, René (*Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, trad. de H. A. Carvalho, Lisboa, Meridiano, 1978, p. 428) assevera que os princípios da Décima Emenda não foram abandonados.

(13) TOCQUEVILLE, Alexis de. (*De la Démocratie en Amérique*, L. de Médicis, Paris, 1951, vol. I, p. 169) diz que o governo dos Estados-Membros é a regra.

Cogita-se, ainda, como desdobramento da doutrina dos poderes implícitos, da "doutrina de limitações implícitas aos Estados",<sup>(14)</sup> que assegura uma forma negativa (nega-se competência aos Estados-Membros) de uniformidade nacional através do Congresso.

É verdade que a competência legislativa dos Estados-Membros nos Estados Unidos permanece muito ampla. A família, as sucessões, os contratos, os delitos, o direito criminal, o processo, continuam, substancialmente, a ser regulados pelos Estados-Membros.

O que fica de competência residual, ou reservada, comporta-se em fronteiras cada vez mais estreitas.

### 3. *O modelo dos poderes reservados e a experiência republicana brasileira*

Como se demonstrou, a origem e a evolução do federalismo americano conduziram à centralização política progressiva. A supremacia federal não é fato episódico.

No caso brasileiro, a tendência foi e é inversa. Partiu-se de um Estado unitário (as Províncias eram unidades administrativas do Império) para a formação pelo Poder Constituinte de 1891 de uma Federação. Excluindo-se as Constituições outorgadas de 1937 e de 1967-1969, as Constituições de 1891, 1934 e 1946 organizaram o Estado segundo o modelo clássico do federalismo: os poderes não enumerado integravam a competência residual ou reservada dos Estados-Membros.

A afirmação corrente de que a federação brasileira foi opção artificial da República, e que não tem raízes históricas, é equivocada. A não ser que se conceba, apenas, o surgimento de Estado federal por adesão de Estados soberanos.

Leia-se o depoimento de RUI BARBOSA: "Eu era, senhores, federalista, antes de ser republicano. Não me fiz republicano, senão quando a evidência irrefragável dos acontecimentos me convenceu de que a monarquia se incrustara irredutivelmente na resistência à Federação"<sup>(15)</sup>.

Este outro depoimento, de ALFREDO VARELA,<sup>(16)</sup> é igualmente persuasivo: "o federalismo é, desde 1831, a mais ardente e generalizada aspiração do Brasil. Nos trabalhos de reforma constitucional posteriores à revolução do ano citado, chegou a adotá-lo a Câmara Temporária e, se não é a resistência da Câmara vitalícia, de há muito vigorava no País. Tão acentuadas eram as tendências reformadoras no sentido da ampla autonomia

(14) Cf. KARST, Kenneth L. *Out of Many, One: The Judiciary and The Harmonization of Law in the United States*. Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 99.

(15) BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federativa Brasileira*. S. Paulo, Saraiva, 1932, 1º Vol. p. 60.

(16) VARELA, Alfredo. *Direito Constitucional Brasileiro; Reforma das Instituições Nacionais*. Rio, Garnier, 1902, p. 41.

provincial, que monarquistas sinceros, da ordem de Saraiva e Nabuco, preconizavam os modelos federativos, como sendo a condição de salvação do Império, nos últimos anos dele”.

Outras não foram as causas das várias revoluções, de intuito secessionista, ocorridas no Império, como a Confederação do Equador e a República Farrroupilha

No Brasil, a origem do federalismo foi diversa da dos Estados Unidos. Nestes, ela visou constituir um governo central, e tendeu sempre ao centralismo político, teórica e praticamente. No Brasil, as Províncias desejaram se transformar em Estados-Membros; o processo foi da centralização política para a descentralização política. Tem sido essa a marca do federalismo brasileiro, a busca por mais autonomia dos Estados-Membros, apesar das vicissitudes autoritárias por que passou.

Nos Estados Unidos, os Estados criaram a federação. No Brasil, a federação (criada pelo Poder Constituinte, isto é, o povo) criou os Estados.

Não tendo havido delegação dos poderes de Estados preexistentes à federação, no Brasil, não se pode falar, a rigor, em poderes reservados. Não se reserva o que não se tinha.

As Constituições brasileiras, desde a de 1891, referem-se a poderes reservados (a denominação é um tributo ao prestígio da Constituição americana) com o significado de poderes residuais, não contidos nos poderes enumerados ou implícitos da União. Na doutrina estrangeira esta significação tem predominado, porque pode haver poderes reservados tanto da União quanto dos Estados-Membros.

O art. 65, § 2.º da Constituição de 1891, estabelece ser dos Estados

“em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição”.

Já vimos como JOÃO BARBALHO considerava esse dispositivo como a regra áurea da distribuição de competências.

A Constituição de 1934 reproduz no art. 7.º, IV, a essência dessa cláusula:

“exercer, em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado explícita ou implicitamente por cláusula expressa desta Constituição”.

A Constituição de 1934 inova, ampliando os poderes residuais dos Estados-Membros. No art. 5.º, concede aos Estados-Membros a competência para legislação *supletiva* ou complementar sobre determinadas matérias enumeradas dentre os poderes da União. A competência estava limitada a

*lacunas* ou deficiências da legislação federal. Não se tratava, ainda, de legislação comum concorrente, introduzida pela Constituição de 1988.

A Constituição de 1946, no art. 18, repete a norma de 1934. No art. 6.º refere-se à legislação *supletiva*, mas omite os requisitos de lacunas da legislação federal.

A Constituição de 1969, art. 13, § 1.º, é de redação idêntica ao art. 18 da Constituição de 1946. O art. 8.º, parágrafo único, lista os poderes enumerados da União de forma tão exaustiva e centralizadora, que praticamente nada fica de "reservado" aos Estados-Membros. Há uma novidade, que é a alínea *c* do inciso XVII, que prevê a competência da União para legislar sobre "normas gerais" de algumas matérias, antecipando a competência concorrente da Constituição de 1988. Entretanto, não se faculta aos Estados-Membros a legislação concorrente, mas apenas a supletiva, isto é, em casos de lacunas da legislação federal. Para haver aquela esta é necessária e prévia.

Na prática, inclusive jurisprudencial, entendem-se *implícitos* os poderes para legislar sobre quase tudo, deixando aos Estados-Membros espaço reduzidíssimo, como o de regular sobre sua própria administração. Durante a vigência da Constituição de 1969, inclusive pelo uso desenfreado de decretos-leis, a União atingiu o clímax da centralização política.

O modelo dos poderes reservados revelou-se inócuo, sobretudo nos períodos de autoritarismo, em nada favorecendo o federalismo brasileiro.

#### 4. *As tendências do federalismo, no direito comparado, quanto à distribuição de competências legislativas*

Em 1970 aconteceu um colóquio internacional, em Moscou, patrocinado pela International Association of Legal Science, voltado a examinar o desenvolvimento dos sistemas legais em sete Estados federais: União Soviética, Estados Unidos, Iugoslávia, Checoslováquia, Canadá, Índia e República Federal da Alemanha.

Quatro questões foram colocadas em discussão:

- 1) a que objetivos uma estrutura de Estado federal serve?
- 2) os objetivos conduziram a um conceito razoável de federação?
- 3) que distribuição de poderes entre o Governo federal e os Governos dos Estados-Membros é desejável para se atingir os objetivos da federação?
- 4) que instituições são adequadas para exercerem a função, dentro da federação, de adaptação da distribuição de poderes diante da inevitável necessidade de mudanças?

Quanto à questão (3), pertinente a esta exposição, informa HAZARD (17), os participantes notaram uma tendência para a centralização dos pode-

(17) HAZARD, John. *Federalism and Development of Legal Systems*. Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 12.

res em todas as federações. Esta constatação deu ensejo a alguns debates em torno da utilidade da centralização: se um governo forte prejudica ou não os interesses dos Estados-Membros. Todos responderam que sim.

Como métodos de distribuição dos poderes entre a União e os Estados-Membros, os participantes indicaram dois:

1) o da Índia, onde a Constituição lista em grandes detalhes e extensão os poderes do Governo central e os dos Estados-Membros;

2) o dos poderes reservados, seja para a União, seja para os Estados-Membros, sempre em termos gerais, conferindo-se poderes específicos para o outro lado.

Temos de convir, por esse informe, que o conceito de “poderes reservados” mudou de função. Não se prende mais à reserva original das unidades que aderiram à Federação. Hoje, sua função consiste em atribuir competência, pela Constituição, dos poderes não enumerados, indistintamente, ou à União ou aos Estados-Membros.

O direito hindu é singular: exclui os poderes reservados, preferindo ampliar o modelo dos poderes enumerados aos dois lados (União e Estados-Membros) em três listas de matérias específicas<sup>(18)</sup>:

a) a Lista I, ou a *Lista Federal*, contém 97 itens, incluindo defesa, negócios estrangeiros, bancos, moedas, sistema financeiro etc;

b) a Lista II, ou a *Lista Estadual*, compreende 65 itens, incluindo ordem pública, polícia, saúde pública, agricultura, educação etc;

c) a Lista III, ou a *Lista Concorrente*, menciona 47 itens tais como casamento, contratos, responsabilidade civil, trabalho e bem-estar, previdência social, planejamento econômico e social etc.

A Lista Concorrente indica as matérias sobre as quais a União e os Estados-Membros podem legislar concorrentemente, sem caráter supletivo.

Esse método tentaria evitar o conflito de competências, eliminando os poderes reservados e os implícitos, desencorajando a inovação jurisprudencial. Prevalece, todavia, a lei da União, nas matérias não enumeradas nas listas e no caso de conflito na lista concorrente, como decidiu a Suprema Corte da Índia<sup>(19)</sup>.

Nos Estados Unidos, SCHWARTZ<sup>(20)</sup> fala de “federalismo cooperativo”, que representa a consequência da centralização pela União da receita tributária, controlando de forma indireta os Estados-Membros através do

(18) KHAN, Rahmatullah. *Harmonization of Law in the Indian Federation*. Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 107.

(19) Decisões reproduzidas em KHAN, *op. cit.*, *passim*.

(20) *Op. cit.*, pp. 44, 45 e 64.

**sistema de subvenções, condicionadas a que as legislações estaduais sejam modeladas às diretrizes federais.**

A supremacia federal é uma tendência irreprimível, sobretudo com o advento do Estado social, sendo improvável um retorno ao federalismo clássico. O papel do Judiciário é de extrema relevância, adequando o federalismo às exigências dos tempos.

A questão da soberania remanescente só é cogitável, mercê de suas peculiaridades, em federações do tipo da União Soviética. A Constituição de 1977 (art. 70) prevê expressamente o princípio do federalismo socialista (liga-se ao centralismo democrático, o que leva ao predomínio da União) <sup>(21)</sup> entre Repúblicas iguais em direito. O art. 80 admite (caso único entre os Estados federais) que a República federada estabeleça relações diplomáticas com Estados estrangeiros.

A Suíça (federação autodenominada "Confederação") menciona, no art. 3.º da Constituição, a soberania "limitada pela Constituição federal", e os poderes reservados aos Cantões.

A Argentina, partindo de uma experiência inicial de Confederação, confere em sua Constituição, art. 104, os poderes reservados e "não delegados" às Províncias.

#### 5. *As soluções dos conflitos de competência e a supremacia federal*

Como já delineamos nos capítulos anteriores, os tribunais têm solucionado o conflito de competência legislativa entre a União e os Estados-Membros, lançando mão amplamente do princípio da supremacia federal. A consequência é a redução substancial do âmbito de poderes reservados e a centralização política.

A jurisprudência americana, a partir do "New Deal", não vê mais limites à competência legislativa da União, salvo no plano retórico. A decisão da Suprema Corte em considerar a Décima Emenda um "trufo" praticamente afasta a prevalência dos poderes reservados.

No que tange aos grandes interesses coletivos e difusos, a evolução do federalismo no Brasil e nos Estados Unidos recebeu motivação oposta. Tomemos, como exemplo, o problema da poluição. Nos Estados Unidos, os Estados-Membros, movidos por interesses econômicos e tributários, não têm avançado, ao contrário da legislação federal. Uma decisão da Suprema Corte, de 1980 <sup>(22)</sup>, manteve o poder do Congresso de proibir que um Estado

(21) Cf. TCHIKVADZE, V. M. *Soviet Federalism and the Development of the Legal System in the USSR*. Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 158. O centralismo democrático define a distribuição de competências, levando em conta sobretudo o planejamento do Estado. Respeitadas as leis fundamentais, há grande margem de codificação (ex: os Códigos Civis são estaduais).

(22) Transcrito por SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 61. Caso Estados Unidos versus Departamento de Segurança Rodoviária de Ohio, 685, F. 2º 1.206.



conceda licença a veículos a motor que deixem de atender os padrões de poluição do ar estabelecidos nacionalmente. A decisão baseou-se no argumento de que "o interesse federal pelo controle da poluição do ar supera, de longe, qualquer interesse estadual em permitir que veículos que não satisficam aqueles padrões usem ruas e rodovias públicas".

No Brasil, ao contrário, as tentativas nesse setor são predominantemente locais, em virtude da pressão das respectivas comunidades. A nova Constituição, acertadamente, distribui as competências de combater a poluição aos três entes políticos: União, Estados-Membros e Municípios. O controle da poluição é também matéria da legislação concorrente.

O princípio da supremacia federal deve ser encarado, no Brasil, com grandes reservas. Afinal, se a nova Constituição ampliou os poderes dos Estados-Membros, concedendo-lhes a competência concorrente que antes não tinham e distribuindo-lhes novas tarefas e mais ampla capacidade tributária, não se poderá solucionar o conflito de competências legislativas aplicando o princípio da supremacia federal de forma absoluta, como ocorreu sob a égide da Constituição de 1969.

A Constituição de 1988 mudou o rumo, para maior descentralização. O princípio, agora, é de claro fortalecimento dos poderes dos Estados-Membros, em uma federação concebida como união de Estados coordenados pela União, mas não subordinados hierarquicamente, no que se conforma com a orientação tendencial do federalismo no mundo<sup>(23)</sup>.

Como adverte ANNA CÂNDIDA CUNHA FERRAZ<sup>(24)</sup>, "a cuidadosa distribuição de competências ao Constituinte Estadual deve ser acompanhada de mecanismos eficazes com vistas à preservação dos princípios fundamentais que definem o sistema plasmado na Constituição Federal".

A supremacia federal, no sistema da competência legislativa concorrente da Constituição de 1988, é especialmente delimitada. Não é superior, além dos limites das normas gerais, isto é, na definição dos pressupostos. Fixados estes, não pode adentrar-se no campo da competência estadual das normas específicas. Neste último caso, o conflito não se resolverá pela supremacia federal mas pela inconstitucionalidade.

A competência concorrente não é cumulativa. Definidos os limites, cada centro de poder político exerce sua competência com exclusividade e sem hierarquia.

(23) ANASTOPOULOS, Jean. (*Les Aspects Financiers du Fédéralisme*, Paris, L.G.D.J., 1979), após estudos comparativos de diversas federações, conclui: a) a transformação do federalismo contemporâneo é menos comandada pela lógica da centralização do que pelo desenvolvimento de um processo de coordenação; b) essa transformação não coloca em dúvida a eficácia dos fatores de descentralização. No mesmo sentido, DALLARI (*O Estado Federal*, cit., p. 69), lembrando que os diferentes centros de poder político não estão hierarquizados.

(24) *In Poder Constituinte do Estado-Membro*. S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 282.

## 6. Normas gerais: seus limites em relação à competência concorrente dos Estados-Membros. Legislação supletiva, complementar e suplementar

A nova Constituição brasileira atendeu a sugestão da doutrina, quanto ao modo mais eficiente de traçar a repartição da competência concorrente, atribuindo à União a competência para editar normas gerais e aos Estados-Membros, as normas específicas <sup>(25)</sup> nas matérias comuns.

Foi a Constituição alemã de 1919, art. 10, a inspiradora de semelhante técnica.

Deixa-se aos Estados-Membros o vasto campo da legislação específica, delimitado pelos princípios e pressupostos das normas gerais.

As normas gerais, por seu turno, encerram uma faculdade, mas, também, uma limitação <sup>(26)</sup> evidente: não podem ser exaustivas.

As normas gerais estabelecem princípios fundamentais. Não podem especificar situações que, por sua natureza, são campo reservado aos Estados-Membros. Estão contidas pela finalidade de coordenação e uniformização.

Transpostos esses limites, as normas gerais são inconstitucionais.

A Constituição foi clara quanto ao alcance da competência federal concorrente: "a competência da União *limitar-se-á* a estabelecer normas gerais". A expressa referência a limites não é vã.

A legislação concorrente dos Estados-Membros não tem caráter *supletivo*. As normas supletivas visam preencher lacunas, deficiências ou omissões, como previa a Constituição de 1934. Esclarece PONTES DE MIRANDA <sup>(27)</sup> "que todas as leis têm lacunas, se considerarmos as que são preenchidas com elementos tirados da própria lei, ou dos princípios gerais em que ela imerge".

Não são, porém, desse tipo as lacunas que a legislação supletiva preenche. Mas, sim, de brancos deixados pelo legislador federal para preenchimento pelo legislador estadual. O legislador federal, nesse caso, é supremo em definir os limites.

Na competência concorrente, a legislação estadual é específica; move-se em campo próprio, não preenchendo lacunas.

---

(25) Esta era a proposta de HORTA, Raul Machado, in *Organização Constitucional do Federalismo*, *Revista de Informação Legislativa*, 87: 5-22, jul./set. 1985, p. 14.

(26) Cf. RAMOS, Edival da Silva. *Federação — Competência Legislativa*. *Revista de Direito Público*, 77: 126-130, jan./mar., 1986, p. 127.

(27) *Op. cit.*, p. 171.

Quando há normas gerais, a legislação estadual pode ser considerada *complementar*, prosseguindo onde ficaram as normas gerais.

Mas a Constituição de 1988 foi mais longe, quando estabeleceu que:

“Inexistindo lei federal sobre a matéria de competência concorrente, os Estados exercerão a competência legislativa suplementar para atender as suas peculiaridades.”

A legislação *suplementar* não equivale à *complementar*. Esta pressupõe a existência de outra geral. A *suplementar* pressupõe a inexistência de normas gerais e, portanto, suplementa, supre a ausência, sem limites de pressupostos, disciplinando toda a matéria.

A finalidade das normas gerais (fixação de pressupostos e harmonização) define seus limites intrínsecos.

A legislação estadual com elas se chocará se excluir, reduzir ou aumentar indevidamente pressupostos ou requisitos ou quando considerar suficiente o que nelas não for. Os pressupostos apenas poderão ser modificados pela legislação estadual, se houver previsão facultativa nas normas gerais.

#### 7. *Competência comum e competência concorrente*

A Constituição de 1988, ao lado da competência concorrente, introduz a competência comum da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Não se trata de competência legislativa *tout court*.

Dirige-se a Constituição, nessa parte, essencialmente, aos Poderes Executivos e Administrativos, inclusive à atividade regulamentar.

Em uma (competência concorrente), a tarefa é “legislar sobre”; em outra (competência comum), a tarefa é executar os encargos e objetivos comuns, sem limites específicos, preferencialmente de forma cooperativa.

Assim, tomando-se o exemplo do meio ambiente:

a) na competência concorrente, compete à União e aos Estados-Membros legislarem sobre “proteção do meio ambiente e controle da população”;

b) na competência comum, todos os entes devem “proteger o meio ambiente e combater a poluição”. Note-se o tempo imperativo dos verbos. É um comando à ação permanente.

Na competência comum ocorre uma descentralização de encargos em matéria de grande relevância social, que não podem ser prejudicadas por questões de limites e espaços de competência.

Na competência comum não pode prevalecer a supremacia de qualquer poder. O que determina a Constituição é o esforço cooperativo, sem hierarquia:

“Lei complementar fixará normas para a cooperação entre as pessoas político-administrativas, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar, em âmbito nacional.”

Essa lei complementar é distinta das normas gerais da competência concorrente, pois é materialmente constitucional, dirigindo-se, inclusive, à União. Não tem a textura das normas gerais da competência concorrente, como campo de atuação legislativa da União.

#### 8. As hipóteses constitucionais de competência concorrente

Os Estados-Membros não ficam adstritos à edição das normas gerais, pela União.

Poderão legislar, independentemente da inexistência de normas gerais, sobre todas as matérias de competência concorrente.

O advento de normas gerais implicará na imediata revogação da legislação estadual que com elas seja incompatível ou cumulativa. Não é hipótese, contudo, da aplicação da regra *lex posterior derogat priori*, ou de inconstitucionalidade, mas de simples revogação, pelo caráter necessariamente secundário e transitório da regra suplementar que fixou seus próprios pressupostos, mercê da inexistência das normas gerais. O Estado-Membro era competente para legislar integralmente sobre a matéria, não tendo havido exorbitância. Mas o exercício do poder específico da União (normas gerais), ao estabelecer os novos pressupostos, redefine os limites de cada qual, sendo, nesse ponto, preponderante.

São, ao todo, dezesseis itens, em amplo espectro, absorvendo, inclusive, as matérias que a Constituição de 1969 atribuiu à competência da União.

Os Estados-Membros poderão editar legislações específicas, inclusive Códigos, observadas as normas gerais (a exemplo das “leis fundamentais” de outras federações), sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico, urbanístico, processual de pequenas causas e previdenciário.

Sobre o direito do menor (e parcialmente de direito de família) poderá editar normas de proteção à infância e à juventude, não se resumindo ao menor em situação irregular. É inovação que muito contribuirá para efetivação dos direitos da criança.

Não é exagero dizer que o núcleo da Constituição no mundo contemporâneo deslocou-se da organização do Estado (e até mesmo dos direitos fundamentais) para a ordem econômica e social. A atribuição de competência concorrente aos Estados-Membros sobre direito econômico e urbanístico (que envolve a problemática da ecologia e do meio ambiente) constitui substancial divisão de poderes.

Quanto ao direito penitenciário, não se limita a regimes penitenciários, como previa a Constituição de 1969. Os conceitos de desvio, delitos e penas têm sido repensados, havendo estudos que indicam a total abolição das penas<sup>(28)</sup>. A diversidade de legislações estaduais poderá contribuir para um equilíbrio mais adequado entre aumento da violência e pena.

No que respeita aos novos direitos coletivos (ou interesses difusos) destaque especial deve ser dado às proteções do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio histórico, artístico, cultural, paisagístico e turístico. São questões que interessam, acima de tudo, às comunidades locais, com maior probabilidade de participação e solução dos problemas, tendo o legislador mais próximo. A competência não se resume às medidas de proteção, mas à importante atribuição de responsabilidade por dano a esses bens sociais.

Sob a égide da Constituição de 1891 alguns Estados-Membros chegaram a editar Códigos de processo. Agora, a nova Constituição retoma um pouco dessa competência, permitindo a legislação concorrente sobre direito processual relativo às pequenas causas e a procedimentos. Cresce a convicção que os procedimentos excessivamente formais e burocráticos são a causa maior da crise do Judiciário. Maior flexibilidade nos procedimentos poderá ampliar o acesso da população à prestação jurisdicional. A manutenção dos atuais Códigos de processo nacionais será um obstáculo: poderão ser entendidos como "normas gerais", quanto aos procedimentos, inibindo a iniciativa dos Estados, embora não proibindo sua criatividade, nessa matéria. Afinal, o que não for entendido como pressupostos, requisitos essenciais, poderão ser alterados pelos Estados-Membros, no âmbito do que se constituam normas especiais, não prevalecendo as normas antigas.

Quanto à educação, à cultura e aos esportes, a lei federal não mais poderá ser exaustiva, como é hoje, pois ultrapassará os limites das "normas gerais".

A Previdência Social não se restringe aos servidores dos Estados-Membros. A disposição constitucional é genérica.

A proteção e a defesa da saúde sofreu uma interpretação largamente restritiva do Supremo Tribunal Federal. São conhecidas suas decisões declarando inconstitucionais, por exemplo, as legislações dos Estados-Membros

(28) Cf. SCHEERER, Sebastian. *Towards Abolitionism*, Contemporary Crisis 10: 5-20, 1986 (Dordrecht-Netherlands).

que pretenderam controlar o uso de agrotóxicos, que tantos danos têm causado aos territórios e à população dos Estados-Membros. Essa matéria, de profundos reflexos no meio ambiente, foi considerada vinculada à proteção à saúde, cuja competência legislativa a Constituição de 1969 atribuiu à União, cabendo aos Estados-Membros as normas supletivas. Esse entendimento não pode mais prevalecer, tendo em vista a natureza da competência concorrente, incompatível com a legislação supletiva.

## 9. Conclusões

A introdução da competência concorrente na Constituição de 1988 representa um passo importante para o fortalecimento de um federalismo de equilíbrio, no Brasil.

O modelo clássico do federalismo dual sofreu profundas transformações, inclusive nos Estados Unidos. O modelo dos poderes reservados — criação genial dos federalistas americanos para superarem as resistências das ex-Colônias a um Governo central — perdeu, ao longo da história, sua importância fundamental, tendo fenecido sua função de chave da distribuição das competências, em especial por dois motivos:

I) a doutrina dos poderes implícitos, a partir da decisão da Suprema Corte, em 1819;

II) a doutrina da supremacia federal, consolidada em decisões da Suprema Corte que validaram a legislação do New Deal, desde 1933.

O sistema de subvenções, implicando no controle indireto da União sobre os Estados-Membros, nos Estados Unidos, levou à concepção de um novo federalismo desigual, denominado de "cooperativo".

O federalismo em sua pátria de origem (os Estados Unidos) tomou rumo crescente de centralização política, com grande desnível de distribuição de competência legislativa, em prejuízo dos Estados-Membros.

No Brasil, a evolução foi diversa: a federação representou a autonomia dos Estados-Membros (ex-Províncias), no rumo da descentralização política. A Constituição de 1988 reencontra essa tendência, interrompida nos momentos de centralismo autoritário que agitaram a vida republicana. Por essa razão, o modelo das competências reservadas não deu certo, servindo para aguçá-la limitação da competência estadual. No Brasil não houve e não há delegação de poderes dos Estados à União, reservando-se os demais. A delegação a ambos centros de poder é ato do Poder Constituinte, como representação do povo o que dá origem à repartição das competências.

A legislação concorrente representa um terceiro nível de competência não experimentado, no Brasil, até à Constituição de 1988. A União continua

com os poderes enumerados (e implícitos), os Estados-Membros com os poderes não enumerados (ou reservados) e ambos os lados passam a ter uma área comum, onde legislarão concorrentemente, segundo critérios delimitados: a União edita normas gerais, não exaustivas, e os Estados-Membros editam as normas específicas (complementares ou suplementares).

A solução brasileira está a meio caminho entre o federalismo atual americano (a) poderes reservados dos Estados-Membros limitados pela supremacia legislativa federal e (b) poderes enumerados e implícitos da União) e o federalismo da Índia, cuja Constituição prevê três listas de poderes (ou competências) enumerados: a lista federal, a lista estadual e a lista concorrente.

A eficácia do sistema dependerá da interpretação construtiva do Supremo Tribunal Federal, como árbitro constitucional do federalismo, especialmente no que concerne às limitações de forma e conteúdo das normas gerais da União, que não podem ser exaustivas e devem atender à finalidade de harmonização e de fixação de pressupostos. A competência legislativa dos Estados-Membros não é supletiva (preenchendo brancos que o legislador federal lhes facultou), porém própria e exclusiva no seu âmbito, respeitados os pressupostos gerais e os princípios da Constituição.

A competência concorrente, de função legislativa, não se confunde com a competência comum, caracterizada pelo comando constitucional à atuação cooperativa de todos os entes político-administrativos com relação às matérias enumeradas. É competência de execução e não legislativa "tout court".

Como palavra final, fica a expectativa de que o federalismo cumpra seu destino contemporâneo de contribuir para o fortalecimento da democracia participativa e da cidadania.

#### BIBLIOGRAFIA

- ANASTOPOULOS, Jean. *Les Aspects Financiers du Fédéralisme*. Paris, L.G. D. J. 1979.
- ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires, A-Z Editores, 1982.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo, R. dos Tribunais, 1985.
- BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira — Comentários*. Rio de Janeiro, T.C.L.T., 1902.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federativa Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1932.

- BRASIL. Assembléa Nacional Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil* (redação aprovada no 2º Turno). Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.
- . *Constituições do Brasil*. Brasília, Senado Federal., 1986.
- DALLARI, Dalmo. *O Estado Federal*. São Paulo, Ática, 1986.
- . *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo, Saraiva, 1976.
- EUA. *Declaração de Independência — Constituição dos EUA*. Brasília, Embaixada dos EUA, S/data.
- FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1979.
- FOX, Eleonor. *Federalism, Extraterritoriality and Economic Regulation*. Texto de aula, 1988.
- HAMILTON. *El Federalista*. Trad. de Gustavo R. Velasco. México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- HAZARD, John. *Federalism and Development of Legal Systems*. Bruxelles, Bruylant, 1971.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo, Ed. Mestre Jou, 1968.
- HORTA, Raul Machado. *Organização Constitucional do Federalismo*. *Revista de Informação Legislativa*, 87: 5-22, jul./set., 1985.
- KARST, Kenneth L. *Out of Many, One: The Judiciary and the Harmonization of Law in the United States*. Bruxelles, Bruylant, 1971.
- KHAN, Rahmatullah. *Harmonization of Law in the Indian Federation*. Bruxelles, Bruylant, 1971.
- LECWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona, Ed. Ariel, 1970.
- MADISON. *El Federalista*. Trad. de Gustavo R. Velasco. México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- MIRANDA, Jorge (Org.). *Constituição de Diversos Países* (2 volumes). Lisboa. Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1986.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo II, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1970.
- RAMOS, Elival da Silva. *Federação — Competência Legislativa*. *Revista de Direito Público*, 77: 126-130, jan./mar., 1986.
- SCHEEERER, Sebastian. *Towards Abolitionism*. *Contemporary Crisis* 10: 5-20, 1986 (Netherlands).
- TCHIKVADZE, V. M. *Soviet Federalism and the Development of the Legal System in the USSR*. Bruxelles, Bruylant, 1971.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la Democracie en Amérique*. Paris, L. de Médicis, 1951, vol. I.
- VARELA, Alfredo. *Direito Constitucional Brasileiro — Reforma das Instituições Nacionais*. Rio, Garnier, 1902.
- SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Trad. de Elcio Cerqueira. Rio, Forense Univ., 1984.
- URSS. *Constituição (Lei Fundamental)*. Moscou, Ed. Progresso, 1981.
- ZWEIGERT, Konrad. *Federalism in West Germany*. Bruxelles, Bruylant, 1971.



# O Poder Legislativo, temporalidade e espaciologia

PAULINO JACQUES

Prof. Emérito da UERJ

## SUMÁRIO

*I — Origem e evolução. II — As relações entre os Poderes Políticos. III — O Primado do Poder Legislativo. IV — O clímax do Poder Legislativo.*

### I — Origem e evolução

1. É na civilização grega, principalmente na velha Atenas, e, mais tarde, na civilização romana, principalmente na antiga Roma, que encontramos as formas mais definidas, embora rudimentares, do, hoje, denominado Poder Legislativo.

2. Realmente, nas referidas civilizações já se manifesta o bicameralismo, ainda que em forma elementar (Assembléia Popular e Senado) — como ensinam FUSTEL DE COULANGES, GLOTZ e CROISSET.

3. O povo, reunido em praça pública, formava a Assembléia Popular (*Eclesia*, em Atenas, e *Comitia*, em Roma). Da Assembléia Popular só participavam os cidadãos (*Politai*, em Atenas; e *cives*, em Roma), aos quais incumbia eleger diretamente e por processo simples todas as magistraturas políticas, inclusive o Senado, a atual Câmara Alta — no período áureo da civilização greco-romana.

## II — As relações entre os Poderes Políticos

LOCKE, em 1690, no seu *Second Treaty on Civil Government*, "enumerou quatro poderes políticos: Legislativo, Executivo, Federal e Discrecional, sustentando o primado dos dois primeiros (Legislativo e Executivo) e admitindo, afinal, a redução de todos esses Poderes a um só, o Legislativo.

MONTESQUIEU, em 1748, no seu *De l'Esprit des Lois*, enunciou os três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos.

KANT, em 1797, nos seus *Metaphysiche Anfangsgünder der Rechtslehre*, sustentou a coordenação entre si dos Poderes Políticos para prevenir a primazia de um sobre o outro.

4. É certo que ROUSSEAU, em 1762, no seu *Contrat Social*, cuidara do assunto, porém, em bases antitéticas, fundado nos seus postulados — "a lei é a expressão da vontade geral" e "o homem é bom, a sociedade que o corrompe" — com que defendia uma ordem político-jurídica tão próxima da natureza quanto possível — conforme demonstramos em estudo de nossa autoria *As Idéias Políticas de Jean-Jacques Rousseau* publicadas em 1962.

5. Na Inglaterra, cuja política jurídica foi sempre empírica, o Poder Legislativo, denominado Parlamento, ainda hoje, surgiu do Grande Conselho do Rei, nos reinados de ETELBERTO (560 d.C.), ALFREDO (890 d.C.) e CANUTO (1016 d.C.). Com a denominação originária de "Concilium Principum (Conselho de Chefes Militares) e Curia Regis (composta de Barões, Bispos, Arcebispos e Abades) — conforme ensina F. W. MAITLAND, in *The Constitutional History of England*.

Mais tarde, o grande Conselho do Rei passou a denominar-se Conselho dos Lordes, integrado por membros da Família Real, Barões, Bispos, Arcebispos e Abades. Das reuniões dos Lordes participavam dois representantes dos cavaleiros dos Condados e dois dos burgueses da cidade embora como simples observadores naquela Assembléa.

Por inspiração de SIMON DE MONFORT, cunhado do Rei Henrique III, os representantes dos cavaleiros e burgueses passaram a reunir-se em separado dos Lordes em verdadeira conspiração. Daí, o advento da Câmara dos Comuns, que, ao lado da Câmara dos Lordes, formou o chamado Parlamento Modelo de 1295, ainda vigente em nossos dias, com algumas alterações.

6. No Brasil, o Poder Legislativo foi sempre bicameral (Câmara dos Deputados e Senado), embora, sob o regime monárquico, tenha havido

quatro Poderes (Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador). Este último Poder era considerado "A chave de toda organização política e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos" (art. 98 da Constituição do Império de 1824). Com esse primado do Poder Moderador, os referidos quatro Poderes ficavam reduzidos a um só, o Poder do Imperador, cuja pessoa era "inviolável e sagrada, não ficando sujeito a responsabilidade alguma" (art. 99 da Constituição do Império do Brasil) — controlava ação dos outros Poderes. É certo que, a partir de 1847, quando foi criado o cargo de Primeiro Ministro, o que ensejou o advento do Governo Parlamentar mitigado, o Imperador passou a governar, em geral, de acordo com o Conselho de Ministros — conforme demonstramos no livro de nossa autoria publicado em 1982 *O Governo Parlamentar e a Crise Brasileira*.

A República, entre nós, consagrou o princípio MONTESQUENIANO da "independência e harmonia dos Poderes" (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, arts. 15 e 79). Porém, em 1934, adotou a fórmula kantiana dos "Poderes coordenados entre si" (arts. 3.º e 88 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934). Não havendo funcionado bem a técnica kantiana, o Brasil retornou, em 1946, ao sistema montesqueneano consagrado em 1891 (Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, arts. 36, § 1.º) — consoante observamos em *A Constituição Federal Explicada*, de PAULINO JACQUES, Rio de Janeiro, Editora Forense.

### III — O primado do Poder Legislativo

É no regime de Governo Parlamentar, ou seja, no Parlamentarismo, que se manifesta a primazia do Poder Legislativo. São variadas as formas como se apresenta essa primazia. No livro de nossa autoria, *O Governo Parlamentar e a Crise Brasileira*, acima referido, examinamos dezessete tipos, com as respectivas peculiaridades.

Neste capítulo, vamos acentuar, apenas, as modificações mais significativas que esse regime de Governo vem sofrendo ultimamente.

Assim, na Inglaterra, considerada a pátria do Parlamentarismo, a partir do Governo de Margareth Thatcher, ocorre a responsabilidade individual de Ministro de Estado, quando a responsabilidade governamental foi sempre coletiva, com a conhecida "moção de desconfiança".

Na França, de acordo com a Constituição de 1958, o Presidente da República é eleito diretamente pelo povo. Na Alemanha Ocidental, segundo

a Constituição de 1949, o Presidente da República, embora eleito por um colégio eleitoral, fica sujeito a destituição em certos casos previstos.

No Brasil Monárquico, a partir de 1847, com a criação do cargo de Primeiro Ministro, funcionou um regime de governo parlamentar mitigado (veja de PAULINO JACQUES, *O Governo Parlamentar e a Crise Brasileira*, cit. Capítulo X — 2.ª parte). No Brasil Republicano, com a Emenda Constitucional n.º 4, de 2 de setembro de 1961, instituiu-se um sistema, com as suas peculiaridades (veja de PAULINO JACQUES, *O Governo Parlamentar do Brasil*, Capítulo III). Infelizmente, esse sistema de governo que podia ter funcionado bem, foi extinto pela Emenda Constitucional n.º 6, de 23 de janeiro de 1963.

#### IV — *O clímax do Poder Legislativo*

O federalismo e a tridimensionalidade institucional constituem o fenómeno fundamental do clímax do Poder Legislativo.

A pretensa incompatibilidade ao federalismo com o governo parlamentar é afastada pelos próprios fatos, como o demonstram o Canadá, a Austrália, a União Sul-Africana, a Áustria e a Alemanha Ocidental, onde o sistema funciona plenamente.

A tridimensionalidade institucional decorre do princípio geral de que os Estados-Membros se regerão pelas "Constituições e leis que adotarem, respeitados os princípios fundamentais da União", entre os quais se inclui, no caso, o governo parlamentar. Importa dizer que, havendo parlamentarismo na União, não pode deixar de existir nos Estados-Membros, que se organizam à imagem e semelhança da União.

Também os Municípios, com autonomia dos interesses peculiares, organizar-se-ão sem desrespeito aos princípios gerais dos Estados-Membros que integram. Vale dizer que, havendo parlamentarismo nos Estados-Membros, não poderá deixar de existir nos respectivos Municípios.

É o parlamentarismo organizado e funcionando nas três dimensões estatais — União, Estados-Membros e Municípios. (veja de PAULINO JACQUES, *O Governo Parlamentar e a Crise Brasileira*, Capítulo XXXVI, onde o assunto é estudado minuciosamente, inclusive com organograma, cit.)

O tempo e o espaço, as coordenadas da existência em todas as formas de fenomenidade, bem explicam, como se vê, a importância e a significação do Poder Legislativo.

# Constituição:

## Uma tentativa de compreensão

JOSÉ ROBERTO FERNANDES CASTILHO

Procurador do Estado de São Paulo

Entende-se por Constituição um conjunto de normas jurídicas superiores às demais e que tratam de disciplinar o poder político e de garantir os direitos fundamentais do homem. Tal enunciado, montado a partir de inúmeras definições propostas pela doutrina, apresenta a Constituição como um conjunto de normas jurídicas que se distinguem em razão da hierarquia e da matéria.

O termo "Constituição" deve ser escrito com *c* maiúsculo para caracterizar a diferença existente entre a Constituição do Estado e a constituição de todas as coisas. Tudo o que existe tem a sua constituição, ensina o Prof. Goffredo Telles Jr. Mas a Constituição do Estado, enquanto documento escrito e solene, surgiu somente no século XVIII. As duas Constituições desse período, as quais, por serem as primeiras, se tornaram paradigma

para as outras, foram a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e a primeira Constituição francesa, de 1791.

A Constituição ocupa o ápice da hierarquia das normas de um ordenamento jurídico por duas razões principais. Em primeiro lugar, porque ela é produto de um Poder Constituinte, ou seja, de um Poder que é distinto dos Poderes Constituídos (Legislativo, Executivo, Judiciário) e que é superior a eles na medida em que os originou e estabeleceu as suas atribuições.

O Poder Constituinte, metajurídico por excelência, pertence ao povo do Estado, povo que é titular da soberania e, nesse sentido, a Constituição nada mais é do que o sistema de normas que organizam os elementos constitutivos do Estado (povo, território e poder soberano), determinando a forma pela qual serão regidos para a consecução da finalidade do Estado, o bem comum. A Constituição traça, pois, os grandes princípios inspiradores do sistema (democracia, federação etc. — daí o caráter predominantemente lacônico de suas normas, de que fala, por exemplo, CELSO BASTOS), os quais serão desdobrados pela legislação infraconstitucional.

A segunda razão da supremacia da Constituição é a sua rigidez. A Constituição normalmente é rígida (no Brasil todas, com exceção da Imperial), no sentido da maior dificuldade para sua modificação em face das outras normas do ordenamento. A Constituição brasileira em vigor, por exemplo, exige o *quorum* de três quintos dos votos dos membros de cada Câmara do Congresso Nacional para aprovação das emendas constitucionais (art. 60, § 2.º), enquanto o *quorum* de aprovação das leis ordinárias é de maioria simples, presente a maioria absoluta dos membros de cada Casa (art. 47).

Portanto, a supremacia da Constituição decorre da sua origem e da sua rigidez, mas, por outro lado, do princípio da supremacia resulta o da compatibilidade vertical das normas do ordenamento. Segundo esse princípio, as normas de grau inferior somente terão validade se forem compatíveis com as normas de grau superior, consubstanciadas na Constituição. “As que não forem compatíveis com ela serão inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores” (JOSÉ AFONSO DA SILVA).

Então, o ato inconstitucional não poderia, a rigor, gerar efeitos, de vez que, segundo RUI BARBOSA, ele é nulo e frito por definição. Daí a

importância que têm os instrumentos de declaração da inconstitucionalidade dos atos normativos.

Quanto ao seu conteúdo, a Constituição foi e ainda é um instrumento de proteção do povo contra o poder, especialmente contra o poder absoluto. Ela impõe regras que disciplinam o poder político, limitando-o. Essa idéia tem sua origem no mesmo século XVIII, quando se afirmam teorias que tiveram decisiva influência na formação do movimento jurídico e político denominado "constitucionalismo".

Uma dessas teorias foi a da "separação de poderes" (*rectius*: distribuição de funções), cuja feição definitiva foi dada por MONTESQUIEU. Segundo ele, se o Estado exerce funções diferenciadas (o que, entre outros, ARISTÓTELES já havia assinalado), devem elas ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, de maneira que possam controlar-se reciprocamente, pois "só o poder detém o poder". Trata-se de quebrar o poder do Estado, fazendo com que a "massa do poder estatal" (BOBBIO) não seja concentrada numa só pessoa e, mais do que isso, trata-se de obter sua paralisação, tida por desejável no combate ao absolutismo.

Essa teoria teve tamanha consagração, que o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe: "Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição".

A garantia dos direitos, por sua vez, está ligada à teoria dos direitos naturais do homem, ou jusnaturalismo, que também integra aquele grupo de teorias que se opunham ao absolutismo. Ensina BOBBIO que, "segundo esta teoria, o poder do Estado tem limite externo, que decorre do fato de que, além do direito proposto pela vontade do príncipe (direito positivo), existe um direito que não é proposto por vontade alguma, mas pertence ao indivíduo e a todos os indivíduos, pela sua própria natureza de homem. Estes direitos são os direitos naturais que, preexistindo ao Estado, dele não dependem e, não dependendo do Estado, o Estado tem o dever de reconhecê-los integralmente" (1).

---

(1) NORBERTO BOBBIO, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 15-16.

Aliás, a Declaração de 1789 é um reconhecimento explícito e solene dos "direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem", que o art. 2.º especifica: "a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão". Cabe anotar, de passagem, que o último direito arrolado caiu logo em total esquecimento, sendo que já na Declaração de Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da República francesa de 1795, não se faz mais menção a ele.

Porém, hoje, pode-se dizer que tanto a teoria da separação de poderes quanto a teoria dos direitos naturais do homem estão ultrapassadas.

No que tange à primeira, o Prof. DALMO DALLARI é taxativo: "o dogma está superado" (2). Isto porque o Estado Social contemporâneo exige uma atuação pronta e constante do Estado para "suavizar as injustiças e opressões econômicas que se desenvolveram à sombra do liberalismo" (JOSÉ AFONSO DA SILVA). Ora, como vimos, a "separação de poderes" vai em sentido diametralmente oposto, buscando "limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação". A máxima de MONTESQUIEU, antes citada, deve ser entendida hoje no sentido de que só o poder político pode deter o poder econômico e eliminar ou amortecer as contradições brutais que ele engendra.

O Ministro Moreira Alves, no discurso de instalação do Congresso Constituinte afirmou a respeito: "Para alcançar a justiça social é indispensável a intervenção do Estado que, no Ocidente, atua como elemento de conciliação entre o capital e o trabalho e procura diminuir as desigualdades sócio-econômicas. É o Estado social, que não se compatibiliza com a rígida separação dos poderes, que o enfraquece, mas demanda — e até a complexidade da civilização moderna o exige — a atenuação dela".

Portanto, a disciplina do poder político indica presentemente outros rumos além da "separação de poderes", a qual se apresenta hoje como distribuição orgânica do poder, admitindo várias derrogações de princípios

---

(2) DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Saraiva, 1979, n.º 120: "Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma está superado"...



da teoria de MONTESQUIEU. Assim, os três poderes exercem as três funções (se bem que em grau diverso), a delegação de poderes é um fato normal, bem como a transferência constitucional de competência para o Executivo etc. E mais, no regime de governo dito parlamentarista, o Legislativo e o Executivo são interdependentes.

A par da distribuição orgânica se coloca a distribuição espacial do poder, expressão que designa a existência de repartição de competência entre entes distintos dentro do território do Estado, determinando a chamada forma de Estado. As federações, os Estados unitários e os modernos Estados regionais são modelos desse arranjo geográfico do poder.

É bem verdade, no entanto, que o modelo federativo está em crise, pois, no Estado contemporâneo, “a concentração de poder tende cada vez mais a anular o que ainda resta de autonomia nas coletividades políticas participantes da composição federativa, mas permitindo distingui-las das unidades que integram o Estado unitário descentralizado” (PAULO BONAVIDES). O plano do desenvolvimento econômico, que se coloca como o grande objetivo dos Estados do Terceiro Mundo — e não só deles —, talvez justifique a superação da velha regra de autonomia e participação, que regia as federações.

Os dois modos de distribuição do poder, citados, têm por base óbvia a soberania popular, já que, como escreve DUVERGER, se nem todas as nações do mundo atual são democráticas, todas se proclamam democráticas (3).

Por outro lado, o jusnaturalismo também está morto. Para BOBBIO, a corrente de pensamento que decretou sua morte foi o historicismo, especialmente o historicismo jurídico que se manifesta na Escola histórica do Direito (4). Mas pode-se também afirmar o declínio do jusnaturalismo por-

---

(3) Cf. MAURICE DUVERGER, “Os Grandes Sistemas Políticos”, Almedina, 1985, p. 21: “Nem todas as nações do mundo atual são democráticas: a maior parte são, pelo contrário, ditaduras mais ou menos monolíticas, mais ou menos repressivas. Mas todas se reclamam dos valores democráticos, se proclamam democráticas, se referem a um mesmo modelo democrático”.

(4) Cf. NORBERTO BOBBIO e MICHELANGELO BOVERO, *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, Brasillense, 1986, pp. 14-15.

que o Estado democrático moderno determinou o surgimento de direitos ou liberdades tão importantes quanto as “naturais”. O panorama das liberdades públicas no Estado moderno abrange (1) a “libertà dallo Stato” (os direitos individuais), (2) a “libertà nello Stato” (os direitos políticos) e (3) a “libertà mediante lo Stato” (os direitos sociais). Os direitos individuais proclamados pelo jusnaturalismo eram de caráter eminentemente negativos, pois exigiam uma inação do Estado. Porém, é certo que eles não bastam para a garantia do “desenvolvimento integral da personalidade humana” (Papa João XXIII). Isto porque a liberdade política pode reduzir-se à liberdade de morrer de fome, como lembrou o Ministro Moreira Alves no seu discurso.

Os direitos sociais, ao contrário, caracterizam-se por serem positivos, no sentido de exigirem prestações positivas por parte do Estado: direito à saúde, à habitação, ao trabalho etc. Eles pressupõem a intervenção do Estado no jogo dos agentes econômicos. Da mesma forma, os direitos políticos visam à efetiva participação do povo no poder, seja através de eleições regulares (condição necessária mas não suficiente da democracia), seja através de mecanismos de controle ativo da ação dos governantes, como a ação popular.

Por fim, é importante ressaltar que a disciplina do poder e a garantia dos direitos estão intimamente ligadas, podendo ser desenhadas como pólos de um mesmo eixo. Assim, o exercício democrático do poder dá origem a toda uma gama de direitos, que vão dos direitos políticos e sociais aos direitos de informação e de representação. E vice-versa, as liberdades públicas geram toda uma série de proibições ao poder político, proibições essas que PONTES DE MIRANDA insere num princípio que denomina “da vedação da ingerência do Estado na esfera da liberdade”.

Concluindo, é de se concordar com o Prof. FÁBIO COMPARATO quando diz que a razão de ser da Constituição está na disciplina do poder<sup>(5)</sup>, devendo ser anotado, no entanto, que o poder há de ser disciplinado não apenas para não interferir em determinadas liberdades, como também para proporcionar o surgimento de outras.

---

(5) FÁBIO KONDER COMPARATO, *Educação, Estado e Poder*, Brasiliense, 1987, p. 20: “A razão de ser de uma Constituição é controlar o poder, é prevenir o abuso”.

# Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão

ADHEMAR FERREIRA MACIEL  
Juiz do Tribunal Regional Federal (1ª Re-  
gião) e Professor da Faculdade de Direito  
Milton Campos, em Belo Horizonte

## SUMÁRIO

*I — Inovações constitucionais. Mandado de injunção. Ação de inconstitucionalidade por omissão. Adaptação e não adoção de institutos jurídicos estrangeiros. Simpatia do Judiciário na interpretação. II — Mandado de injunção. Competência dos Tribunais. III — Anteprojeto Afonso Arinos. Projetos "A" e "B" da Comissão de Sistematização. Redação final. IV — Sugestões nºs 155-4 e 156-2, do Senador Virgílio Távora e do Deputado Carlos Virgílio. Art. 283º da Constituição de Portugal. Sugestão nº 367-1, do Senador Ruy Bacelar. Emendas. V — Mandado de garantia constitucional. Mandado de garantia social. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão: dois institutos diferentes. VI — Necessidade ou não de regulação do mandado de injunção. VII — Legitimação ativa e passiva. VIII — Writ of injunction norte-americano e a Verfassungsbeschwerde alemã.*

*I — Inovações constitucionais. Mandado de injunção. Ação de inconstitucionalidade por omissão. Adaptação e não adoção de institutos jurídicos estrangeiros. Simpatia do Judiciário na interpretação*

OCTAVIO PAZ, o grande ensaísta e pensador mexicano, em sua obra *Templo Nublado*, ao estabelecer um paralelo entre a América Latina, os Estados Unidos e a França, diz que nesses últimos países as revoluções resultaram de uma evolução histórica. Lá, além da elite intelectual, havia uma classe média já imbuída da ideologia liberal e democrática.

---

"La norma fondamentale è il criterio supremo che permette di stabilire l'appartenenza di una norma ad un ordinamento, in altre parole, è il fondamento di validità di tutte le norme del sistema". (NORBERTO BOBBIO in *Teoria dell' Ordinamento Giuridico*. Torino, G. Giappichelli, p. 56).

“A Revolução norte-americana fundou uma nação; a francesa mudou e renovou a sociedade; as Revoluções da América Latina fracassaram em um de seus objetivos centrais: a modernização política, social e econômica” (1).

Na América Latina, de um modo geral, os movimentos “adotaram” e “não adaptaram” os programas alheios. Quase tudo fica no “papel” (2).

Nossa nova Constituição contém, como não poderia deixar de conter, institutos de origem estrangeira. Não basta adotá-los. Precisamos adaptá-los à nossa realidade cultural e social. Essa é tarefa por excelência do Judiciário.

Tivemos uma experiência frustrante do início de nossa vida republicana. Em 30-11-1894 foi promulgada a Lei n.º 221, inspirada, como o Decreto n.º 848/1890, do *Judiciary Act* norte-Americano de 1789. Foi a primeira tentativa, através de uma ação sumária, de pôr ao alcance do administrado instrumento processual para anular atos ilegais do poder público. Essa lei simplesmente não funcionou, vez que tanto nossos magistrados quanto os próprios jurisdicionados não se achavam à altura dela.

A Constituição Federal de 1988, na parte referente aos direitos humanos (3), traz muita inovação em relação às Constituições e Cartas anteriores. Começa pela “localização” dos direitos e garantias fundamentais. À semelhança das modernas Constituições da Espanha (1978), de Portugal (1976) e da Itália (1947), os “Direitos e Garantias Fundamentais” vêm imediatamente depois dos “Princípios Fundamentais” (Título I), isto é, no início e não no fim do corpo (4).

(1) Editora Guanabara, p. 218.

(2) *Id.*, p. 218.

(3) NICOLA MATTEUCCI divide os “direitos humanos” em “civís”, “políticos” e “sociais”. “Os primeiros são aqueles que dizem respeito à personalidade do indivíduo (liberdade pessoal, de pensamento, de religião, de reunião e liberdade econômica), através da qual é garantida a ele uma esfera de arbítrio e licitude, desde que seu comportamento não viole o direito dos outros. Os direitos civís obrigam o Estado a uma atitude de não impedimento, a uma abstenção. Os direitos políticos (liberdade de associação nos partidos, direitos eleitorais) estão ligados à formação do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos políticos do Estado. Os direitos sociais (direito ao trabalho, à assistência, ao estudo, à tutela da saúde, liberdade da miséria e do medo), maturados pelas novas exigências da sociedade industrial, implicam, por seu lado, um comportamento ativo por parte do Estado de garantir aos cidadãos uma situação de certeza” (*Dicionário de Política* — BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO — UnB).

(4) Embora se possa considerar a “*Fundamental Orders of Connecticut*”, de 14-1-1639, como o protótipo dos estatutos políticos modernos, inegavelmente é o *Bill of Rights* do Estado da Virgínia, de 12-6-1776, o cerne dos “Direitos e Garantias Fundamentais de nossas Constituições”. Nele se inspiraram diretamente a famosa e quase bicentenária “*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*”, da França, como a primeira emenda à Constituição norte-americana (ratificada em 15-12-1791). O *Virginia Bill of Rights* foi esboçado por GEORGE MASON (Consulte *Documents of American History*, editado por HENRY STEELE COMMAGER — 6th edition — Appleton-Century-Crofts, Inc. New York — 1958 — p. 103).

Dentre outras novidades, o art. 5.º, Título II, do Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), introduz o *habeas-data*, o *mandado de segurança coletivo* e o *mandado de injunção*. Esse último instituto tem preocupado os estudiosos e até mesmo os curiosos. A todo instante estamos ouvindo indagações como: “De onde veio esse instituto?” “É de direito anglo-americano?” “É invenção brasileira?” “É auto-aplicável?”

O art. 103, ao estabelecer os órgãos ou pessoas ativamente legitimados para o ajuizamento do Supremo Tribunal Federal da ação de inconstitucionalidade, fala, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, em “inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional” (§ 2.º).

Embora com um ou outro defeito genético e alguns arroubos até ingênuos, que fazem lembrar o jusnaturalismo e o contratualismo líricos dos séculos XVII e XVIII, é inegável que a Constituição traz, sobretudo no campo dos direitos humanos, muita coisa importante. Caberá principalmente ao juiz, no controle difuso da constitucionalidade das leis e atos do poder público<sup>(5)</sup>, ao interpretá-la, ao dar-lhe prevalência, extrair tudo de novo e útil que ela nos oferece.

Lembrando PONTES DE MIRANDA, a primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é a simpatia. “Com a antipatia não se interpreta, ataca-se”<sup>(6)</sup>. Assim, os juízes, para que também cumpram o papel que a Constituição nova lhes dá e o povo muito deles espera, têm de agir como autênticos integrantes de um “Poder”, isto é, têm que agir com independência, com a única preocupação de propiciar a estabilidade social. Se nós, juízes, não nos conscientizarmos de nossa importância, corremos o risco de fracassar e, em decorrência, deitar a perder o que se acha na Constituição à espera de fecundação e vida.

O inciso LXXI, do art. 5.º, assim dispõe:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e

---

(5) O controle “difuso”, também chamado “sistema norte-americano de controle da constitucionalidade das leis”, recebe esse nome — “difuso” — porque não é atribuição de órgão único (“sistema concentrado”), mas de todo e qualquer juiz, seja ele juiz ordinário ou juiz de jurisdição especial. E, pode-se dizer, invenção da jurisprudência americana, sobretudo a partir do *leading case* “*Marbury v. Madison*” — 1. Cranch 137 (1803). HAMILTON, inspirado ou não nos tribunais forais de Aragão, depois de dizer que o Judiciário é o mais fraco dos Poderes, vez que não tem a espada do Executivo nem a bolsa do Legislativo, frisa: “É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação” (O *Federalista*, nº 78, Ed. UnB, p. 578).

(6) Prólogo aos “Comentários à Constituição de 1946” — 4ª ed. — Borsoi — 1963.

liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

.....  
O § 1.º desse mesmo art. 5.º, a sua vez, reza:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

## II — *Mandado de injunção. Competências dos Tribunais*

Na parte referente às competências dos órgãos do Judiciário, o mandado de injunção aparece nas seguintes passagens constitucionais:

### *Supremo Tribunal Federal*

Art. 102, I, competência originária:

“q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

Art. 102, II, competência recursal:

“a) . . . o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

### *Superior Tribunal de Justiça*

Art. 105, I, competência originária:

“h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”.

No tocante à competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, não se faz qualquer alusão a mandado de injunção.

Quanto aos Tribunais Regionais Federais e aos Juizes Federais, o instituto de mandado de injunção não aparece, salvo de modo indireto (*supra*, art. 105, I, h).

Quanto aos “Tribunais e Juizes do Trabalho” também não há referência, a não ser a indireta da alínea h, I do art. 105. De acordo com o art. 113,

fica a cargo da lei (ordinária) dispor sobre a competência dos órgãos da Justiça do Trabalho.

No relativo à Justiça Eleitoral, o mandado de injunção surge na competência recursal do Tribunal Superior Eleitoral (art. 121, § 4.º, V) de decisões denegatórias dos Tribunais Regionais Eleitorais. De acordo com o art. 121 fica a cargo de “lei complementar” dispor sobre a competência dos “tribunais, dos juízes de direito (*rectius*: “juízes eleitorais”) e das juntas eleitorais”.

Quanto à Justiça Militar, a Constituição, após fixar a sua matéria — “crimes militares definidos em lei” —, joga para a lei ordinária a sua organização, funcionamento e competência.

Por último, quanto à Justiça Estadual, diz que “observados os princípios estabelecidos nesta Constituição” (art. 125, *caput*), os Estados organizarão sua justiça. Desse modo, caberá às Constituições estaduais dar competência aos Tribunais de Justiça para o processamento e julgamento do mandado de injunção.

### III — *Anteprojeto Afonso Arinos. Projetos “A” e “B” da Comissão de Sistematização. Redação final*

Antes de tecermos qualquer consideração sobre os institutos do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão, vamos dar uma olhadela no Anteprojeto Afonso Arinos e nos Projetos da Constituição “A” e “B”, da Comissão de Sistematização.

O Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, como é sabido, foi todo trabalhado em cima do regime parlamentar. Seu art. 10 diz:

“Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

§ 1.º Na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-la, o Juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional.

§ 2.º Verificando a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao poder competente a edição da norma que venha a suprir a lacuna.”

No Projeto “A”, da Comissão de Sistematização, o § 51 do art. 6.º (“Dos Direitos Individuais e Coletivos”), o mandado de injunção ficava adstrito à integração por lei ordinária. No Projeto “B” (2.º turno) desapareceu a expressão “na forma da lei” (art. 5.º, LXXII).

Quanto à competência para processar e julgar o mandado de injunção, os órgãos da Justiça Federal — Tribunais Regionais Federais e Juízes Fe-

derais — a tinham (Projeto “A”: art. 132, I, c, e art. 133, VIII. Projeto “B”: art. 114, I, c, e art. 115, VIII). Agora, com a redação final, não mais a têm. Houve supressão propositada. Antes, tanto no Projeto “A” quanto no Projeto “B”, os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais tinham competência para julgamento do mandado de injunção. Os Tribunais Regionais Federais tinham competência contra ato do próprio tribunal e competência recursal para reapreciar mandado de injunção contra ato de juiz federal.

O Juiz Federal, a seu turno, tinha competência para julgar mandado de injunção contra ato omissivo de autoridade federal, “excetuados os casos de competência dos tribunais federais”. Essa competência foi encolhida e ficou toda com o Supremo Tribunal Federal e com o Superior Tribunal de Justiça. No último caso, isto é, de competência do Superior Tribunal de Justiça, ficou expresso que esse Tribunal é competente para o

“mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”.

O Constituinte, porém, deu um cochilo e deixou escapar, nas exceções, os casos de competência da Justiça Federal. Ora, a Justiça Federal, tanto de segundo grau — os Tribunais Regionais Federais — como de primeiro grau — Juízes Federais —, não mais têm tal competência. Quanto às justiças especializadas, vale dizer, a militar, a trabalhista e a eleitoral, só quanto a essa última — a eleitoral —, é que, expressamente, há dispositivo dando competência ao TSE para julgar mandado de injunção decidido pelos Tribunais Regionais Eleitorais. Assim, dentro dessa linha de raciocínio, logicamente a lei ordinária, no caso da Justiça Militar ou da Justiça do Trabalho, e a lei complementar, no caso da Justiça Eleitoral, não poderão dar aos conselhos da Justiça Militar, às juntas de conciliação e julgamento e aos juízes eleitorais e juntas eleitorais competência para o julgamento de mandado de injunção. Por outro lado, o tratamento estaria sendo disparitário, vez que a Justiça Federal, que só tem dois graus, não teria competência para julgar mandado de injunção; já o Tribunal Regional Eleitoral, que é de menor graduação, vez que a Justiça Eleitoral tem três graus, já teria competência para julgar mandado de injunção (art. 121, V). A tarefa do intérprete e do doutrinador vai ser grande, como já se está antevendo.

A Constituição de 88, pela primeira vez, menciona a “inconstitucionalidade por omissão” (art. 103, § 2.º).

Quanto à fiscalização da “inconstitucionalidade por ação”, ela foi introduzida pela Emenda Constitucional n.º 16/65. Saíndo da ortodoxia do



sistema americano do *judicial control* difuso — feito por todo e qualquer juiz —, adotou-se também o “controle abstrato de normas”, baseado no *abstrakte Normenkontrolle* do direito germânico (7). A Constituição em vigor, como a Carta de 69 (art. 119, I, l), atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente a “ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

IV — *Sugestões n.ºs 155-4 e 156-2, do Senador Virgílio Távora e do Deputado Carlos Virgílio. Art. 283.º da Constituição de Portugal. Sugestão 367-1, do Senador Ruy Bacelar. Emendas*

Transcrito o texto constitucional e seus antecedentes, importa indagar: o “mandado de injunção” é a mesma “inconstitucionalidade por omissão”?

A intenção do criador do mandado de injunção — o saudoso Senador VIRGÍLIO TÁVORA — era introduzir no Direito constitucional brasileiro não propriamente a “inconstitucionalidade por omissão”, tal como existe em Portugal, mas um *controle concreto* por ato omissivo de qualquer órgão público encarregado de integrar normativamente direito constitucional já dado.

O Tribunal Constitucional português, de acordo com os arts. 281.º e 283.º, faz um controle, ou como dizem os lusos, uma “fiscalização”, não só da inconstitucionalidade, mas também da ilegalidade da norma. É um controle à austríaca, isto é, *abstrato*.

O Senador cearense assim justifica sua Sugestão n.º 156-2, apresentada a uma Subcomissão Temática em 27-3-87:

“Refletindo essa preocupação com a não-implementação da Constituição — o que revela um descumprimento dos mandamen-

---

(7) HANS KELSEN fez o esboço da Constituição austríaca de 1920 que, por ter sido promulgada em outubro, ficou conhecida como a *Oktoberverfassung*. Essa Constituição trouxe uma grande novidade: o controle da constitucionalidade passou a ser feito por um órgão judicial único (daí o nome “concentrado”), o *Verfassungsgerichtshof* (Corte Constitucional). Esse modelo de “controle concentrado” foi adotado, com pequenas modificações, pela Itália, Alemanha, Turquia, Chipre, Iugoslávia etc. (Ver “O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado”, de MAURO CAPPELLETTI, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984).

No Brasil, a partir da CF-34, como preliminar da intervenção federal nos Estados-Membros, a Suprema Corte (= STF), por provocação do Procurador-Geral da República, podia “declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental”, com a comunicação posterior ao Senado Federal. Mais tarde, com a EC n.º 16/65 à CF-46, esse controle passou a ser também não só das leis ou atos normativos estaduais, mas também das leis ou atos normativos federais. (Ver trabalho do professor CELSO AGRÍCOLA BARBI, publicado na RDP-4/34). É um controle abstrato.

tos constitucionais — e inspirando-nos no exemplo do Estatuto Maior português (art. 283.<sup>o</sup>), conferindo-lhe, porém, uma abrangência maior, submetemos à apreciação da Assembléia Nacional Constituinte sugestão de norma constitucional criando o instituto jurídico da “inconstitucionalidade por omissão”, voltado para a proteção dos direitos subjetivos (ou expectativas de direito) de pessoas físicas ou jurídicas, criados de forma genérica pela Constituição e não implementados por inércia quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário.

Prevista a norma de proteção aos direitos públicos subjetivos, faz-se mister a criação de instituto jurídico-processual para a efetivação dessa norma. E esse instituto, de preferência, deve ter o *status* de garantia constitucional.”

A seguir, estabelece uma ligação com a outra Sugestão, a de n.<sup>o</sup> 155-4, também de 27-3-87, a ser inserida nos “Direitos e Garantias Constitucionais”. A certa altura justifica ele:

“Enveredando por esse raciocínio, oferecemos uma outra sugestão de norma constitucional, que a este complementa e desta é desmembrada porque diz respeito a outro capítulo da Constituição, devendo, pois, ser encaminhada à apreciação da Comissão de Técnica pertinente” (8).

Como se viu, a intenção do ilustre Representante do Ceará foi a de fazer um só instituto, com duas faces: nos “Direitos e Garantias Fundamentais”, com o nome de “mandado de injunção” e nas “Disposições Transitórias”, com o nome de “inconstitucionalidade por omissão”. Acabou por não conseguir, como se verá.

O § 2.<sup>o</sup> do art. 103, artigo esse que trata da “ação de inconstitucionalidade”, vale dizer, a positiva e a negativa, está assim redigido:

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Numa interpretação proveitosa, chega-se à conclusão de que, quando o órgão da omissão for a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, que são jurisdicionados do Supremo Tribunal, o Supremo, após declarar a inconstitucionalidade por omissão, lhes dará ciência para que tomem as providências necessárias a fim de que a omissão seja sanada.

---

(8) *Diário da Assembléia Nacional Constituinte* — 29-4-87, pp. 99 e 100.

Diferentemente, quando se tratar de órgão administrativo, é a própria Constituição que estabelece o prazo para sanar a omissão após a comunicação do Supremo Tribunal Federal: 30 dias.

Quanto à omissão de “órgão administrativo”, o professor Galeno Lacerda, em artigo publicado na “Zero Hora”, de Porto Alegre (25-10-88, p. 4), faz uma observação judiciosa:

“É que não haveria necessidade de mandado de injunção para suprir omissões do Poder regulamentar da Administração. O Supremo Tribunal Federal, de longa data, em jurisprudência reiterada, já assentou que a ausência da norma regulamentar não pode importar na ineficácia do comando legal” (9).

Dessarte, uma melhor interpretação nos leva à inteligência de que o art. 103, que cura da legitimação ativa para a ação de inconstitucionalidade comissiva ou omissiva, trata única e exclusivamente do *controle abstrato*, isto é, aquele a ser declarado só pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, este dispositivo pertine ao instituto da “inconstitucionalidade por omissão” e não ao outro instituto, do “mandado de injunção”. Esse último — mandado de injunção — já está previsto no art. 102, e trata de *caso concreto*.

O Anteprojeto Afonso Arinos, fortemente influenciado pela Constituição portuguesa em seu texto original (1976), diz que o Supremo Tribunal Federal “recomendará ao Poder competente a edição de norma que venha a suprir a lacuna”.

Antes da reforma constitucional portuguesa de 1982, o Conselho da Revolução (art. 279.º) tinha a faculdade de “recomendar” aos órgãos legislativos competentes que emitissem em tempo razoável “as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”. Com a reforma de 1982, a competência passou para o Tribunal Constitucional, que “aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais” (art. 283.º, 1). O Tribunal Constitucional, quando “verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente” (*id*, 2).

---

(9) Transcrevo trecho do voto do ministro BILAC PINTO no RE 80.501-RJ, publicado na RTJ 75/912: “... a inexistência da norma regulamentar, por deliberada omissão do órgão competente para baixá-la, não pode importar na ineficácia do comando da lei”. Tal acórdão do STF se deu na discussão quanto a cabimento ou não de correção monetária no caso de seguros. Existia a lei (nº 5.488/68), que estava, ainda, pendente de regulamentação pelo Executivo.

Os constituintes portugueses, por certo, inspiraram-se na Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, promulgada em 21-2-74. Nela existem dois artigos que dão ao Tribunal de Garantias Constitucionais a atribuição de apresentar ao Legislativo propostas no sentido de revogação, alteração ou criação de leis (art. 376). Esse mesmo tribunal, de acordo com o art. 377, depois de constatar que

“un órgano competente no hubiere dictado la prescripción para la ejecución de las disposiciones de la Constitución de la República Socialista de Yugoslavia, de las leyes y de otras prescripciones y actos generales federales, habiendo sido obligado a dictarla, informará de ello a la Asamblea de la RSFY” (10).

Como ensino o professor JORGE MIRANDA, seguramente o mais categorizado comentarista da Constituição lusa, o fenómeno de

“omissões juridicamente relevantes é um fenómeno que se encontra em diversos setores do ordenamento e, em particular, no Direito Constitucional. Ela verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas” (11).

Ainda segundo o magistério de Jorge Miranda, não só o Poder Legislativo pode omitir-se. Também pode haver omissão por parte dos outros dois Poderes. No caso do Judiciário, o professor da Faculdade de Direito de Lisboa exemplifica com a “denegação da Justiça”, que se acha prevista como crime no art. 416.º, do Código Penal português. O caso, aí, é de “ilegalidade por omissão” ou, se se preferir, “inconstitucionalidade indireta por omissão”.

No caso específico da inconstitucionalidade por omissão no direito luso, o professor Jorge Miranda, depois de falar em “omissão de atos legislativos”, menciona a “inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo”. Exemplifica com a “omissão da revisão constitucional”, quando a Constituição, de modo explícito, ordena seja feita sua própria revisão (12) (Cf. com CF-88 brasileira, art. 3.º do ADCT).

A Constituição de Portugal, em seu art. 283.º, que trata de “inconstitucionalidade por omissão”, dá legitimidade aos seguintes órgãos para requerer no Tribunal Constitucional: Presidente da República, Provedor de Justiça e presidentes das assembléias regionais.

(10) *Constituições estrangeiras* — Vol. 5, Senado Federal, Brasília, 1988.

(11) *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra Editora Limitada, 2ª ed. 2º vol., pp. 393 e 394.

(12) *Id.*, p. 394.

Na Constituição brasileira a “inconstitucionalidade por omissão” não é tratada, como na Constituição portuguesa, em dispositivo separado. Assim, deve-se entender que estão legitimados a ajuizarem a ação de inconstitucionalidade por omissão aquelas mesmas pessoas ou órgãos que podem pedir declaração no caso de inconstitucionalidade por ação, isto é, comissiva: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, mesas das assembléias legislativas estaduais, governadores de Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação de âmbito nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Como a “inconstitucionalidade por omissão” é instituto novo, tirado diretamente de seu congênere português, vamos nos socorrer, mais uma vez, dos ensinamentos do professor Jorge Miranda:

“Relativamente a quaisquer funções do Estado objeto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis — e não apenas teóricas — de comportamentos omisivos, sejam omissões de atos normativos, sejam de atos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função política ou de governo e, em alguns casos, com a revisão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda tornar-se ilícitos” (13).

No caso específico do Direito Constitucional brasileiro, como já se viu, o Senador Virgílio Távora e o Deputado Carlos Virgílio apresentaram duas sugestões às Subcomissões Temáticas, introduzindo o instituto do “mandado de injunção”.

A Sugestão n.º 155-4, de 27-3-87, que foi recusada pelo relator da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (14), mandava incluir no Capítulo “Dos Direitos e Garantias Constitucionais” o seguinte artigo:

“Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á *mandado de injunção*, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança.”

Nas “Disposições Gerais e Transitórias” dever-se-ia inserir o seguinte artigo:

“A não-edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica a inconstitucionalidade por omissão” (Sugestão n.º 156-2).

(13) *Id.*, p. 394.

(14) BACELAR, Ruy. “O mandado de injunção”, setembro de 88, p. 9.

Na Justificação, os proponentes argumentaram:

“De conformidade com a nossa previsão normativa dar-se-á a inconstitucionalidade por omissão sempre que qualquer um dos Poderes constituídos (Legislativo, Executivo ou Judiciário) deixar de expedir o ato ou a norma que, implementando o texto constitucional, concretizará o direito genericamente neste previsto. Como exemplos citamos os direitos que usualmente são criados por normas programáticas (vg. o direito à educação fundamental dada pelo Estado) e que, em geral, inexistem de fato ante a inércia dos Poderes constituídos não sendo aos seus eventuais destinatários (dada) qualquer possibilidade de exigir a sua efetivação, pois faltam-lhes os instrumentos jurídicos para tal” (15).

Mais tarde, em 3-4-87, o Senador Ruy Bacelar apresentou a Sugestão n.º 367-1 à Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, assim redigida:

“Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependem da lei ou de providências do Estado serão assegurados por *mandado de injunção*, no caso de omissão do Poder Público.

Parágrafo único. O *mandado de injunção* terá o mesmo rito processual estabelecido para o *mandado de segurança*.”

Essa sugestão foi acolhida pelo relator Darcy Possas, com a seguinte redação:

“Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança, a fim de garantir direito assegurado nesta Constituição, não aplicado em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer Juízo ou Tribunal, observadas as regras de competência da Lei Processual” (16).

Por último, o Senador José Paulo Bisol, relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, assim redigiu:

“Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.”

Diversos constituintes apresentaram emendas ao texto: Ana Maria Rattes, Michel Temer, Alfredo Campos, Jutahy Magalhães, Paulo Silva,

(15) *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, de 29-4-87, p. 99.

(16) *Id.*, p. 9.

Pedro Canedo, Virgílio Távora, Humberto Lucena, Matheus Iensen, Lavoisier Maia, Mendes Ribeiro, Ruben Figueiró, Paulo Pimentel, Aloysio Chaves, Paulo Mincarone, José Egreja, Doreto Campanari, José Paulo Bisol, Nelson Jobim, Adolfo Oliveira, Fernando Henrique Cardoso, Louremberg Nunes Rocha, José Lins, João Castelo, Anníbal Barcelos e Bonifácio de Andrada (17).

V — *Mandado de garantia constitucional. Mandado de garantia social. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão: dois institutos diferentes*

Como se viu, o Senador VIRGÍLIO TÁVORA, após alterar instituto que em Portugal e na Iugoslávia recebe o nome de “inconstitucionalidade por omissão”, o batizou com nome bem anglo-americano: *writ of injunction*.

Outros nomes foram sugeridos: “mandado de garantia constitucional”, pelo Senador mineiro ALFREDO CAMPOS, e “mandado de garantia social”, pelo Senador HUMBERTO LUCENA.

De qualquer sorte, a melhor interpretação nos leva ao entendimento de que a Constituição passou a consagrar *dois* institutos diferentes: mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão.

Ao Supremo Tribunal Federal cabe, com exclusividade, processar e julgar o pedido feito pelos órgãos ou pessoas legitimadas nos incisos I a IX do art. 103 quando se tratar de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional. Quanto ao outro instituto — o mandado de injunção —, tudo vai depender do órgão que estiver constitucionalmente ou legalmente encarregado de elaborar as normas genéricas que estão obstando que alguém exerça um direito já previsto especificamente na Constituição, que só não pode ser exercido por falta de norma disciplinadora. Assim, essa “inércia regulamentar” pode estar em qualquer órgão governamental. Cabe àquele processualmente interessado pedir, no caso concreto, ao Judiciário que lhe dê, exatamente por não existir norma regulamentadora, o que já foi concedido pela Constituição e não foi efetivado por omissão. Às vezes, o próprio Judiciário é que vai solucionar omissão de órgão dele mesmo. Um exemplo:

O § 6.º do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias diz:

“Ficam criados cinco Tribunais Regionais Federais, a serem instalados no prazo de seis meses a contar da promulgação da Constituição, com a jurisdição e sede que lhes fixar o Tribunal

(17) *Id.*, p. 14.

Federal de Recursos, tendo em conta o número de processos e sua localização geográfica.”

Estamos diante de uma regra impositiva. Vamos supor que o TFR deixe escoar os seis meses e não instale os TRFs. Nesse caso a ação a ser proposta no STF (art. 102, I, *q*) será o mandado de injunção e não a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º). O autor da ação poderá ser qualquer juiz federal que se enquadre na norma constitucional concessiva do direito (art. 107, II. ADCT, art. 27, § 7.º Juízes mais antigos).

Vamos, agora, dar um exemplo de inconstitucionalidade por omissão. A ação, então, deve ser a “direta” e não o “mandado de injunção”: a Constituição, em seu art. 14, III, combinado com o art. 61, confere iniciativa de lei também aos “cidadãos”, “nos termos da lei”. Vamos supor que o Congresso Nacional não edite lei disciplinando o instituto de “iniciativa popular” de propor projeto de lei. Desse modo, caberá a qualquer partido político com representação na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal entrar com pedido no STF para que se declare formalmente a omissão. Não se poderá usar logo o “mandado de injunção”. O que o STF vai fazer é apenas “declarar” — e não obrigar o Legislativo a fazer a lei em determinado prazo — que está havendo omissão no implemento de norma constitucional. E se o Legislativo continuar a se omitir — não obstante a declaração formal do STF — em baixar a norma de implementação? É claro que, em respeito ao princípio da separação dos Poderes da República, o Judiciário não poderá, ainda assim, fazer a norma genérica. Aí é que entra a vez do mandado de injunção: aquele que seria beneficiado pela norma não feita deve se prevalecer do mandado de injunção e, só em seu caso particular, concreto, pedir ao Judiciário que “legisle”. Em outras palavras: embora ele não possa entrar com a “ação direta de inconstitucionalidade” no Supremo, vez que não tem legitimidade ativa, pode tentar o “mandado de injunção”.

Sob o título “Mandado de injunção divide opiniões”, publicado na *Gazeta Mercantil* de 3-5-88, o professor CELSO BASTOS observa a formação de três correntes interpretativas do texto constitucional:

“A primeira entende que o juiz deverá expedir uma recomendação para a autoridade competente — do Poder Legislativo ou do Executivo — para que elabore a legislação regulamentadora. A segunda afirma que o juiz deve estabelecer o modo como o direito deve ser exercido e ordenar o seu cumprimento. E a última diz que o juiz deve resolver o caso concreto.”

A seguir, o ilustre constitucionalista diz que “acredita que o Judiciário será mais favorável à primeira corrente, conforme pronunciamentos de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) em recente congresso de Direito Constitucional”.



Tenho para mim que a melhor corrente é a última. O Tribunal deverá decidir o caso concreto. Essa linha já se achava no § 1.º do art. 10 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos:

“Na falta ou omissão da lei prevista para discipliná-la, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional.”

Esse, sem dúvida alguma, seria um grande passo na consolidação do Judiciário como autêntico Poder.

## VI — *Necessidade ou não de regulação do mandado de injunção*

Quanto à necessidade ou não de regulação do mandado de injunção, as opiniões divergem. Alguns autores, como o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA (18) e o desembargador ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (19), entendem que se trata de norma constitucional de aplicabilidade imediata e eficácia plena. Já para outros, como o Ministro MARCELO PIMENTEL, presidente do TST, mister se faz a sua integração (20).

A intenção do constituinte, não resta dúvida, foi a de conferir ao mandado de injunção aplicabilidade imediata. Tanto assim que o Projeto “B” suprimiu a expressão “na forma da lei”, do Projeto “A”. Por outro lado, a Constituição, no § 1.º do art. 5.º, é expressa: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.”

É verdade que nada impede que, mesmo assim, se faça a regulação do instituto. Aliás, recentemente, o Deputado MAURÍLIO FERREIRA LIMA apresentou anteprojeto de lei, com 22 artigos, regulando o mandado de injunção. O professor NELSON SALDANHA, que compôs a comissão de juristas (BERNARDETTE PEDROSA, ROMUALDO MARQUES COSTA e NILZARDO CARNEIRO LEÃO) que redigiu o anteprojeto, assim se expressou na sua apresentação:

“Conquanto a letra constitucional não mencione a necessidade de regulamentação do novo instituto — o *mandado de injunção* — por meio de norma ordinária (ou, especificamente, complementar), a brevidade do texto da Lei Maior conduz a tal necessidade, sobretudo no tocante à disciplinação dos trâmites processuais concernentes ao pedido e à concessão do mandado (21).”

Também o Senador RUY BACELAR apresentou projeto de lei regulando o mandado de injunção, com 13 artigos (22).

(18) “Mandado de injunção, direito do cidadão” — *Jornal do Brasil*, de 26-9-88.

(19) “Notas sobre o mandado de injunção”. *Zero Hora*, Porto Alegre, 27-9-88.

(20) *Gazeta Mercantil*, de 13-10-88.

(21) *Mandado de injunção*. OAB-PE — Recife, 25-9-88, p. 6.

(22) Projeto de Lei nº 76, de 1988. Centro Gráfico do Senado Federal, Brasília-DF.

Quanto ao “rito”, entendo que cada tribunal dará o procedimento que bem entender, se se perfilhar à corrente de que o mandado de injunção prescinde de norma infraconstitucional regulamentadora.

Tanto a Sugestão 155-4, do Senador VIRGÍLIO TÁVORA, quanto a Sugestão 367-1, do Senador RUY BACELAR, lhe davam o mesmo rito do mandado de segurança.

A Constituição repudiou esse rito (mandado de segurança), já que ele não entrou nem no Projeto “A”, nem no Projeto “B”. Penso, mais, que a natureza de “processo de prova documental” — *Urkundenbeweisprozess* —, como condição especial da ação do mandado de injunção, talvez o embarace, embora lhe tire a rapidez (23). Como se sabe, a condição especial da ação de “mandado de segurança” é o “direito líquido e certo”, ou seja, admissibilidade exclusiva de prova documental (24).

## VII — Legitimação ativa e passiva

O mandado de injunção não exige — diferentemente da “inconstitucionalidade por omissão” — legitimação específica, qualificada. Qualquer um que tiver interesse jurídico pode prevalecer-se dele. Mesmo as pessoas jurídicas ou aquelas figuras despersonalizadas, como o espólio, a herança jacente etc.

Como se sabe, logo no início, quando surgiu o mandado de segurança, houve hesitação em se permitir seu uso por pessoas jurídicas, já que o instituto se achava no capítulo “Dos Direitos e das Garantias Individuais” (CF-34, art. 113, n.º 33). Felizmente essa interpretação restritiva não vingou e o mandado de segurança passou a ser utilizado por pessoas jurídicas, inclusive de direito público, e até por órgãos despersonalizados (Câmara Municipal, prefeito etc.).

(23) A ZPO alemã no Livro V (§§ 592 a 606) traz a rubrica “Processo documental e cambliário” (*Urkunden — und Wechselprozess*).

A obra clássica “*Zivilprozess Recht*”, de ROSENBERG-SCHWAB, assim alude ao *Urkundenprozess*:

“O objetivo do processo documental, a saber, a rapidez do procedimento, mostra-se na proibição da reconvenção, na necessidade de iniciar-se a prova documental através da apresentação, e na exclusão de outros meios de prova como documentos e de pedido referente ao interrogatório de partes. Mas, os prazos de admissão e de citação não são encurtados” (*Das Ziel des Urkundenprozesses, nämlich die Beschleunigung des Verfahrens zeigt sich in dem Verbot der Widerklage (§ 595, I), in der Notwendigkeit, den Urkundenbeweis durch Vorlegung anzutreten (§ 595, III), und in dem Ausschluss anderer Beweismittel als Urkunden und des Antrages auf Parteivernehmung (§ 595, II). Aber die Einlassungs- und Ladungsfristen sind nicht gekürzt*). (C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1969, Seite 857).

(24) Ver lições de BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Forense, 4ª ed., pp. 77 e segs.

Entendo que um dos requisitos do mandado de injunção é sua natureza subsidiária. Só deve ser usado se não se tiver outro meio processual<sup>(25)</sup>. Se não se fizer isso, acabará por se transformar em panacéia judiciária, perdendo sua força e finalidade.

No tocante à legitimação passiva, ela deve ser ampla. Qualquer órgão da administração direta ou indireta, inclusive de pessoas de direito privado (Banco do Brasil, CEF etc.), desde que estejam encarregados da elaboração da norma genérica, podem figurar na ação.

Como se dá com o mandado de segurança, o réu no mandado de injunção não será o órgão, mas a pessoa jurídica da qual ele faz parte. Assim, se a Mesa do Senado Federal, por exemplo, não elabora a norma, quem sofrerá as conseqüências (pagamento de despesas processuais etc) da omissão será a União Federal e não ela (órgão emissor).

### VIII — *Writ of Injunction norte-americano e a Verfassungsbeschwerde alemã*

Há quem reconheça no *writ of injunction* do Direito anglo-americano a fonte inspiradora de nosso mandado de injunção<sup>(26)</sup>.

(25) Em acórdão publicado no DJU, de 18-11-88, à p. 30.022, o Supremo Tribunal Federal, em mandato de injunção interposto por procuradores da República contra ato omissivo do presidente da República, não conheceu da ação, por se tratar de ato administrativo, concreto e determinado. Assim reza a ementa: "MI 14-0 MANDADO DE INJUNÇÃO. Impetração por Procuradores da República, contra o presidente da República, visando: 1. declaração de vacância do cargo de Procurador-Geral da República; 2. que o presidente da República indique, ao Senado Federal, um nome de membro do Ministério Público federal para se investir no cargo de Procurador-Geral da República, com observância do art. 128, § 1º, da Constituição Federal de 5-10-1988.

Descabimento do mandado de injunção para tais fins.

Interpretação do art. 5º, inciso LXXI, da CF.

Não se presta o mandado de injunção à declaração judicial de vacância de cargo, nem a compelir o presidente da República a praticar ato administrativo, concreto e determinado, consistente na indicação, ao Senado Federal, de nome de membro do Ministério Público Federal, para ser investido no cargo de Procurador-Geral da República" (Rel. Min. SYDNEY SANCHES).

(26) O professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, no artigo citado, vê o *writ of injunction* anglo-americano como a "fonte imediata do mandado de injunção". O professor CELSO AGRÍCOLA BARBI, em trabalho apresentado em XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual Civil, diz:

"No que toca à expressão 'mandado de injunção', observa-se que ela não é de uso no direito brasileiro, que não se utiliza nem mesmo da palavra 'injunção'; esta, na linguagem corrente, significa 'imposição'. Tudo leva a crer que o Projeto A tenha se inspirado no direito anglo-americano, onde a palavra 'injunction' corresponde a um instituto jurídico processual, com características mais adequadas ao objetivo do legislador constituinte brasileiro".

Como acabamos de mostrar, o mandado de injunção, pelo menos historicamente, foi buscado no Direito Constitucional português.

Nosso mandado de segurança, esse, sim, foi indiretamente inspirado nos *writs of injunction e mandamus* norte-americanos<sup>(27)</sup>, os quais serviram de modelo ao *juicio de amparo* mexicano<sup>(28)</sup>. E o *juicio de amparo*, a sua vez, foi objeto de estudo por parte de nossos constituintes de 1934, quando da criação do mandado de segurança<sup>(29)</sup>.

O *writ of injunction* é usado no processo de *equity*.

O mesmo fenômeno que aconteceu em Roma, por volta do ano 367 a.C., deu-se na Inglaterra. Em Roma, como se sabe, o *ius civile* foi-se esclerosando e mister se fez a criação do direito pretoriano para resolver os casos que não tinham boa solução pelas vias tradicionais. O pretor e, em menor número, os *aediles curules* (magistrados encarregados de resolver questões sobre estradas, fontes, mercados e pontes), tinham o poder (*im-*

---

(27) O *writ of injunction* tem linha em comum com o *writ of mandamus*. Esse último instituto tem natureza positiva. É utilizado, como um "extraordinary legal remedy". (Só quando não houver meio processual 'comum') para obrigar alguém a fazer aquilo que, por lei, está obrigado a fazer. Já o *writ of injunction* é mais amplo. Pode ser utilizado, como o *writ of mandamus*, para obrigar alguém a praticar ato que está legalmente obrigado. Nesse caso recebe o nome de *mandatory injunction*. Mas, por outro lado, pode ser usado para impedir que se pratique determinado ato. Temos aí o *prohibitory injunction*. (Para maiores detalhes, ver os verbetes no *Black's Law Dictionary* — West Publishing Co. — 1979. Também em *El Derecho Angloamericano*. Porrúa, 1982, p. 641, de OSCAR RABASA).

(28) RABASA, Oscar. *El Derecho Angloamericano*. Porrúa, S.A., México, 1982, p. 51.

(29) FERNANDO FLORES GARCÍA, em interessante trabalho publicado no volume 31 (janeiro/abril de 1981) da *Revista de la Facultad de Derecho de México*, denominado "Teoría del proceso y amparo", diz que o *juicio de amparo* é "institución venerada en México, como fórmula de salvaguarda de los más preciados derechos del hombre de determinadas clases sociales" (pp. 101/102).

Como nosso mandado de segurança, o *juicio de amparo* asteca é utilizado contra atos de qualquer autoridade (inclusive judicial). Pode ser impetrado contra lei em tese. Diferentemente de nosso mandado de segurança, porém, é ajuizado só nos "tribunales de la Federación". Seu objetivo é controlar judicialmente a atividade da "autoridad responsable, o sea la autora o ejecutora del acto impugnado de inconstitucionalidad" (p. 107).

Como se dá com o mandado de segurança, a autoridade responsável presta as informações (*informe justificado*) e se defende, procurando demonstrar que o impetrante (*quejoso* ou *agraviado*) não tem direito da ação constitucional ou não tem o direito material. É usado — diferentemente de nosso mandado de segurança — também em matéria penal. Admite dilação probatória, com oitiva de testemunhas. Essa largueza procedimental não deixa de ser um mal, vez que congestiona os tribunais e lhe tira a rapidez.

A semelhança de nosso "mandado de segurança coletivo", pode ser utilizado para proteger "direitos sociais". Desse modo, o *quejoso* pode ser sindicato, comunidade agrária etc., onde se defende direito de associado (p. 109).

*perium*) de criar normas genéricas que valiam pelo menos por um ano. Eram os *edicta*. Nasceu, então, o *jus honorarium* ou *jus praetorium* <sup>(80)</sup>.

Na Inglaterra, com o envelhecimento do *common law*, apareceu, aos poucos, a corte de *equity*, que tinha por finalidade suprimir as deficiências do primeiro. Esse mecanismo passou para a América. A própria Constituição americana, em seu artigo III, Seção II, consagrou a existência distinta dos dois grandes ramos do direito, pois fala que o “Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de *LAW* e *EQUITY*”. Assim, hoje, uma mesma corte — ou corte especializada — pode julgar processo de *common law* e processo de *equity*. Esse último só deve ser usado quando o primeiro não resolver. Talvez um exemplo possa esclarecer melhor. Um artista renomado faz um contrato para dar um *show*. Resolve, por qualquer motivo fútil, não cumprir o avençado. Se o empresário quiser apenas uma indenização contratual, ficará com a jurisdição do *common law*. Se, ao contrário, quiser obrigar o artista a fazer o espetáculo, pois estará em jogo sua reputação empresarial, terá que se socorrer do *equity*. O tribunal, nesse último caso, expedirá um *writ of injunction* ordenando ao contratante inadimplente realizar o espetáculo. Se ele se negar, será preso por desobediência à ordem judicial (*contempt of court*).

Na Alemanha Ocidental existe uma ação constitucional — a *Verfassungsbeschwerde* — que, de certo modo, lembra nosso mandado de injunção. Pode ser utilizada quando “o órgão ou autoridade pública” (*das Organ oder der Behörde*), seja por “ação ou omissão” (*Handlung oder Unterlassung*), violar os “direitos fundamentais” (*Grundrechte*) ou “assemelhados” previstos na Lei Fundamental.

O prazo de impetração é curto: dentro de um mês a contar da notificação ou comunicação informal (... *binnen eines Monats* ... *Die Frist beginnt mit der Zustellung oder formlosen Mitteilung*...). Quando a violação partir da lei, o prazo é maior: dentro de um ano, a contar da sua entrada em vigor (... *binnen eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes*...).

A *Beschwerde* constitucional deve ser utilizada, em princípio, só após o esgotamento da instância ordinária (*Erschöpfung des Rechtswegs*). A juízo do Tribunal Constitucional Federal, porém, quando o impetrante (*Beschwerdeführer*) tiver “prejuízo grave e irreparável” (*schwerer und unabwendbarer Nachteil*) não há necessidade de utilização prévia dos meios ordinários.

Em 29-1-69, após longa e acirrada discussão no Parlamento (*Bundestag*), foi feita a Emenda Constitucional n.º 19, que instituiu instrumento capaz de coibir ato de autoridade pública.

Na Alemanha, como se sabe, o controle da constitucionalidade não é, como predominantemente no Brasil, o sistema americano ou “difuso”

(80) BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 2ª ed., Milano, 1952, p. 17. MAYNZ, Charles. *Cours de Droit Romain*. 5ª ed., Bruylant, Christophe & Cie, Tome premier, Bruxelles, p. 219.

(cada juiz controla a lei ou o ato administrativo), mas o sistema concentrado (austríaco). O juiz ou tribunal, quando deparar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de uma lei, suspende o andamento do processo e aguarda que um órgão do Judiciário, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), se manifeste.

Com a Emenda Constitucional n.º 19, toda pessoa, física ou jurídica, que se sentir ameaçada ou lesada em seus direitos fundamentais ou assemelhados, pode acionar diretamente o Tribunal Constitucional Federal (o mesmo ocorre com os *Länder*, isto é, com as entidades federadas). Os dispositivos constitucionais pertinentes estão nos artigos 93 e 94. Esse último artigo deu competência à lei ordinária para regular a *Beschwerde* constitucional. Assim, em 12-3-51, foi editada uma lei ordinária implementando a competência do Tribunal Constitucional Federal, com modificações posteriores. Em seu Regimento Interno, publicado na *Bundesgesetzblatt* (Diário da União) de 2-9-75, o Tribunal Constitucional Federal, através de uma comissão de três juízes da turma (*Senat*), exerce um juízo de admissibilidade da ação. Não tem que motivar sua decisão. De acordo com o parágrafo 90, I, da lei que regulou o Tribunal Constitucional Federal, somente se pode utilizar da *Verfassungsbeschwerde* quando não houver meio processual ordinário de proteção.

Diz o art. 93 da Lei Fundamental de Bonn:

“O Tribunal Constitucional Federal decide: 4a) sobre *Verfassungsbeschwerden* que podem ser ajuizadas por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo Poder Público nos seus direitos fundamentais ou em um dos seus direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104.”

O artigo 20, alínea 4, diz que, “não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter essa ordem (81).”

O artigo 33, a sua vez, trata da igualdade dos direitos dos cidadãos, sobretudo em relação aos cargos públicos (82).

Já o artigo 38 cuida dos direitos do eleitor (83). O artigo 101, a seu turno, proibe a existência de tribunais de exceção (84). O artigo 103 fala no *due process*, em *bis in idem* e na irretroatividade da lei penal que agrave a situação do acusado (85). O artigo 104, por fim, dispõe sobre as garantias no caso de privação do direito de liberdade (86).

(81) “*Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist*”.

(82) A rubrica do artigo é: “*Staatsbürgerliche Gleichstellung der Deutschen*”.

(83) A rubrica do artigo é “eleição” (*Wahl*).

(84) *Verbot von Ausnahmegerichten* (Proibição de tribunais de exceção).

(85) *Ex-post-facto-Verbot, ne bis in idem*.

(86) *Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung*.

# O Poder Legislativo e o Direito de Autor

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto no Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP — Regente de Direito de Autor e de Direito Civil nos cursos de graduação e de pós-graduação

## SUMÁRIO

1. *Delimitação do tema: o papel do Legislativo no campo do Direito de Autor.* 2. *A lei que criou os cursos jurídicos no Brasil.* 3. *O Código Criminal do Império e as leis penais subseqüentes.* 4. *As tentativas de implantação de lei sobre direitos autorais no Brasil.* 5. *A primeira lei brasileira sobre direitos autorais.* 6. *A Constituição de 1891 e as Constituições posteriores.* 7. *O Código Civil.* 8. *A legislação posterior.* 9. *A lei de direitos autorais.* 10. *A nova Constituição.* 11. *Principais tarefas do Legislativo no âmbito do Direito de Autor.* 12. *Síntese conclusiva.*

1. *Delimitação do tema: o papel do Legislativo no campo do Direito de Autor*

A tradição legislativa do Brasil, na área dos direitos autorais, revela a alta sensibilidade de nossos legisladores ao longo dos tempos e a nítida evolução processada no âmbito intelectual em nosso País, cristalizada atra-

vés de diferentes textos de lei, em que a tônica tem sido a defesa dos interesses dos criadores de obras de cunho estético (de literatura, de arte e de ciência).

Essa linha de pensamento — coerente com a opção feita pela Nação de ajustar-se, desde o início, às diretrizes gerais do sistema convencional denominado “União de Berna” — denota a preocupação em se estabelecerem normas que possam, definindo e preservando direitos aos titulares, traçar o equilíbrio jurídico necessário às relações do setor, em que atuam poderosas empresas de comunicação de obras intelectuais.

Nesse panorama inserem-se as questões referentes à regulação de direitos sobre a criação e sobre a utilização dessas obras, à vista dos diferentes interesses com que interferem e em função do constante progresso tecnológico, que vem exigindo periódicas revisões de posições no setor, em que o Poder Legislativo nacional tem desempenhado papel de relevo, desde os primeiros tempos de ascensão do País à condição de independente e de sua conseqüente constituição.

Com efeito, da primeira norma no plano civil — a da lei que criou os custos jurídicos no País — à primeira no âmbito penal — a do Código Criminal do Império — das diferentes leis posteriores à lei básica atual (Lei n.º 5.988, de 14-12-73), tem sido intensa, decisiva e profícua a participação do Legislativo na tarefa de elaboração de leis sobre a matéria, de sorte a alçar-se nosso País, nesse campo, no cenário universal, dentre os de maior nível de proteção conferido aos autores.

De fato, a análise de nossa legislação demonstra a plena adequação ora existente aos princípios fundamentais estabelecidos no direito convencional (sistema de Berna), onde é mais amplo o espectro protetivo do autor, reconhecendo-se-lhe, por expresso, direitos morais e direitos patrimoniais, em esquema normativo fulcrado na lei francesa, considerada a de mais elevado grau na escala mundial.

Regulando, de modo coerente, a temática exposta, embora com alguns pontos destoantes criticáveis, a legislação em vigor — oriunda, em sua parte substancial, do Poder Legislativo — reflete bem o estado evolutivo atual do pensamento científico, resolvendo, a contento, as principais questões detectadas pela experiência jurídica.

No presente trabalho, enfocaremos o longo *iter* percorrido pelo Direito de Autor em nosso País, destacando o trabalho de nosso Legislativo — que, aliás, em épocas diferentes, tem contado com figuras de larga expressão de nossa inteligência — bem como as novas missões que se lhe apresentam ante à recente estruturação constitucional recebida.



## 2. *A lei que criou os cursos jurídicos no Brasil*

No âmbito civil, o primeiro texto a prever privilégio para os autores sobre suas obras foi a lei que criou os cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda, de 11-8-1827, que assim dispôs em seu art. 7.º:

“Os lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela Nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão inteiramente, submetendo-se, porém, à aprovação da Assembléia Geral, e o governo os fará imprimir e fornecer às Escolas, *competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos.*” (Grifos nossos.)

Assim, foram os lentes os primeiros criadores contemplados expressamente com a exclusividade de exploração — embora, ainda, sob forma de “privilégio” e, não, com o caráter de “direito” — de suas obras, que mais tarde se estenderia a todos os autores, consubstanciada no denominado “direito patrimonial de autor”.

## 3. *O Código Criminal do Império e as leis penais subseqüentes*

Sob o prisma penal, foi no Código Criminal do Império (lei de 16-12-1830) que se estatuiu, explicitamente, figura delituosa embasada na idéia de respeito à criação alheia, ou seja, o crime de contrafação, no art. 261, *verbis*:

“*Imprimir, gravar, litografar ou introduzir quaisquer escritos ou estampas, que tiverem sido feitas, compostas ou traduzidas por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem e dez anos depois de sua morte, se deixarem herdeiros:*

Penas: de perda de todos os exemplares para o autor, ou tradutor, ou seus herdeiros, ou na falta deles, de seu valor e outro tanto, e de multa igual ao tresp dobro do valor dos exemplares.”

A inclusão desse texto dentre os crimes típicos significou a conscientização do legislador quanto aos direitos autorais, representando, outrossim, a vedação de reprodução da obra sem a autorização autoral, princípio fundamental em tema de utilização de criação intelectual. Com isso se consagrou, entre nós, a idéia da licença legal como essencial no campo do Direito de Autor, assegurando-se ao titular dos direitos o controle da

circulação jurídica da obra. Realçou-se, nesse passo, o aspecto moral dos direitos em tela, à luz da influência da doutrina penal germânica.

O Código posterior (Dec. n.º 847, de 1.º-10-1890) ampliou o âmbito repressivo, introduzindo vários novos delitos contra a então denominada “propriedade imaterial”, em seus arts. 342 a 350. As ações puníveis passaram a ser as seguintes: a) “imprimir ou publicar em coleções leis, decretos, resoluções, regulamentos e atos oficiais” (art. 342), ficando “solidariamente responsáveis o dono da oficina, o autor e o vendedor” (art. 343); b) “reimprimir, gravar, litografar, importar, vender documentos, estampas, mapas e quaisquer publicações feitas por conta da Nação e dos Estados” (art. 344); c) “reproduzir obra literária ou artística sem autorização por imprensa, gravura, litografia ou qualquer processo mecânico ou químico” (art. 345); d) “reproduzir por inteiro em livro, coletânea ou publicação avulsa discursos e orações proferidos em assembléias, reuniões políticas, ou religiosas” e outras (art. 346); e) “traduzir e expor à venda qualquer escrito ou obra sem licença do autor” (art. 347); f) “executar ou fazer representar composições musicais, dramas, tragédias e comédias ou qualquer outra produção em teatros e em espetáculos públicos” (art. 348); g) “importar, vender, ocultar ou receber para venda obra literária ou artística contrafeita” (art. 349); h) “reproduzir qualquer produção artística sem autorização do dono, por imitação ou contrafação” (art. 350).

Mas, como se pode observar, as figuras introduzidas, a par da deficiência formal, nem sempre condiziam com a experiência jurídica na matéria, englobando-se, por exemplo, ações que, ao revés, escapam à incidência dos direitos autorais (como as de reprodução de atos e de textos oficiais).

O Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7-12-1940) adotou técnica diversa, prevendo uma figura central de crime denominada “violação de direito autoral” (art. 184) e a específica de “usurpação de nome ou de pseudônimo” (art. 185) e disciplinando a ação persecutória (art. 186). Assim, com uma regra aberta (norma em branco), abarcou as ações que a prática vem detectando como delituosas, em especial a contrafação e o plágio, como se entende na doutrina e na jurisprudência, contemplando separadamente a situação específica mencionada.

Por fim, a Lei n.º 6.895, de 17-12-1980, conferiu nova redação aos arts. 184 e 186 do Código Penal, acrescentando novas figuras, aumentando as penas e modificando os termos da ação penal cabível. Assim, ao lado do delito-base, foram tipificadas a “reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente”; a “reprodução de fonograma e vidiofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente” (§ 1.º do art. 184); as ações de quem “vende, expõe à venda,

introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou vidiofonograma, produzidos com violação de direito autoral" (§ 2.º).

#### 4. *As tentativas de implantação de lei sobre direitos autorais no Brasil*

Editados os textos citados, nos dois planos, sentia-se, no seio do Legislativo, a necessidade de regulamentação legal dos direitos autorais no âmbito civil, por meio de diploma específico, em que se traçassem suas linhas básicas, a exemplo de outros países, como a Bélgica e a Itália, que, em meados do século passado, já contavam com lei própria para a matéria.

Disso se conscientizou o nosso legislador a partir da constatação de que o progresso intelectual do País estava na dependência dessa regulamentação, como estímulo para o surgimento de novas produções nos domínios da literatura, das artes e das ciências.

Mas, óbice de caráter doutrinário sempre se antepunha às diversas tentativas feitas para dotar-se o Brasil de lei especial sobre direito autoral: o de que, como propriedade, não poderia merecer atribuição monopolística sobre idéias, eis que pertencentes estas ao acervo comum da humanidade.

Por essa razão é que, basicamente, não prosperaram os inúmeros projetos de lei apresentados no Brasil para a regência da matéria desde 1856, a saber: *a*) de Aprigio Justiniano da Silva Guimarães (de 11-8-1856); *b*) de Gavião Peixoto de 1858); *c*) de José de Alencar (de 1875, com a adoção do nome "propriedade literária"); *d*) de Diogo Velho Cavalcante (de 1886, baseado na lei belga); *e*) de Pedro Américo de Figueiredo (de 12-7-1893) e *f*) de Augusto Montenegro (de 7-8-1893).

Nesse interregno, foram firmados acordos internacionais de proteção à então conceituada como "propriedade imaterial", como o celebrado com Portugal, em 9-9-1889, mandado observar internamente pelo Decreto n.º 10.353, de 14-9-1889. Mas, igual sorte não teve a Convenção literária assinada com a França em 31-1-1891, rejeitada pelo Legislativo, que entendeu não ser conveniente a forma contratual — em face das dificuldades posteriores para a sua modificação — assentando a posição de que melhor seria regular-se a matéria por lei (4-7-1893).

Nessa diretriz, dos projetos posteriores, aproveitou-se o de Augusto Montenegro, para cuja análise se nomeou Comissão que, depois, ofereceu, por seu Relator, Medeiros e Albuquerque, um substitutivo (Projeto n.º 48), que, votado, se converteu na primeira lei brasileira sobre direitos autorais, a Lei n.º 496, de 1.º-8-1898, editada para "definir e garantir" os citados direitos.

## 5. *A primeira lei brasileira de direitos autorais*

A Lei n.º 496, de 1.º-8-1898, qualificou a matéria como “propriedade literária, científica ou artística”, compreendendo, em seu contexto, “a faculdade de reprodução ou de autorização da reprodução” que tem o autor quanto a seus trabalhos por meio de “publicação, representação, execução, ou outro modo” (art. 1.º).

Agrupando em relação enumerativa as obras protegidas (art. 2.º), a exemplo das convenções, estendeu a proteção por cinquenta anos e conferiu ao estrangeiro domiciliado o mesmo tratamento.

Definiu os direitos em questão em móveis e transmissíveis, para efeito de aproveitamento econômico das obras (aspecto patrimonial do direito autoral), prevendo figuras penais de atentados contra a exclusividade do autor.

Baseada na lei belga, de 22-3-1886, representava texto compatível com o estágio evolutivo da ocasião, não logrando, porém, vida prolongada, eis que fermentava a idéia de codificação dos direitos privados, que culminou com a edição do Código Civil em 1916, para vigorar a partir do ano seguinte, contendo em seu interior regras sobre a matéria.

## 6. *A Constituição de 1891 e as Constituições posteriores*

Com a proclamação da República, dotou-se o País de Constituição, promulgada em 1891, que, com respeito aos direitos privados — e à luz da tendência vigorante no mundo — dedicou texto específico para a “declaração de direitos individuais”, prevendo várias prerrogativas reconhecidas à pessoa ante ao Estado (os chamados “direitos fundamentais” da pessoa, ou, mais modernamente, “liberdades públicas”), dentre as quais incluiu os direitos autorais com o cunho monopolístico apontado (art. 72, § 26).

Todas as Cartas subseqüentes têm estampado a exclusividade do autor para o uso de sua obra, com diferenças de redação, mas sempre por via de fórmula sintética, observando-se, a partir da de 1967, uma ampliação de sua abrangência, com a substituição da palavra “reprodução” por “utilização” da obra e, assim, compreendendo toda e qualquer modalidade de comunicação pública da obra (à exceção da Carta de 1937, que omitiu os direitos referidos).

A seqüência dos textos constitucionais é a seguinte: a) Constituição de 1891 (texto citado); b) Emenda de 7-9-1926 (art. 72, § 26); c) Constituição de 1934 (art. 113, n.º 20); d) Constituição de 1946 (art. 150, § 25); e) Constituição de 1967 (com a redação da Emenda Constitucional de 1969 (art. 153, § 25); f) Constituição de 1988 (texto aprovado: art. 6.º, § 31).

Isso significa que, constitucionalmente, o direito autoral encarta-se dentre as liberdades públicas, enfatizando-se, a esse nível, o seu aspecto patrimonial, como direito de exclusividade de utilização pelo autor, transmissível por herança.

## 7. O Código Civil

O Código Civil (Lei n.º 3.071, de 1.º-1-1916) inseriu a matéria em seu contexto, dentro dos direitos de propriedade, sob a epígrafe “propriedade literária, científica e artística” (arts. 649 e segs.), regulando, no âmbito dos direitos obrigacionais, os contratos especiais de edição (arts. 1.346 e segs.) e de representação dramática (arts. 1.359 e segs.).

Assim, inobstante a evolução havida nesse campo — em especial na jurisprudência francesa e de outros países europeus — em que já se reconhecia o direito moral de autor —, o nosso estatuto civil ateve-se à estruturação da codificação francesa, inserindo esses direitos como de propriedade e com regulamentação voltada para a sua faceta patrimonial, na qual, ademais, acabou por permitir a penetração de normas estranhas à sua própria índole (como a do art. 667, que admitia a cessão — inaceitável ontologicamente — do direito de paternidade da obra).

Dessa forma, veio a contemplar, casuisticamente, diferentes situações de uso de criações intelectuais (arts. 649 a 673), sem uma sistematização, que, ao revés, já se esboçara na lei anterior.

Em outro passo, disciplinou os contratos próprios citados (arts. 1.346 a 1.358 e 1.359 a 1.362), ditando-lhes regras então consagradas na experiência jurídica.

Mas, de qualquer sorte, contribuiu para a sacração prática desses direitos, que veio a ocorrer posteriormente, em especial pela ação de sociedades de autores constituídas para defesa de direitos de seus filiados e da edição de legislação complementar tendente à sua implementação concreta (sobre meios de comunicação e sobre censura).

## 8. A legislação posterior

Após a expedição do Código, a legislação sobre direitos autorais sofreu, por força da conjuntura política, o influxo direto da ação do Executivo por longo período da vida republicana.

Sucederam-se os seguintes e principais textos de interesse para a matéria: *a*) Dec. n.º 4.790, de 2-1-1924 (que definiu direitos autorais, exigindo a outorga autoral na comunicação da obra); *b*) Dec. n.º 16.590, de 10-9-1924 (que aprovou o regulamento das casas de diversões públicas);

c) Dec. n.º 5.492, de 16-7-1928 (que regulamentou a organização das empresas de diversões e a locação de serviços teatrais); d) Dec. n.º 18.527, de 18-12-1928 (que aprovou o regulamento da organização das empresas de diversões e a locação dos serviços teatrais); e) Dec. n.º 21.111, de 1.º-3-1932 (que aprovou regulamento para a execução dos serviços de radio-comunicação no território nacional).

Em 1937, surgiu a Lei n.º 385 (26-1-37), que obrigou a inclusão de obras de autores brasileiros natos em qualquer programa musical. Entre-meiam-se, então, leis e decretos sobre assuntos de interesse para o setor de comunicações, a saber: a) Dec. n.º 20.493, de 24-1-1946, (que regulamentou o Serviço de Censura de Diversões Públicas do DFSP); b) Lei n.º 986, de 20-12-1949 (que concedeu isenção fiscal aos direitos de autor); c) Lei n.º 1.565, de 3-3-1952 (que estabeleceu a obrigatoriedade de representação, nos teatros, de peças de autores nacionais); d) Lei n.º 2.415, de 9-2-1955 (que estabeleceu a necessidade de outorga autoral no rádio e na televisão); e) Lei n.º 3.447, de 23-10-1958 (que deu nova redação ao art. 649 do Código Civil); f) Dec. n.º 1.023, de 17-2-1962 (que alterou e revogou disposições do Regulamento do Dec. n.º 18.527/28); g) Lei n.º 4.117, de 27-8-1962 (que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações).

Com o desenvolvimento das comunicações e com o assentamento prático dos direitos autorais, em especial na jurisprudência, e, de outro lado, com a participação do País na Convenção de Berna e em outros acordos internacionais, começou-se a formar movimento tendente a instituir-se lei própria para a regência dos direitos em causa, que, primeiramente, quanto a direitos conexos, obteve a sagração oficial.

Sobrevieram então as leis especiais, a saber: a) Lei n.º 4.944, de 6-4-66 (que regulou os direitos conexos: de artistas, intérpretes, executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão); b) Lei n.º 5.250, de 9-12-1967 (que regulou a liberdade de manifestação do pensamento e de informação); c) Lei n.º 5.536, de 21-11-1968 (que dispôs sobre censura de obras teatrais e criou o Conselho Superior de Censura); d) Lei n.º 5.805, de 3-10-1972 (que estabeleceu normas destinadas a preservar a autenticidade das obras literárias caídas no domínio público).

Por fim, em 14-12-1973, foi editada a Lei n.º 5.988, para regular os direitos autorais e os conexos, conferindo-lhes tratamento sistemático e em função da evolução alcançada na matéria universalmente, eis que então vários países, como a França, a Itália, a Alemanha e outros, já haviam disciplinado, em leis apartadas, os direitos em questão, libertando-os do esquema hermético dos Códigos, em face de sua natureza especial de direitos de cunho intelectual.

Assentados os princípios e regras próprias da matéria pela lei especial, foram depois expedidas outras, a fim de disciplinar-se direitos de outras categorias e adaptar-se esse campo à expansão tecnológica, a saber: a) Lei n.º 6.533, de 24-5-1978 (que regulou os direitos dos artistas); b) Lei n.º 6.615, de 16-12-1978 (que previu os direitos dos radialistas); c) Lei n.º 6.800, de 25-6-1980 (que alterou a Lei n.º 5.988/73, quanto a dados em fonogramas e a competência do CNDA — Conselho Nacional de Direito Autoral); d) Lei n.º 6.895, de 17-2-1980 (que introduziu modificações no Código Penal); e) Lei n.º 7.123, de 12-9-1983 (que extinguiu o denominado “domínio público remunerado”, modificando a Lei n.º 5.988/73).

## 9. *A lei de direitos autorais*

A Lei n.º 5.988, de 14-12-73, foi expedida, depois de inúmeras discussões, em que se chegou a cogitar de Código de Direitos Autorais, para efeito de se solucionarem questões que freqüentemente surgiam quanto ao respectivo alcance, dado o emaranhado de leis complementares, em particular sobre os diferentes meios de comunicação e sobre a interinação dos diversos tratados e acordos internacionais firmados pelo País. Reclamada por todos os segmentos da cultura, veio, pois, a suprir o vácuo existente, eis que já estavam consagrados, inclusive legislativamente, os direitos morais de autor, desde a sua inserção no texto da Convenção de Berna, exigindo, portanto, regulamentação própria.

A lei: a) reconhece os dois planos de direitos — patrimoniais e morais; b) confere-lhes regulação própria; c) rege a comunicação pública das obras intelectuais, que prevê em relação exemplificativa; d) disciplina os contratos de direitos autorais — edição, encomenda, cessão de direitos, representação dramática e produção; e) estabelece sistema de controle prático de percepção de direitos, atribuindo ao Conselho Nacional de Direito Autoral a respectiva regência; f) estatui sanções, de ordem administrativa e civil para violações a direitos autorais; g) prevê, inclusive, os casos de uso livre de obras.

Embora apresente certos problemas de ordem técnica e de ordem substancial (com algumas posições destoantes do modelo tradicional, em especial quanto a obra sob encomenda; quanto a obra fotográfica, etc.), a lei ajusta-se às diretrizes gerais da União de Berna, em que o Brasil se encarta, situando-se dentre as de maior alcance protetivo ao autor, dentro, aliás, da própria índole da matéria, que, desde a origem, se volta para o amparo do criador intelectual em seu relacionamento com o exterior, na comunicação pública de suas obras.

Com as sanções penais existentes, completa, pois, o cenário legal protetivo ao criador, na defesa dos vínculos de cunho pessoal e de cunho econômico que os unem às suas concepções literárias, artísticas e científicas.

Isso inobstante, há algum tempo se começam a ouvir vozes reformistas, exatamente para a sua adaptação ao dinamismo do setor, que, impulsionado por aparatos cada vez mais sofisticados, avança sucessivamente.

## 10. A nova Constituição

Esse movimento encontrou eco nos trabalhos de preparação da nova Constituição para o Brasil, tendo no primeiro anteprojeto sido incluídas, dentre os direitos intelectuais, diferentes categorias de bens a que se almejava submeter ao respectivo regime, a partir da qualificação naquele nível, embora em nada com ele identificadas. Manifestamos, então, nossa crítica, por meio de artigo, "Os direitos intelectuais na Constituição", publicado em *Revista de Informação Legislativa* 96/323, em que apontamos as discrepâncias, que, felizmente, foram eliminadas do texto do projeto analisado e, depois, aprovado.

Mas, a Carta votada apresenta, por sua vez, inovações em tema de direitos autorais, estampadas no corpo do § 31 do art. 6.º que, ao elencar direitos fundamentais da pessoa, estatui:

"§ 31 — É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. É assegurada proteção, nos termos da lei, à participação individual em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humana, inclusive nas atividades desportivas. Aos criadores e intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas estende-se o direito de fiscalização sobre o aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem."

Como se verifica, foram reunidos nessa disposição diversos preceitos: a) o direito à livre manifestação do pensamento e da arte; b) o direito autoral de exclusividade, em sua fórmula tradicional; c) o direito sobre participação em obra coletiva; e d) o direito de fiscalização do criador e de entidades de representação sobre o uso de suas obras. Asseguraram-se, outrossim, direitos sobre a reprodução de imagem e de voz, erigidos, assim, em direitos constitucionais, junto com outros direitos de personalidade convertidos em liberdades públicas pela nova Carta, no § 10 do mesmo arti-



go (a saber: os de intimidade; de honra; de vida privada e, novamente, de imagem, cuja violação acarretará reparação de danos, inclusive morais).

Com isso, deverá a lei ordinária regular esses direitos reconhecidos — diretamente, ou mediante derrogação da legislação vigente, condicionada à norma da Constituição de 1967, *verbis*:

“Art. 153, § 25 — Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertencem o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.”

Verifica-se da comparação que, a par das inovações apontadas, foi ampliado o espectro do direito de exclusividade, previstas as operações básicas de “utilizar, publicar e reproduzir”, que, em nosso entender, pela adoção da expressão “comunicar por qualquer meio” ganharia a dimensão definitiva e global.

Impõe-se, pois, ante o exposto, a adaptação da legislação imperante, missão para a qual deverá estar atento o nosso Legislativo.

#### 11. *Principais tarefas do Legislativo no âmbito do Direito de Autor*

No âmbito do Direito de Autor, e ao lado de inúmeras outras de relevo, em diferentes campos dos direitos privados, árdua e extensa será a ação do Legislativo para efeito de ajuste do ordenamento atual aos princípios e às regras fundamentais trazidos pela nova Carta.

Restringindo-nos ao objeto de nossa investigação, temos a assinalar que as principais tarefas do Legislativo serão as de: *a*) com respeito à liberdade de manifestação, adaptar a atual função da Censura, no plano dos direitos autorais, à nova realidade, prevendo-se mecanismos hábeis de controle e de fiscalização para os diferentes meios de recebimento de verbas próprias existentes. Nesse passo, deverão ser discutidos os organismos do setor e suas competências, em conexão com as disposições da lei-base e de outros diplomas em que se prevê a integração da Censura aos mecanismos de recepção de direitos; *b*) com relação ao direito de participação em obras coletivas — implícito, apenas, na legislação vigente —, deverão ser definidos os respectivos contornos e instituídas fórmulas de participação concreta nos diversos meios possíveis (televisão, cinema, rádio, etc.); *c*) com respeito ao direito de fiscalização do criador e de entidades representativas — questão que sempre defendemos em concreto — há que se criar regras próprias para o respectivo exercício, integrando-se nelas os sindicatos, dada a respectiva força associativa.

Em nosso entender e dada a experiência positiva em nosso País, sugerimos, quanto aos citados pontos, que: a) seja mantida a ação da Censura no âmbito da percepção de direitos autorais (qualquer que venha a ser o nome, ou as funções recebidas na nova ordem), eis que tem colaborado na efetiva concretização desses direitos; b) que a instituição de novos mecanismos de cobrança de direitos, em obras coletivas, se ajuste ao binômio: realidade de valor e praticidade de sistema, a fim de evitar-se a própria frustração do direito na prática; c) que o exercício da fiscalização seja disciplinado de modo a haver conciliação entre os interesses em jogo, elidindo-se excessos que importem em ingerência indevida em componentes da individualidade de outrem.

Com equilíbrio e mediante pleno debate no seio do Congresso, acreditamos que essas tarefas poderão ser conduzidas a bom termo em breve espaço de tempo, para permitir-se a subseqüente fruição dos direitos ora reconhecidos a nível constitucional.

Por via de adaptação da legislação em vigor, em projetos de lei específicos (ou projeto específico), cremos seja mais facilmente modificada a Lei n.º 5.988/73, mantida a sua estrutura orgânica, podendo-se, inclusive, em face da oportunidade, ajustar outros pontos que a técnica e a experiência prática tem mostrado inadequados ou superados.

## 12. *Síntese conclusiva*

Decisiva tem sido a participação do Legislativo no desenvolvimento do Direito de Autor em nosso País, que vem acompanhando a evolução tecnológica e o progresso do pensamento científico.

Entremeada pela ação do Executivo, frente a questões de ordem política, está a atuação do Legislativo plasmada em diferentes leis especiais sobre a matéria, em que se destaca a Lei-Base n.º 5.988/73, que se encontra, afora certas imperfeições, no nível das mais avançadas na defesa dos autores.

Com a nova Carta, modificações foram feitas no plano dos direitos intelectuais, que exigirão do Legislativo a proposição e a aprovação das adaptações necessárias, a fim de permitir-se o ajuste da legislação vigente, para a fruição dos novos direitos reconhecidos a nível constitucional.

Respeitados os parâmetros que colocamos, para que a nova modificação legal no setor seja compatível com a sua realidade, acreditamos que o Congresso, com equilíbrio, saberá levar a bom termo essas tarefas, permitindo aos criadores intelectuais a plena satisfação concreta de seus direitos, como estímulo para o próprio progresso cultural do País!

# Fiscalização e controle do Executivo pelo Legislativo

ROSINETHE MONTEIRO SOARES

## I — *Introdução*

Os primeiros parlamentares, nos idos da História britânica, ainda mal existente um Estado britânico, deviam reunir-se para saber da regularidade da captação de recursos pelos emissários reais. Só muito depois, o próprio rei lhes pediria para fixarem as contribuições de seus feudos e, ainda mais tarde, para as escreverem, após debatê-las; e lhe dar conhecimento <sup>(1)</sup>. Sua assinatura dava-lhes o cunho bilateral de um acordo social que se expande aos nossos dias.

Assim, pode-se dizer que o Estado legitimou-se através da expansão das funções parlamentares desde a fiscalização dos atos de cobrança da contribuição, pela aglutinação de seus elementos sociais. Esquecida principalmente no Estado de "Welfare", a fiscalização revigorou-se na última década.

O aspecto retórico, de grande visibilidade cultural do trabalho parlamentar, dominou, por algum tempo, a cena política. Mas, quando esse brilho passou a perder terreno, o Legislativo foi-se apagando na sociedade.

---

(1) HEAPHEY, *Legislature Myths and Realities*. State University of New York at Albany — 1965.

Nos anos setenta as aspirações sociais por valores mais humanísticos levaram as gentes a cobrar do Legislativo uma posição controladora do Executivo.

O próprio Parlamento, já há algum tempo, redescobrirá suas funções, quando a representatividade que lhe é imanente começa a se evidenciar, na percepção de que o Executivo em todas as nações exorbitou no ímpeto realizador.

É que, a despeito da validade das realizações, aqui, como em toda a parte, sem se preocupar com resultados e subprodutos de sua atividade, o Poder Executivo avançou muito adiante do que teria sido a **legítima** aspiração do povo e teria sido traduzido pelos seus representantes.

A realização material que deu brilho e hegemonia ao Executivo, único detentor do poder de pagar, comprar e inaugurar, acabou por conduzi-lo a agir sem cogitar, junto ao Parlamento, da obediência rigorosa aos ditames da sociedade.

Comprar, construir e pagar, para quem?

Quem estaria sendo servido? Que objetivos estariam sendo alcançados?

Quem iria usar a energia, as pontes, os automóveis e os produtos cada vez mais sofisticados?

E quem estará pagando para quem?

Amplas, as respostas não têm sido satisfatórias, e em algumas nações as perguntas foram muito adiante e se relacionaram às aspirações e **valorações** <sup>(2)</sup> de preservação ambiental, da vida e dos ideais humanos para o futuro.

Posta em dúvida a legitimidade da sofreguidão executiva de enriquecer sua folha de serviços, as sociedades voltam a se reclinar sobre seus representantes.

Hoje a maioria dos Paramentos dos países desenvolvidos fazem fiscalização e controle avaliativo dos atos do Executivo <sup>(3)</sup>. Alguns tinham desenvolvido, ao nível microeconômico, organismos do tipo do *ombudsman* sueco. Agora criam, paralelamente, funções de avaliação ao nível macrosocial para saber da validade dos projetos de governo e de sua correspondência às aspirações sociais. Examinam até mesmo sua própria "performance" de representantes indagando sobre o desempenho da lei.

---

(2) RIVLIN, Alice, 1974.

(3) PECEMHAM, Robert: *Legislative and Political Development*.

As formas como essas funções são executadas variam de nação para nação e se sofisticam ainda mais ao nível estadual. Vão desde grandes escritórios com milhares de profissionais de todas as áreas do conhecimento humano (como o General Accounts Office), gerando informações para atender às solicitações do Parlamento, até, e também, aos pequenos escritórios de pesquisas, às vezes bastante sofisticados dentro das próprias Comissões Permanentes (4).

## 2. *O pressuposto do controle legislativo*

Na idéia de representatividade deve estar implícita (5) a de responsabilidade, além de outras. A representatividade do Legislativo, legitimado pelo processo eleitoral, é reconhecidamente mais ampla que a do Executivo. Este pode ser um dos motivos pelos quais uma sociedade democrática espera de seus representantes uma atitude controladora fiscalizadora, além do exercício de outras funções. Muito mais onde o Presidente, no Executivo, não teve eleição direta.

A complexidade das estruturas administrativas reforça essa necessidade, relativa a uma função que foi a originária dos Parlamntos. Provavelmente relegou-se a fiscalização a segundo plano durante os anos de mais intenso desenvolvimento econômico. Afinal, até chegarem as civilizações a um estado de "Welfare", o Executivo, para o qual se carreavam os efeitos simbólicos da política de "dispensa de bens e serviços", detinha, em especial entre nós, a posição de variável independente das decisões políticas.

Essa situação conduziu a tal negligência o fator político do processo decisório que em algum tempo o Executivo, muito menos rico em representatividade, às vezes mesmo sem esse elemento, exacerbou sua hegemonia. Mesmo sem qualquer intenção de desmando, o enorme aparelhamento de que se dotou o Executivo pode acabar por levá-lo freqüentemente a desviar-se do curso do bem público, mal definido pelos dirigentes da tecnoestrutura (6).

Os tentáculos do Leviatã sobre a Comunidade e estrutura exigem um sistema intrínseco de fiscalização.

Até como forma de normalidade da própria instituição estatal, "a coisa pública procura sucessivamente dotar-se de instrumentação mais efetiva para uma ampla fiscalização, especializada para os vários tipos de controle (legal, financeiro, operacional, social e político)".

---

(4) BROW, Richard. Sunya 1973.

(5) FINER, Friedrich, *Bureaucratic Power in National Politics*, Boston, 1972.

(6) GALBRAITH, John, *Industrialism*.

Na Áustria a Constituição prevê a possibilidade de que o Parlamento emita resolução “expressando o desejo de como a função executiva seja exercida” a partir de seu processo de fiscalização (art. 521).

“Vis-à-vis” esse desenvolvimento, o Legislativo parecia diluir-se e sua função de fiscalização e controle reduzia-se a atitudes retóricas de queixas e acusações *pari passu* com a aprovação das contas formais do Executivo.

Nas sociedades mais democráticas em que o Poder Executivo pode exibir um grau satisfatório de representatividade, um número enorme de unidades de execução (agências independentes) começou a surgir na ânsia do progresso industrial.

Foi depois disso que os programas do Executivo acabaram por, eventualmente, contrariar os objetivos sociais de longo prazo. Usinas poluidoras, gastos exagerados em atividades sem retorno social, estímulos mal direcionados, endividamento incontrolável etc.

A sociedade acabou por perceber tais desvios de função (7) e objetivo, e começou a cobrar de seus representantes maior responsabilidade sobre o governo. Eis que, em toda parte do mundo, começam a surgir institutos novos designados ao controle dessa agressividade de iniciativa da parte do Executivo.

As vezes decepcionados pelas propostas executivas, as comunidades começam a desejar maior representatividade e até participar no processo decisório pela via das organizações corporativas.

Não temos dúvida de que este tem sempre sido o ponto de reversão entre um governo agressivo de responsabilidade muito pouco cobrada e controlada, para o início de uma interação saudável entre os dois ramos do governo (8).

Em alguns países essa mudança se deu com certo atrito entre os dois Poderes, com o Judiciário no seu papel tradicional de árbitro.

Não se sabe, por exemplo, se “Watergate” foi ponto de retorno de um período de hegemonia do Executivo ou o fortalecimento do Legislativo. O fato tomou aquele vulto porque já havia latente a sensação de dúvida quanto à situação prevalente de um poder livre demais para tomar a dianteira das decisões. Era o momento de a sociedade dar ao Legislativo muito mais crédito, recorrendo a esta instituição para redirecionar o curso da História e de preservação dos valores básicos da civilização.

---

(7) EDELMAN, Murray, *The Symbolic Uses of Politics*, Illinois Books — 1973.

(8) BOAKLINI, *A Legislature Staying Patterns*, Los Angeles, 1976.

À medida que se institucionaliza um fluxo regular de verificação do trabalho de um pelo outro, estabelece-se um retorno automático de informações úteis e um sistema implícito de eficácia e eficiência (*feed-back*).

Mesmo sabendo-se que ela não pode ser total e abrangente, a exigência de meros relatórios já predispõe o sistema a uma elevação da produtividade. Isto porque o ser humano tem um desejo interior de aprovação<sup>(9)</sup> e basta saber que seu trabalho está sendo exposto a julgamento e avaliação para desejar exibir o que tem de melhor.

### *A previsão de controle*

Mesmo nos sistemas parlamentares, onde há um pressuposto de confiança entre o aparato estatal executor e o Parlamento, a verificação de contas é necessária. Ela se refere à equivalência de confiança depositada no *Premier*. "Mientras dure esta confianza, la labor del Gobierno será controlada pelo Parlamento<sup>(10)</sup>".

Num país socialista como a Iugoslávia, a Constituição estabelece um Serviço de Contabilidade Social, autônomo na sua operação, porém à disposição dos organismos colegiados para permitir a coleta dos dados que desejam para sua fiscalização e controle de contas<sup>(11)</sup>.

### *Fiscalização no Brasil*

O professor Arx Tourinho<sup>(12)</sup> destaca várias instâncias constitucionais, no Brasil, em que a sociedade, por via de sua Carta Magna, estabelece formas de controle do Parlamento sobre os demais Poderes constituídos. "As Comissões Parlamentares de Inquérito são órgãos criados no âmbito do Poder Legislativo, com a finalidade de investigarem atuações que justifiquem procedimentos dessa natureza (art. 30, parágrafo único, letra *d*); interpelação de Ministro de Estado (art. 38); declaração de procedência da acusação e julgamento do Presidente da República e dos Ministros de Estado nos crimes conexos — processo de *impeachment* (art. 40, n.º 1); processamento de tomadas de contas do Presidente (art. 40, n.º II); processamento e julgamento dos Ministros do STF e do Procurador-Geral da

---

(9) MYRDAL — GUNAR — *Dinâmica das Mudanças Sociais*, 1972.

(10) J. GARCIA MORILLO — *Control Parlamentario*.

(11) Constituição da Iugoslávia — in *Constituições Estrangeiras*, vol. 5, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal.

(12) *Revista Forense*, ano 83, vol. 297, março, 1987.

República, nos crimes de responsabilidade; aprovação prévia, por voto secreto, da escolha de magistrados, nos casos determinados pela Constituição, dos Ministros do Tribunal de Contas da União, do Governador do Distrito Federal, dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Distrito Federal e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente; autorização de empréstimos, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; exercício de fiscalização financeira e orçamentária no Distrito Federal; proibição ou limitação temporária de emissão e lançamento de obrigações dos Estados e dos Municípios; suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do STF (art. 42, n.º I, II, III, IV, V, VI e VII); resolução definitiva sobre tratados, convenções e atos internacionais —, celebrados pelo Presidente da República (art. 44, n.º I); autorização ao Presidente da República para declarar a guerra e fazer a paz; a permissão que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nela permaneçam temporariamente (art. 44, n.º II); autorização ao Presidente e ao Vice-Presidente da República a se ausentarem do País (art. 44, n.º III); aprovação ou suspensão de intervenção federal ou de estado de sítio (art. 44, n.º IV); julgamento de contas do Presidente da República (art. 44, n.º VIII); fiscalização financeira e orçamentária da União (art. 70).”

E apesar de tantas oportunidades, esse rol é incompleto na medida em que o Executivo foge do controle através da administração indireta e das empresas estatais, não incluídas nos Orçamentos. Foge ainda por via de nomeações inadequadas de agentes incompetentes e designações inconsistentes com os objetivos do órgão administrado. Foge, à proporção que o Legislativo só se pode basear em fatos e documentos, enquanto muito da ação que se exerce sobre a comunidade não chega a ser documentada e constituir fato verificável. É o caso da prepotência, abuso de função, de poder e desmandos no trato pessoal. É o caso de execução irresponsável.

### *A forma do controle*

Há muitos pontos importantes em favor do estabelecimento de amplos subsistemas de fiscalização e controle no Legislativo<sup>(13)</sup>. Os fatos da administração não se tornam relevantes para o legislador senão quando apreciados sob o seu ponto de vista, que é assimilado por assessoria da própria instituição legislativa. Há uma grande diferença entre a orientação de uma equipe a serviço do Legislativo e dos técnicos do Executivo que farão os relatórios previstos na Constituição<sup>(14)</sup>.

(13) BROWN, Richard. 1973.

(14) Projeto de Constituição — Art. 194.



Por outro lado, a equipe técnica baseia seu levantamento de dados em valores de custo/benefício ou de cifras comparativas de aspecto técnico. A equipe avaliadora, voltada para os valores da instituição legislativa, pondera esses valores pelo benefício social e representativo.

Seu comportamento é conduzido nesse sentido mesmo que originalmente a equipe se componha de técnicos com a mesma formação acadêmico-científica das equipes do Executivo.

É que a solicitação do legislador acaba por moldar sua equipe. O político só obterá impacto positivo do seu trabalho de fiscalização e controle avaliativo se este se inclinar para aspecto político representativo da eficácia. Naturalmente esse resultado pode ser alcançado mais depressa se a equipe tiver orientação prévia dos objetivos sócio-políticos. Nem sempre as assessorias a têm, mas em algum tempo os técnicos acabam assimilando a valoração vigente pelos sistemas a que servem.

Problema da fiscalização é que ela não tem o “apelo” da legislação, nem a visibilidade da sua execução, sequer o “charme” do inquérito, até mesmo quando o inclui em seus métodos. A maior parte de seu trabalho é discreto, antipático e às vezes massante. Nos seus aspectos financeiros e jurídicos parece até conter certo ranço.

É possível, no entanto, que o computador tire de nossa carga alguns desses ângulos da fiscalização e controle e nos dê, por acréscimo, novas perspectivas de análise antes inviáveis. A avaliação inclui métodos comparativos e processos amplos do tipo custo/benefício a nível macroeconômico e social, ela dá à função controle o “animus” que antes não tinha.

Enquanto há uma quantidade imensa de críticas, observações, pesquisas e inquéritos sobre atos do Executivo, só a Tomada de Contas e algumas Resoluções das Comissões de Inquérito são formalizadas. E no que o são, interrompem o fluxo fiscalizatório, porque não estabelecem uma relação de retorno ou um sistema organizado mediante o qual a fiscalização passe a representar uma presença permanente que conduzirá a correção e retidão automáticas. Essa interrupção é seriamente de se lamentar.

O objetivo seria uma sanção, mudança e redirecionamento bastante freqüentes para não interromper, mas perenizar o fluxo fiscalizatório.

A despeito do que se previa a partir das primeiras propostas constitucionais, o projeto de Constituição que ora se vota não foi além do Ministério Público no que toca à defesa dos direitos do cidadão.

Esperava-se que, até em contrapartida à recente Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão, exdrujulamente no Executivo, o Legislativo se

dotasse de um subsistema para tal proposta. Este órgão já está presente na maioria dos Estados modernos<sup>(15)</sup>. E, a sua falta, mais se amplia a necessidade de que o Legislativo e os legisladores se habilitem para cumprir mais essa função no limite da fiscalização e controle. No momento a Comissão de Defesa do Consumidor, ao menos no que diz respeito às empresas e concessionárias públicas, faz esse papel. Mas a grande área do Governo convencional fica a descoberto. Falta um órgão que estabeleça uma interação povo/governo para verificação da forma como as populações recebem a ação governamental e para coibir no nível microssocial o abuso de autoridade e má aplicação das leis em todos os seus níveis hierárquicos.

Faz pouco tempo que, na nova fase democrática brasileira, funções mais amplas, e por seu intermédio a fiscalizatória, vêm sendo exercidas pelas Comissões Permanentes (outras que não a de Fiscalização Financeira e Tomada de Contas). Na verdade, isso se deu a partir da Comissão de Defesa do Consumidor, instalada em 1981.

Na maioria dos países é uma prática muito comum, a fiscalização direta de Comissões Técnicas sobre os órgãos do governo que tratam do assunto específico. Eles recebem relatórios rotineiros do governo.

Na legislatura 79/83 iniciaram-se as audiências de Comissões, parte de um processo de abertura que se propunha em todas as áreas do Governo. Elas tiveram mais o cunho informativo que fiscalizatório. No entanto, foi um interessante momento para a reaproximação dos Poderes Legislativo e Executivo que de há tanto sequer se confrontavam<sup>(16)</sup>. O Executivo estava no papel de variável independente do processo decisório nacional.

No Brasil a fiscalização financeira a nível legalista e financeiro é que é da tradição constitucional.

O art. 70 da atual Constituição prevê o controle externo pelo Congresso e um sistema interno de controle no Executivo.

Nos termos da Carta de 1967 e Emendas, e dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados (arts. 234 e 235), cabe a essa Casa a Tomada de Contas da Presidência da República. Na prática um volume do Parecer do Tribunal de Contas relativo à legalidade e justiça das contas apresentadas era distribuído à Comissão para novo Parecer de análise política.

---

(15) Ombudsman (Países escandinavos) Comissário Parlamentar (Grã-Bretanha); Provedor de Justiça (Portugal); Defensor do Povo (Espanha). JOSAPHAT MARINHO in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, janeiro, 1985.

(16) SOARES, Rosinethe Monteiro. *Revista de Informação Legislativa*, nº 79, setembro, 1983.

O TCU trabalha como independência mesmo na condição constitucional de órgão auxiliar do Congresso (do art. 70 C. F.).

A despeito de que a carta Constitucional de 67 tenha previsto (art. 45) uma legislação processual para a fiscalização, vários projetos apresentados (nada menos que 98 projetos de 1967 a 1983) ficaram sobrestados, enquanto prevalecia no Legislativo brasileiro um prolongado estado de inibição seguido ao choque do golpe de 1964. Só em dezembro de 1984 o Congresso logrou aprovar a Lei Benevides que determinou a instalação em cada Casa de uma Comissão de Fiscalização e Controle (17).

### *Situação presente*

O Senado Federal tentou de pronto instalar sua Comissão pelas Resoluções n.ºs 8 e 79, de 1985.

Entretanto, o Governo, mesmo depois do contra-golpe que foi a eleição frustrada do Presidente Tancredo Neves, substituído pelo Presidente José Sarney, manteve no Congresso maioria Parlamentar ligada aos velhos condicionamentos centristas da fase anterior, período chamado revolucionário.

Na verdade, um país como o nosso, habituado a um sistema presidencialista e centralista, não é fácil submeter a ação do Executivo à fiscalização do poder político assim chamado em contraposição ao que se chama poder técnico.

A Câmara dos Deputados iniciou com retardo, em relação a sua igual do Senado, as atividades de sua Comissão de Fiscalização e Controle (Resolução n.ºs 34/86, de 21-6-87).

A Comissão só foi instalada em 1988, sob a presidência do Dep. Fernando Gasparian (13-1-1988) mesmo que em 1987 tenha havido, não só indicação de membros, como certa perspectiva de instalação sob a presidência do Dep. Jorge Arbage. A perspectiva não se concretizou.

Estivemos pesquisando a atuação da nova Comissão, e fomos agradavelmente surpreendidos pela sua fecundidade. Para uma operação que apenas se inicia, e em circunstância de paralelismo com o trabalho constituinte, a Comissão está sendo muito bem sucedida.

Além de estar relatando as contas do Governo, trabalho que herdou da antiga Comissão de Fiscalização Financeira e Tomada de Contas, instalou duas subcomissões que estudam em profundidade dois temas bastante relevantes. É verdade que os temas estão interligados, mas cada subcomissão tem seu Presidente e Relator com um total de nove membros. São vinte e sete os membros da Comissão de Fiscalização e Controle.

(17) Lei nº 7.295, de dezembro de 1984.

Uma subcomissão está inquirindo sobre as atividades da Seplan, na distribuição de verbas da SEAC, a outra verifica a situação da negociação da dívida externa. A terceira deverá trabalhar na Tomada de Contas.

Como um todo, a Comissão ainda tem fiscalizado programas específicos, tais como o de privatização de empresas do Governo, negócios externos da Petrobrás e outros.

No trabalho destas subcomissões pode parecer que haja muito de superposição do que se costumava fazer, que ainda se faz nas Comissões de Inquérito. Antes das conclusões destes trabalhos não podemos saber que direção eles tomarão, que impacto poderão ter sobre o sistema governamental e se apresentaram caráter concreto de avaliação.

Que benefícios podem trazer aos objetivos da Instituição Legislativa no exercício de sua função controladora?

Sem sombra de dúvida, terão feito progresso na função fiscalizadora, no mínimo, pela exposição dos termos da ação executiva aos olhos dos representantes do povo, e, por via destes, ao conhecimento público. Mas não é tudo o que se espera da função. Para tê-la cumprido a contento, seu relatório terá que permitir, em suas conclusões, uma clara avaliação das operações analisadas; esta é que dará ao legislador meios para julgar o impacto da execução da lei e, eventualmente, redirecioná-la. Se não couber nova legislação sobre os fatos, não de caber, no mínimo, recomendações sobre sua forma de execução.

A Comissão atua por meio da aprovação de requerimentos em que os legisladores indicam os programas a serem analisados para fiscalização e controle. Pretende apreciar outros requerimentos delineando o plano dessa análise com vistas à avaliação.

É importante verificar-se que a produtividade de um trabalho de fiscalização e controle só se mostrará a longo prazo. Em algum tempo um sistema de retorno (*feed-back*), pela expectativa de controle, estará implícito na própria forma de interação de quem executa os programas com os elementos da fiscalização.

Com auxílio das assessorias da Casa, porque a Comissão ainda não tem assessoria própria (exceto a assessoria financeira da antiga Comissão de Fiscalização Financeira) e da Auditoria do Tribunal de Contas da União, podemos dizer que a Comissão de Fiscalização da Câmara dos Deputados logra certo impacto. Assuntos antes resolvidos a nível exclusivo das assessorias do Executivo estão sendo redirecionados para a apreciação do Congresso em forma de Mensagens<sup>(18)</sup>.

---

(18) *Jornal de Brasília, O Globo, Gazeta Mercantil*, abril de 1988.

Nossa observação nos permite supor que igualmente possa haver revisão de critérios do próprio Executivo na análise da perspectiva de propostas de sua ação<sup>(19)</sup>.

Esta Comissão poderá continuar crescendo a despeito da nova Comissão Mista criada por força da futura Constituição. No momento, a despeito da estreiteza de seu assessoramento, tem sabido usar muito adequadamente as assessorias centrais de que dispõe a Casa. Falta-lhe um serviço mais ativo de comunicação com a imprensa e com os demais subsistemas da Casa.

A Comissão Mista prevista na Constituição estará encarregada de dar parecer sobre leis prévias ao Orçamento e do acompanhamento da execução orçamentária, além de dar parecer sobre "Contas do Governo". Na verdade, ela pode não ser abrangente no que diz respeito à função de controle. O parecer de que trata o texto constituinte pode ser ilimitadamente criativo ou restrito.

O Estado de Nova York além de sistemas de "check-up" com relatórios freqüentes (similares aos que adotaremos agora, bimestralmente), adota um poder quase independente (Controller). Tem ainda uma Comissão de Revisão de Gastos (Legislature Expenditure Review Committee). Esta Comissão pesquisa de maneira bastante sofisticada a produtividade social do programa implementado pelo Executivo e sua consistência com a intenção do texto legal; verifica também sua eficácia em relação aos objetivos sócio-econômicos.

Para tanto são elaborados sofisticados métodos para fixar padrões, estabelecidos pelo próprio Legislativo.

Este monitoramento permite ao próprio Legislativo reeditar leis e redirecionar o fluxo de governo em direção aos objetivos que, como colegiado, considere os da sociedade que representa.

### *Perspectiva da realidade*

Uma Comissão Mista com atribuições constitucionais sobre o Orçamento e sobre as Contas do Governo, naturalmente os examinará em termos de lisura. Tratará ainda da compatibilidade de planos e propostas orçamentárias.

Entretanto, um aspecto relevante do trabalho de avaliação dos programas do Executivo pelo legislador é sua habilitação para debater a nova concessão de verbas para o departamento, empresa ou Ministério que as solicite. Pesquisas recentes sobre o tema, em países que há algum tempo

(19) *O Estado de São Paulo*, abril de 1988.

passaram a fazer esta avaliação, demonstraram que, a partir do desempenho, o debate orçamentário é extremamente facilitado e muito mais confiável, porque baseado na real experiência e demonstração da eficácia (ou ineficácia) de quem solicite a nova verba. Na Nova Zelândia (20) verificou-se que relatórios solicitados das empresas do governo contêm dados mais relevantes para o julgamento do Parlamento quanto à habilidade da mesma em cumprir os objetivos propostos pelo Parlamento. Dados pesquisados assistematicamente e solicitações de informações podem não conduzir a tão bons resultados.

O Regimento que há de vir tanto poderá limitar os termos desse parecer à complementação política do estudo do TCU como ampliá-lo criativamente. Seria desejável, e aí apenas conjecturamos, que o Regimento deixasse a função de auditoria operacional a cargo do TCU, e demandasse da Comissão Mista um parecer sobre os aspectos da eficácia política da maneira como o Executivo tenha implementado a lei. Mas também é possível que, tendo que acompanhar a execução orçamentária, a Comissão Mista obtenha dados concretos sobre a implementação ou não de programas previstos, sem entrar no campo da sua avaliação quanto aos objetivos do intento legislativo. Nesse caso ainda restará um amplo campo de ação para uma Comissão de Fiscalização e Controle em cada Casa, que melhor se chamaria Comissão de Avaliação da Execução Orçamentária.

### *Conclusão*

Por força da Lei Benevides, n.º 7.295, de 19 de dezembro de 1984, as Comissões de Fiscalização e Controle deverão continuar suas atividades, a menos que ela seja considerada revogada. É possível que assim aconteça, mas há fortes vozes no sentido da permanência, reivindicações que podem ter um cunho sincero de opinião formada quanto à necessidade ou, no mínimo, utilidade da comissão. Mas podem somar a este um aspecto fisiológico de foro de prestígio e negociação política, que realmente constitui uma comissão, mormente uma com tantos poderes.

Pelo que temos visto dos anteprojetos de regimento interno, tanto para a Câmara como para o Senado, a Comissão não permaneceria como uma unidade, mas todas as comissões poderiam receber e atuar sobre proposta de fiscalização e controle, uma sugestão nossa, aceita pelo Deputado Nelson Jobin e sua assessoria pessoal junto à comissão de elaboração de Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Como a idéia já sobreviveu a três triagens de assessorias à Mesa e uma Comissão Formal, temos esperança de que venha a vingar ao final. Há, no entanto, fortes tendências no

---

(20) R. C. MASCARENHAS, in *Revista Internacional de Ciências Administrativas*, n.º 2, 1985.

sentido de que a proposta de fiscalização e controle tenha um endereço certo numa comissão única que permita a acumulação de função por parte de seus membros.

Assim, a Comissão de Fiscalização e Controle seria composta por membros de todas as demais, porém dedicar-se-ia, especificamente, à função fiscalizatória, enquanto as demais, além de seu caráter técnico instrutório, têm agora funções legislativas específicas previstas no art. 58 da nova Constituição.

O óbice maior a que as Comissões de Fiscalização e Controle permaneça será, de toda forma, a existência da Comissão Mista desenhada para centralizar um número, em nossa opinião, demasiado amplo de funções orçamentárias, de previsão, acompanhamento e também de fiscalização (art. 166, C).

É nossa opinião que estas Comissões têm um papel relevante, diferente daquele de mais pronta observação do dia-a-dia dos executores do Orçamento. As Comissões de cada Casa teriam a fiscalização e controle de longo prazo, dos aspectos não orçamentários ligados à ação política propriamente dita.

O aparelhamento e sofisticação técnica da Comissão Mista, será um argumento para centralizar mais esta função. Uma alternativa organizacional poderia ser um repasse de etapas de trabalho. Nesse caso as análises da Comissão Mista poderiam ser solicitadas ou de pronto remetidas a estas Comissões para a etapa de análise de desempenho que lhes coubesse. O ponto essencial seria a eficácia em relação aos objetivos propostos para novos projetos de redirecionamento via projeto de lei da própria Comissão, ou indicações para elaboração de novos projetos.

Naturalmente reconhecemos que nossa sugestão é otimista demais em relação à integração dos subsistemas do Congresso e de suas Casas individualmente. À impossibilidade de que isso aconteça restam outras hipóteses. Uma seria a de que, como agora, as Comissões de Fiscalização e Controle desenhadas para avaliação ou auditoria de eficácia, trabalhem com as assessorias institucionais da Casa. Esta forma discreta de atuação tem sido um excelente meio pelo qual a Comissão de Fiscalização da Câmara dos Deputados desfaz condicionamentos prolongados e negativos da instituição a seus membros no sentido da inércia (21).

O hábito secular de posicionamento central do Executivo impede o legislador de agir mais agressivamente. Só através de uma ação discreta reverte-se essa atitude, sem reações mais que proporcionais que levariam à anulação das tentativas inovadoras.

(21) SOARES, *Revista de Informação Legislativa*, nº 86/85.

As duas Comissões de Fiscalização e Controle das Casas do Congresso já têm Regulamento de seus trabalhos. No caso da Câmara a institucionalização desse Regulamento não chegou a ser efetiva uma vez que as Comissões já foram instaladas durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Naturalmente a Comissão pretende atualizar seu projeto de Regulamento Interno consoante a nova Constituição.

Ambos os projetos de trabalho são ambiciosos quanto à integração de futuras Assessorias multidisciplinares, próprias, com as do Executivo e do TCU. Junto à Câmara a intervenção do TCU como elemento de assessoria e auditoria financeira já é uma realidade. Muito mais ainda hoje que em 1982 quando o Ministro Luciano Brandão Alves de Souza prenunciava esse relacionamento como uma "interação positiva em que o auxílio vale por colaboração". Em verdade já havia uma interação inicial <sup>(22)</sup> entre as duas instituições, Câmara dos Deputados e Tribunal de Contas da União, em face da jurisdição constitucional da primeira sobre a Tomada de Contas da Presidência da República (art. 40, II).

Nossas expectativas estão baseadas na recente mudança de comportamento do Poder Legislativo no seu relacionamento com o Poder Executivo. É bem verdade que essa mudança tem apresentado idas e vindas. Há recaídas no estado de dependência em que o Legislativo se apercebe, freqüentemente, no processo decisório nacional.

Mas foi flagrante um ímpeto de reorganização social por que passou a Nação no pressuposto de um momento "zero" da ordem social. Dele adveio a Constituinte dominando o cenário em que tantas instituições desejavam desenhar uma nova ordem <sup>(23)</sup>.

A partir dessa nova ordem que se desenha legalmente, mas que já existe, em grande parte, nas novas organizações comunitárias surgidas no período de mobilização pré-constituinte, a nação ganhou um foco de intenso desejo participatório. A esse desejo deve corresponder uma ação representativa legislativa de constante vigilância sobre o poder delegado do executor da lei.

Só esse novo "ethos" pode justificar uma fase diferente para a fiscalização e controle por parte do Legislativo, quando antes ela se mostrava tífio e pouco eficaz, hesitante em relação a um Estado muito mais poderoso que o próprio guardião dos valores sociais e o único poder com direito a traduzir e expressar a vontade social e a base dos fundamentos da sociedade — a Assembléia Nacional Constituinte.

---

(22) Art. 40, II, da Constituição Federal de 1967, *Revista do Tribunal de Contas da União* — nº 27, dezembro, 1982.

(23) Ampocs — Águas de São Pedro, 1985.



# Sistemas constitucionais estrangeiros e órgãos de controle financeiro e orçamentário

VITOR ROLF LAUBÉ

Procurador do Município de São Bernardo  
do Campo. Mestrando em Direito pela Pon-  
tíficia Universidade Católica de São Paulo,  
PUCSP

## S U M A R I O

1. *Introdução: considerações acerca do direito com-  
parado.* 2. *Tribunal de Contas, o órgão fiscalizador bra-  
sileiro.* 3. *Modelo inglês e sistemas constitucionais que  
o adotam.* 4. *Modelo francês e sistemas constitucionais  
que o acolhem.* 5. *Classificação proposta por Allomar  
Balestro e o modelo de controle "político-partidário".* 6.  
*Considerações finais.*

1. De irrefutável interesse a qualquer estudo jurídico que se pretenda é o direito comparado. Óbvio está que, pela análise dos diversos sistemas jurídico-positivos, possível se torna o conhecimento de institutos que tenham inspirado os nossos legisladores na estatuição de semelhantes institutos no ordenamento jurídico brasileiro.

De revés, o direito comparado também assume notável importância quando da criação de novos institutos jurídicos. É de todo conveniente, pois, em tal oportunidade, ao legislador perquirir os diversos ordenamentos jurí-

dicos existentes na busca de elementos que melhor se adaptem ou aperfeiçoem o ordenamento pátrio.

De evidente valor, então, o direito comparado tanto ao legislador, bem como a todos os profissionais do direito que àquele, direta ou indiretamente, auxiliem em seu mister inovador da ordem jurídica.

No entanto, a utilização dos ensinamentos doutrinários alienígenas deve, por seu turno, ser feita com cautela. Tal há que ser observado uma vez que se constituem esses em “metalinguagens” de uma linguagem objetiva específica, que é o respectivo direito positivo. Assim, a simples transposição de uma metalinguagem estrangeira (doutrina) para o sistema jurídico brasileiro, com o escopo de se explicar determinado fato pertinente à este ordenamento, restará imprestável, eis que aquela metalinguagem está a se referir a uma norma de seu sistema jurídico positivado e não do brasileiro. Daí, portanto, a necessidade da precitada cautela.

Ora bem, se é assente o valor do direito comparado ao estudo do direito, principalmente nas perspectivas “ab initio” mencionadas, necessário é que se decline o objeto que será alvo de pesquisa nos diversos sistemas constitucionais que adiante se fará. Cumpre, então, esclarecer que se pretende tão-apenas fazer referência às principais características dos órgãos de fiscalização financeira e orçamentária como constitucionalizados em alguns sistemas jurídicos estrangeiros. Nada mais.

2. No Brasil, o referido órgão controlador é o *Tribunal de Contas da União*. É, pois, a ele que é acometido, enquanto auxiliar do Congresso Nacional, o controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, bem assim o controle através da apreciação das contas de qualquer pessoa física ou entidade que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos. Suas atribuições são atualmente várias, não se limitando ao acima exposto de forma genérica; aliás, são merecedoras de um estudo detido, impossível de ora se proceder, sob pena de prejudicar o objeto deste trabalho.

Importa, todavia, mencionar que o Tribunal de Contas da União é uma instituição com quase um século de existência entre nós. Por iniciativa de Rui Barbosa, através do Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, foi tal órgão criado. Trata-se, portanto, de instituição surgida com o advento da República.

É na Constituição de 1890 que o Tribunal de Contas ganha assento constitucional, institucionalizado que foi no artigo 89 de tal texto maior. A partir da Carta Republicana não mais deixou a Corte de Contas de ser objeto de previsão constitucional, estando, pois, positivada em todas as Constituições brasileiras que àquela sucederam.

É de se conhecer, ante ao já exposto, os órgãos fiscalizadores existentes nos sistemas jurídicos estrangeiros.

3. Na *Inglaterra*, através do “Exchequer and Audit Departments Act of 1866”, foi criada a função de “Comptroller and Auditor General”<sup>(1)</sup>. O ocupante desta função é nomeado pela Coroa e somente pode ser demitido após expressa manifestação nesse sentido pelas duas Casas do Parlamento. Tem o “Comptroller”, com o auxílio de seus subordinados, a função de acompanhamento da execução orçamentária, o que faz sem nenhum vínculo hierárquico em relação ao Gabinete de Ministros, muito embora deva colaborar com o Tesouro. Na verdade, é tido como funcionário do Parlamento, sendo responsável para com a Comissão de Contas da Câmara dos Representantes. Esse órgão parlamentar — o “Public Accounting Committee” — é composto por 15 Deputados e é a ele que se reporta o “Comptroller” em seu elevado mister, bem como apresenta o seu relatório geral sobre a execução orçamentária. Por fim, importa dizer que as inspeções realizadas pelo “Comptroller and Auditor General” são efetivadas sempre de inopino, ficando à sua escolha os setores a serem auditados, o que incontestavelmente faz com que todas unidades se empenhem em ter diuturnamente regulares os seus procedimentos sujeitos à investigação<sup>(2)</sup>.

O sistema de controle inglês, como adiante se evidenciará, inspirou diversos países na adoção de similares institutos, quer a nível constitucional, quer a nível infraconstitucional.

Nos *Estados Unidos da América* há órgão semelhante ao modelo britânico. Instituído em 1921, através da Lei de Orçamento e Contabilidade (“Budget and Accounting Act”), o “General Accounting Office” é uma “autarquia independente que integra o Poder Legislativo”, cuja atribuição é a de fiscalizar as atividades dos órgãos federais daquele país. A referida instituição norte-americana é chefiada pelo “Comptroller General”, que é nomeado pelo presidente da República, mediante aprovação pelo Senado, para exercer um mandato de 15 anos; a sua demissão somente poderá se dar pelo Congresso e por justo motivo<sup>(3)</sup>.

De acordo com ELMER B. STAATS, “a Lei do Orçamento e Contabilidade de 1921 refletiu a crença, generalizada na história dos Estados Unidos, de que o controle de verbas do Governo Federal deveria caber ao Poder Legislativo, que é composto de representantes eleitos pelos contribuintes. De modo geral, os objetivos do ‘General Accounting Office’ não podem ser dissociados das necessidades de informação e de consultoria que o Congresso tem para desempenhar as suas responsabilidades legislativas e fiscalizadoras. Além de fornecer assistência ao Congresso quando solicitado,

(1) Na realidade, a denominação completa de tal função é “Comptroller General of the Receipt and Issue of his Majesty's Exchequer and Auditor General of Public Accounts”.

(2) Seguiu-se a exposição de ALIOMAR BALEEIRO, contida no artigo “O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária”, *RDA* 31: 13-4, jan./mar. 1953.

(3) Conforme ELMER B. STAATS, “O General Accounting Office dos Estados Unidos”. *R. TCMSP* 19:21, mar., 1977.

o 'General Accounting Office' também executa, dentro de suas amplas atribuições, a responsabilidade independente de dar opiniões legais, receitar princípios e padrões de controle de contas e, o que é mais importante, examinar, por iniciativa própria, o funcionamento do Governo Federal e preparar análises para o Congresso" (4). São estas, portanto, as palavras de ELMER B. STAATS, que em 1977 ocupava o cargo de "Comptroller General" do "General Accounting Office" dos Estados Unidos da América.

Similar ao modelo norte-americano é o adotado pelo *Peru*, em sua Constituição política de 1979, especialmente no que diz com o modo de condução do Controlador à chefia do órgão fiscalizador, à periodicidade da função, bem como relativamente à forma de demissão.

Tanto é assim que o artigo 146 da Lei Maior peruana dispõe que: "La Contraloría General, como organismo autónomo y central del Sistema Nacional de Control, supervigila la ejecución de los presupuestos del Sector Público, de las operaciones de la deuda pública y de la cuestión y utilización de bienes y recursos públicos. El Contralor General es designado por el Senado, a propuesta del Presidente de la República, por el término de siete años. El Senado puede removerlo por falta grave" (...). De logo se denotam os referidos pontos comuns anteriormente citados.

Na República da *Venezuela* também é acolhido um sistema similar aos já mencionados, de sorte que é atribuída à "Contraloría General de la República", nos termos do artigo 234 da Carta Constitucional venezuelana, de 1961, o controle, vigilância e fiscalização da receita, despesa e bens nacionais, assim como das operações relativas aos mesmos. E mais, "las funciones de la Contraloría General de la República podrán extenderse por ley a los institutos autónomos, así como también a las administraciones estatales o municipales, sin menoscabo de la autonomía que a éstas garantiza la presente Constitución" (art. 235).

A Controladoria venezuelana, chefiada pelo "Contralor General de la República", é situada como órgão auxiliar do Congresso em sua função de controle sobre a Fazenda Pública. A sua independência funcional é garantida constitucionalmente (art. 236), posto que lhe é assegurada autonomia funcional no exercício de suas competências.

O Controlador Geral da República da Venezuela é eleito pelo Congresso "dentro dos primeiros trinta dias de cada período constitucional" (art. 238), do que se depreende que o seu mandato corresponde praticamente a uma legislatura. Dentre as funções inerentes à direção da Controladoria Geral, vale dizer, compete ao Controlador apresentar, anualmente, um relatório ao Congresso venezuelano sobre a conta ou contas que hajam apresentado os organismos e funcionários obrigados a tanto, bem assim atender, a qualquer tempo, a pedidos de informações efetuados pelos Poderes Legislativo ou Executivo.

(4) Id. *Ibid.*, p. 21.

O modelo britânico, aliás, é tão difundido que, além de adotado na América do Norte e em diversos países da América Latina, também o é em alguns da Ásia, como ocorre, por exemplo, na *China*.

Assim, compete ao Congresso Nacional Popular, órgão supremo do poder político na estrutura estatal da República Popular da China, a escolha do Auditor-Geral de acordo com proposta formulada pelo Presidente do Conselho de Estado. Importa esclarecer que o Conselho de Estado, nos termos do artigo 85 da Constituição chinesa de 1982, “é o Governo Central Popular da República Popular da China, o corpo executivo do órgão supremo do poder político e o órgão supremo da administração pública”.

Como nas demais cartas constitucionais, é ao Congresso Nacional da China que se atribui a função de apreciação e aprovação do “Orçamento do Estado”, além do que, e o que mais interessa, a deliberação acerca das “Contas Gerais do Estado”, conforme o artigo 62, 10.º, da Carta chinesa, que nada mais significa do que a função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo, uma vez que ditas “Contas” refletem a atividade estatal desenvolvida, na qual são detalhadamente especificadas as operações financeiras procedidas pelo Estado.

Pois bem, o chefe do órgão fiscalizador chinês, como já referido, é o Auditor-Geral. Este alto servidor da República da China é nomeado e exonerado pelo Presidente da República, que pratica tais atos administrativos em estrita obediência às decisões emanadas do Congresso Nacional Popular (art. 80). Ademais, vale ressaltar que o Auditor-Geral, de conformidade com o mandamento constitucional contido no artigo 86 da Lei Suprema daquele país, é membro integrante do Conselho de Estado, órgão de singular importância no ordenamento constitucional positivado da China, como já expressado, do que se denota a importância emprestada ao instituto fiscalizador naquele Estado.

No entanto, convém anotar, diferente é a situação na organização estatal do já mencionado órgão fiscalizador, posto que, na dicção do artigo 91 da Constituição chinesa, “junto do Conselho de Estado funciona um órgão de fiscalização de contas de todos os serviços dele dependentes e das administrações locais de vários níveis, das organizações financeiras e monetárias e das empresas e estabelecimentos. Sob a direção do Presidente do Conselho de Estado, o corpo revisor de contas exerce com plena independência a sua competência de fiscalização nos termos definidos em lei, sem interferência de qualquer outro órgão administrativo, organização pública ou particular”. Ora, evidente está a noticiada diferença, uma vez que o referido órgão controlador funciona junto ao Conselho de Estado, com este submetendo-se ao Congresso Nacional, que é o órgão supremo do poder político, de acordo com o já mencionado; inexistente, pois, o auxílio direto ao Legislativo, mas sim a um órgão de administração superior. Mais ainda, é a este Conselho que a Carta Constitucional da China atribui competência para elaborar e fazer executar o “Orçamento do Estado” (art. 89, 5.º, “in fine”),

bem como dirigir e desenvolver, entre outras, as atividades respeitantes à fiscalização (art. 89, 8.º). Deveras, conforme possível é vislumbrar-se em face das peculiaridades apontadas, está-se diante de uma colocação constitucional diversa das comumente observadas.

De acordo com o estatuído na Constituição Política da República do Chile, de 1981: "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva" (art. 87, 1.ª parte).

A Controladoria Geral chilena é chefiada pelo "Contralor General de la República", o qual é designado pelo Presidente da República com a aprovação do Senado. Àquele que for investido no cargo de Controlador Geral são conferidas as garantias de inamovibilidade e de vitalidade, sendo que aquela consta explicitamente do Texto Constitucional e esta implicitamente, uma vez que o citado texto assegura que o "Contralor será inamovible en su cargo y cesará en el al cumplir 75 años de edad" (art. 87, 2.ª parte).

São estas, pois, as principais características do órgão de fiscalização adotado pelo regime constitucional chileno.

Claro está, portanto, o êxito alcançado pelo modelo de fiscalização financeira e orçamentária inglês, pois, além de adotado pelos Estados já referidos, também o é por muitos outros, como, por exemplo, a República da *Nicarágua* (arts. 138, 8.º e 10.º, e 154 a 157 da Constituição de 1986) e a República da *Costa Rica* (arts. 183 e 184 da Constituição de 1949).

Apesar das peculiaridades que distinguem os órgãos fiscalizadores até aqui tratados, possível é, todavia, consignar-se alguns pontos de contato: controle efetuado por um único servidor, demissível pelos órgãos legislativos e a estes se reportando no cumprimento de suas funções controladoras.

4. Entretanto, não obstante a difusão do aludido modelo inglês, também foi muito grande a influência provocada pelo modelo francês, o qual, impede mencionar, acabou acolhido por muitas Constituições, entre as quais a brasileira.

Sendo assim, importa verificar como se apresenta o órgão fiscalizador obrigado pela Constituição da *França*.

A "Cour des Comptes" foi criada por lei de 16 de setembro de 1807, com "atribuição de controle posterior sobre as finanças do país e das administrações locais". Suas decisões, todavia, são passíveis de reforma, em "grau de cassação, pelo Conselho de Estado, o grande órgão que no siste-

ma francês goza de poder jurisdicional somente comparável ao Supremo Tribunal Brasileiro ou à Corte Suprema dos Estados Unidos. Não obstante, ela comunica as irregularidades administrativas ao Legislativo para os efeitos da conta geral do ano financeiro e responsabilidade dos Ministros. (...) A 'Cour des Comptes', além de estender a sua vigilância sobre as administrações departamentais e comunais, colhe nas suas malhas as instituições de direito privado que recebem subvenções e auxílios do Governo". É a lição, sempre valiosa, de ALIOMAR BALEIRO (5).

O Tribunal de Contas francês, órgão colegiado, é composto por Ministros que são nomeados pelo "Conselho de Ministros" (6) (art. 13 da Constituição de 1958).

A competência da Corte de Contas francesa é sucintamente traçada pela Constituição daquele país, que, em seu art. 47 (sexto parágrafo), dispõe que cabe a ela assistir o Parlamento e o Governo no Controle da execução das leis de finanças.

Na Itália, com poucas variações, há um modelo muito semelhante ao agasalhado na Carta Constitucional da França.

Nos termos do art. 100 da Constituição italiana, "o Tribunal de Contas (Corte dei Conti) exerce o controle preventivo de legitimidade sobre os atos do Governo, e também aquele sucessivo sobre a gestão do balanço do Estado. Participa, nos casos e nas formas estabelecidas em lei, do controle sobre a gestão financeira das entidades, para as quais o Estado contribui em via ordinária. Relata diretamente às Câmaras o resultado da confrontação realizada".

Mais ainda, para a completa eficiência da "Corte dei Conti", é assegurada constitucionalmente (art. 100 *in fine*) a independência da instituição, bem como de seus integrantes, perante o governo.

A este Tribunal de Contas é cometida "jurisdição" nas matérias de contabilidade pública e nas outras que sejam especificadas em lei (art. 103, 2.º). No entanto, convém anotar que, das decisões que dele emanarem, caberá recurso à Corte de Cassação tão-apesas quando inerente à jurisdição (art. 111, 3.º).

Já se fez referência ao fato de ser garantida, a nível constitucional, a independência aos integrantes do Tribunal de Contas italiano. Pois bem, os referidos membros pertencentes a uma especial categoria de funcionários, aos quais são asseguradas determinadas garantias para o bom desempenho de suas funções, são os "Conselheiros de Tribunal de Contas". A eles, portanto, cabe a missão de acompanhar a execução do orçamento aprovado pelas Câmaras do Legislativo.

(5) *Op. cit.*, p. 18.

(6) O "Conselho de Ministros" é presidido pelo Presidente da República e integrado pelo Primeiro-Ministro e demais membros do Governo (Ministros de Estado).

Conveniente é, por oportuno, trazer à colação o magistério de PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, uma vez que referente a aspectos relativos à atuação controladora da Corte de Contas, bem assim do próprio Legislativo italiano.

O mencionado constitucionalista assim se manifesta: "O Tribunal de Contas (subdividido em duas Seções de Controle e várias outras jurisdicionais e duas para a Região Siciliana) está, com efeito autorizado para chamar a atenção das Câmaras sobre as violações da lei do orçamento (ou de outras leis), estando obrigado a registrar, mediante visto com reserva, após requerimento expresso do Conselho de Ministros (provocado pelo ministro interessado, que viu seu próprio decreto ser rejeitado pelo Conselho ligado ao próprio Ministério, antes; e, depois, pela Seção de Controle do Tribunal). Todavia, na prática italiana, se o repetido controle administrativo realizado pelos funcionários do Tribunal (no ato de colocar o visto) foi eficaz, quase que irrelevante será o controle político posterior que deverá ser feito pelas Câmaras; que raras vezes têm examinado com atenção os decretos registrados com reserva transmitidos pelo Tribunal de cada 15 dias (que são enviados pela Presidência de cada assembléia à Comissão permanente competente na matéria para que a mesma transmita, dentro de um mês, uma relação sobre a questão à Câmara)." Assim sendo, prossegue BISCARETTI DI RUFFIA ponderando: "O Parlamento poderia, com efeito, declarar, a propósito, a responsabilidade sobre o plano político do Governo ou solicitar a declaração da ilegitimidade da providência tomada. Nota-se, por outro lado, que os casos (taxativamente determinados pela lei) em que se rejeita o registro têm caráter absoluto (...), importando, conseqüentemente, a anulação do ato" (7). É este, portanto, o ensinamento esclarecedor do mestre itálico.

Com efeito, do mencionado acerca dos Tribunais francês e italiano, possível é notar que, quanto à oportunidade em que o controle é efetivado, sobrepairá uma distinção: enquanto que na Corte francesa tal se dá *a posteriori*, na italiana observa-se ser o dito controle *a priori* e, também sucessivo.

A fiscalização financeira procedida por órgão colegiado também é verificada no Texto Constitucional da *República Federal da Alemanha* (Constituição promulgada pelo Conselho Parlamentar em 23 de maio de 1949).

A citada Lei Fundamental alemã dispõe sobre o Tribunal em único artigo, que é vazado nos seguintes termos: "O Tribunal Federal de Contas, cujos membros gozam de independência judicial, examina as contas, bem

---

(7) PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Direito Constitucional (Instituições de Direito Público)*, trad. de MARIA HELENA DINIZ, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, pp. 359-60.



como a rentabilidade e a regularidade da gestão orçamental econômica. Além do Governo Federal, o Tribunal Federal de Contas tem de informar direta e anualmente o Parlamento e o Conselho Federal. De resto, as competências do Tribunal Federal de Contas são regulamentadas por lei federal” (art. 114, 2).

No que pertine à instituição fiscalizadora alemã, o *Bundesrechnungshof*”, é de se notar, de conformidade com o constitucionalmente previsto, que seus membros têm asseguradas todas as garantias outorgadas aos magistrados <sup>(8)</sup>, bem como é de sua competência o exame das contas apresentadas pelo Governo, através do Ministro Federal das Finanças, as quais deverão ser submetidas à aprovação do Parlamento e do Conselho Federal. No entanto, o principal ponto merecedor de destaque com relação ao Tribunal Federal de Contas é a sua obrigação de informar, além do Governo Federal, direta e anualmente, o Parlamento e o Conselho Federal (“*Bundesrat*”). Impõe-se observar que os Estados-Membros participam da função legislativa federal por intermédio do referido Conselho Federal, diferenciando-se este, todavia, em relação ao Parlamento Federal, quanto ao modo de condução de seus membros às ditas Casas Legiferantes, uma vez que naquele são os seus integrantes designados e destituídos pelos governos de seus Estados (de acordo com o art. 51, 1, da Lei Fundamental) e neste, o Parlamento, são eleitos por sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto (conforme o art. 38, 1, do mesmo texto). Ora bem, conquanto deva o Tribunal relatar ao Legislativo, impende, *ex vi* de mandamento constitucional, que também o faça ao Governo; daí se poder deduzir que o órgão controlador situa-se entre o Parlamento e o Governo.

Relativamente ao controle administrativo, consoante o dizer de JOSEF SELBACH, Vice-Presidente aposentado do Tribunal Federal de Contas alemão, a Corte em questão “controla de modo contínuo, ainda que apenas por uma amostragem adequada, todos os setores públicos, a fim de formar uma imagem de toda a administração orçamentária e econômica, para, por consultoria e orientação, contribuir para uma organização adequada e um cumprimento ideal das tarefas” <sup>(9)</sup>. São estes, segundo o experimentado ex-

---

(8) Segundo o artigo 97 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: “(1) Os juizes são independentes e subordinados à Lei. (2) Os juizes nomeados com caráter permanente e definitivamente enquadrados não poderão, contra a sua vontade, ser destituídos antes de terminado o prazo de exercício das suas funções, nem sequer suspensos dos seus cargos definitiva ou temporariamente, nem transferidos para outro posto, nem aposentados, salvo em virtude de uma resolução judicial, e unicamente por motivos e nos moldes prescritos nas leis. A legislação pode fixar limites de idade, passados os quais serão aposentados os juizes nomeados com caráter vitalício. Ao modificar-se a organização dos tribunais ou suas jurisdições, os juizes poderão ser transferidos para outro tribunal ou afastados do cargo, mas unicamente desde que continuem a perceber vencimentos integrais.”

(9) JOSEF SELBACH, “Sistema e objetivo do controle interno e externo na República Federal da Alemanha, *R. TCMSP* 39:07 dez., 1983.

membro daquela instituição, os principais traços da fiscalização administrativa alemã.

Finalizando esta análise acerca dos órgãos fiscalizadores colegiais, de acordo como constitucionalmente postos, é de se ver como encontram-se constitucionalizados os Tribunais de Contas de duas "Leges Fundamentales" recentísimas e por demais elogiadas pela doutrina. São elas as Constituições da *Espanha*, de 1978, e a de *Portugal*, de 1976, já com a primeira revisão operada em 1982.

O *Tribunal de Contas espanhol*, segundo o art. 136, 1, do Texto Constitucional, é o supremo órgão fiscalizador das contas e da gestão econômica estatal, assim como do setor público; exerce suas elevadas funções com dependência e por delegação das Cortes Gerais (Congresso dos Deputados e Senado) no exame e comprovação da Conta Geral do Estado.

Ditas contas do Estado e do setor público submetem-se ao Tribunal de Contas, podendo por tal Corte ser censuradas; mais: "El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido" (art. 136, 2).

Como nos diversos ordenamentos constitucionais já examinados, os membros do "Tribunal de Cuentas español" gozam também da mesma independência e inamovibilidade, bem assim são submetidos às mesmas incompatibilidades dos magistrados.

Em *Portugal*, incumbe à Assembléia da República, órgão legislativo único representante dos cidadãos lusitanos, a fiscalização da execução do orçamento, o que faz, evidentemente, com o auxílio do Tribunal de Contas. É aquela, pois, que, com prévio parecer deste, aprecia e aprova a Conta Geral do Estado.

A competência do Tribunal de Contas, segundo o art. 219 da Constituição portuguesa, consiste em "dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, fiscalizar a legalidade das despesas públicas e julgar as contas que a lei mandar submeter-lhe".

De acordo com a mencionada competência constitucional da Corte de Contas portuguesa, possível é se notar o claro caráter de órgão auxiliar daquele a que efetivamente cabe a função fiscalizadora, ou seja, a Assembléia da República. Apesar disso, convém aduzir que não obstante a sua posição como instituição de auxílio ao Legislativo, está o mesmo disciplinado na Constituição de Portugal em seu Capítulo II, "Organização dos tribunais", do Título V, "Tribunais", ao lado dos órgãos do Poder Judiciário.

Os membros do Tribunal de Contas português, em número de sete, os quais gozam do atributo da vitaliciedade, têm o seu presidente nomeado e exonerado pelo Presidente da República, sob proposta do governo, que

é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública, sendo constituído pelo primeiro-ministro, pelos ministros e pelos secretários e subsecretários de Estado.

São estas, portanto, algumas instituições fiscalizadoras que adotam a estrutura de órgão colegiado. Conquanto se cingiu o exame a alguns países que instituíram o Tribunal de Contas como órgão fiscalizador, claro está que muitos outros também adotaram constitucional ou infraconstitucionalmente o mesmo modelo, como é o caso, exemplificativamente, do *Uruguai* (art. 208 e seg. da Const. de 1966), do *Paraguai* (art. 203 da Const. de 1976), de *Guiné-Bissau* (art. 93, 2, b, da Const. de 1984), da *Áustria* (art. 121 a 128 da Const. de 1920), do *Japão* (art. 90 da Const. de 1946) etc.

Dos sistemas constitucionais vistos que abrigam o modelo francês, possível é pinçar-se alguns traços comuns acerca da instituição fiscalizadora, quais sejam: sua estruturação em órgãos colegiados, em que seus membros, assistindo os órgãos legislativos em sua função fiscalizadora, controlam a atividade financeira e orçamentária estatal; exame judicialiforme dos atos administrativos que geram despesas; apreciação técnica das contas gerais anuais apresentadas pelo governo, com posterior julgamento pelo Legislativo; mesmas garantias aos membros dos Tribunais de Contas que as conferidas aos integrantes dos órgãos judiciais.

Já se viu, então, que existem pelo menos dois tipos de órgãos fiscalizadores: o inglês e o francês. Um adota uma controladoria, outro um tribunal; lá há um controlador geral, aqui ministros ou conselheiros do tribunal.

Aquele primeiro tipo de controle de execução orçamentária, ALIOMAR BALEEIRO chamou de "legislativo", enquanto que a este de "judicial" (10). Contudo, *concessa venia*, é de se preferir o termo "judicialiforme" ao "judicial", posto que não se trata de um exame judicial na acepção estrita do vocábulo, mas sim e tão-apesas uma atividade com forma similar a tal, divergindo, porém, quanto ao seu conteúdo, que é meramente administrativo.

Mas, além daqueles dois tipos de controle, segundo ALIOMAR BALEEIRO, há uma terceira modalidade. Este modal é o "político-partidário", que é efetuado pelo partido político único, como ocorre na Rússia, onde o governo presta contas perante um órgão partidário, o "Rabkrin", ou "comissariado de inspeção de operários e camponeses" (11).

6. No entanto, vale dizer, não é esta a única classificação relativa aos órgãos fiscalizadores. Seguiu-se, no entanto, a esta, uma vez que se demonstrava hábil para se atingir os diversos ordenamentos constitucionais, como de início proposto. A outra classificação existente é a que leva em consideração a oportunidade em que se verifica o controle por tais órgãos.

(10) *Op. cit.*, p. 13.

(11) *Id. Ibid.*, pp. 13 e 16.

Sob este enfoque têm-se também três tipos de fiscalização, ou seja, o exame prévio absoluto, o exame prévio relativo e o exame posterior, também conhecidos por exames de contas do tipo italiano, belga e francês, respectivamente.

O exame prévio absoluto ou do tipo italiano, conforme anteriormente já visto, caracteriza-se pela possibilidade do órgão fiscalizador poder negar registro à despesa, vetando-a, quer por inexistência de recursos financeiros, quer por erro de dotação.

Já o exame prévio relativo, que é levado a efeito pelo Tribunal belga, tem como peculiaridade a possibilidade de o órgão controlador negar o registro à despesa havendo qualquer irregularidade, devolvendo sua documentação ao órgão competente do Executivo, motivando a recusa. Contudo, pode o Executivo não aceitar o fato e solicitar que o Tribunal faça o registro sob protesto. Do fato é noticiado o Legislativo, que tomará as medidas pertinentes em relação à unidade que efetuou a despesa.

Por fim, o exame posterior ou do tipo francês, também já anteriormente exposto, é aquele em que a fiscalização opera-se após a realização da despesa. Assim, como já consumada dita despesa, resta ao órgão fiscalizador punir ou mandar punir aquele que a tenha efetuado<sup>(12)</sup>.

Feita esta consideração final, possível é dar-se por concluído este trabalho, posto que alcançado o seu objetivo, qual seja o de singelamente demonstrar como positivados os órgãos de fiscalização financeira e orçamentária nos variados sistemas constitucionais.

## BIBLIOGRAFIA

- BALEEIRO, Allomar. "O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária." *RDA*, 31:10-22, jan./mar., 1953.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. "Tribunais de Contas — natureza, alcance e efeitos de suas funções." *RDP*, 73:181-92, jan./mar., 1985.
- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional (Instituições de Direito Público)*. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984.
- SELBACH, Josef. "Sistema e objetivo do controle interno e externo na República Federal da Alemanha." *R. TCMSP* 39:6-14, dez., 1983.
- STAATS, Elmer B. "O 'General Accounting Office' dos Estados Unidos." *R. TCMSP* 19:20-3, mar., 1877.
- TEMER, Fued Miguel. "Natureza das funções do Tribunal de Contas." *R. IDP* 1:75-80, out./dez., 1966.

(12) OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, "Tribunais de Contas — natureza, alcance e efeitos de suas funções", *RDP* 73:181-2, jan./mar., 1985; FUED MIGUEL TEMER, "Natureza das funções do Tribunal de Contas", *R. IDP* 01:75-6, out./dez., 1966.

# Fundações públicas

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Professora Livre-docente da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo e  
Procuradora do Estado de São Paulo

## SUMÁRIO

1. *Fundações governamentais.* 2. *Fundação de direito privado.* 3. *Direito positivo brasileiro.* 4. *Fundações de direito público.*

### 1. *Fundações governamentais*

Com a denominação de fundações públicas, a Lei n.º 7.596, de 10-4-87, alterando a redação do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 200, de 25-2-67, incluiu entre os órgãos da administração indireta as fundações públicas, definindo-as como pessoas jurídicas de direito privado.

Nem por isso se põe fim à discussão que se trava no direito brasileiro a respeito de sua natureza jurídica, pública ou privada. De todas as entidades da administração indireta, a fundação é, sem dúvida alguma, a que tem provocado maiores divergências doutrinárias no que diz respeito à sua natureza jurídica e às conseqüências que daí decorrem.

Formaram-se, basicamente, duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo poder público (1) e, de outro, a que entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada (2), a primeira das quais como modalidade de autarquia.

Colocamo-nos entre os que defendem a possibilidade de o poder público, ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado. Isto porque nos parece incontestável a viabilidade de

(1) MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 11ª edição, 1985, pp. 313/314; CAVALCANTI, Themistocles Brandão, *Tratado de Direito Administrativo*, 5ª edição, 1964, vol. II, pp. 133/139; FAGUNDES, M. Seabra, in *RDA-78/1*; FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, *Fundações e Empresas Públicas*, 1972, pp. 12/16; CAMPOS, Francisco, *Direito Administrativo*, 1943, p. 297.

(2) CRETILLA JÚNIOR, José, *Fundações de direito público*, 1976, p. 68; REALE, Miguel, *Direito Administrativo (Estudos e Pareceres)*, 1964, pp. 17/27; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 1975, pp. 145 e segs.; ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo, in *RT-338/72*; BEVILAQUA, Clóvis, *Código Civil Comentado*, 1953, vol. I, 10ª edição, p. 143; SARAIVA, Oscar, *Novas Formas de Delegação Administrativa do Estado*, in *Revista do Serviço Público*, set. 1944, pp. 114 a 117; MIRANDA, Pontes de, parecer in *RF-102/76*; SENNA, Homero, e MONTEIRO, Clóvis Zobarán, *Fundações no Direito, na Administração*, Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1970.

aplicar-se, no direito público, a distinção que o Código Civil contém entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: *associação* e *sociedade*, de um lado, e *fundação*, de outro (art. 16, I).

A distinção entre as duas modalidades de pessoa jurídica foi feita de modo preciso, no início do século, por LACERDA DE ALMEIDA: "O que caracteriza *in genere* os estabelecimentos, e *in specie* as fundações, é servirem a um fim de utilidade pública — religioso, moral, científico, político ou mesmo industrial — e nisto se distinguem das associações ou corporações, as quais, posto possam ter fins idênticos ou análogos, não servem a tais fins, antes no alcançá-los buscam o seu próprio proveito, trabalham no interesse da coletividade ou do ser ideal que a personifica. Por isso mesmo que são pessoas e não coisas e, como pessoas, têm em si próprias a razão de sua atividade, as associações ou corporações — admita-se a sinonímia destes vocábulos — as associações ou corporações são do mesmo modo e pelo mesmo título que as pessoas físicas, fim para si, trabalham, agem, movem-se, dirigem-se para servir a si próprias, tudo o que fazem, fazem-no no interesse próprio; os direitos que adquirem, adquirem-nos para si e para si os exercem. As fundações, os institutos, os estabelecimentos, são, ao contrário, estruturas destinadas a servir a certos fins de religião ou de beneficência ou de ciência ou arte, etc., não são pessoas, mas coisas personificadas, não são fins para si, adquirem direitos e exercem-nos em proveito de certa classe de pessoas indeterminadas, ou de quaisquer pessoas indistintamente. São patrimônios administrados; a personalidade deles pode considerar-se uma abstração" (3).

Sinteticamente, pode-se dizer que, na pessoa jurídica de forma associativa, o elemento essencial é a existência de determinados membros que se associam para atingir a certos fins que a eles mesmos beneficiam; na fundação, o elemento essencial é o patrimônio destinado à realização de certos fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade, indo beneficiar terceiros estranhos a ela.

Essa distinção tanto é aplicável às pessoas jurídicas privadas como às pessoas jurídicas públicas. O Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos unidos (ainda que compulsoriamente) para a consecução de um fim que é ao mesmo tempo público (fiscalização do exercício da profissão) e de interesse específico dos associados (defesa dos interesses da classe), como ocorre com a OAB e demais entidades corporativas; como pode constituir pessoa jurídica dotada de patrimônio vinculado a um fim que irá beneficiar pessoas indeterminadas, como ocorre com a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, o Hospital das Clínicas, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, todas elas constituídas por um patrimônio destinado a atingir terceiros estranhos a essas entidades; o elemento humano que as compõe é mero instrumento para a consecução dos seus fins.

(3) ALMEIDA, Lacerda, *Das Pessoas Jurídicas. Ensaio de uma Teoria*, Rio, Tipografia da Revista dos Tribunais, 1905, pp. 66/67.

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela *regime jurídico administrativo*, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso, elas se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade.

Em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação — pública ou privada — tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos. Ainda que a legislação federal considere a fundação como pessoa jurídica de direito privado, nada impede que a lei instituidora adote regime jurídico publicístico, derrogando, no caso concreto, as normas gerais estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 200/67, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 7.596/87, da mesma forma como tem sido feito em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, instituídas, estas últimas especialmente, sob formas inéditas, não previstas em qualquer lei anterior que discipline as sociedades comerciais. Trata-se de aplicar o art. 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, em consonância com o qual “a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

## 2. *Fundação de direito privado*

Uma observação preliminar: mesmo quando o Estado institui fundação com personalidade jurídica privada, ela nunca se sujeita inteiramente a esse ramo do direito. Todas as fundações governamentais, ainda que não integrando a administração pública, submetem-se, sob um ou outro aspecto, ao direito público; isto se verifica, em especial, no que se refere à fiscalização financeira e orçamentária (controle externo) e ao controle interno pelo Poder Executivo; a legislação federal, mesmo quando declarava que tais entidades não integram a administração indireta (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 900, de 29-9-69), ainda assim as submetia a esses tipos de controle.

A posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são *entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado*, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado, para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora.

Qual a razão pela qual o legislador hesitou em incluir a fundação entre os órgãos da administração indireta?

Provavelmente, foi a tentativa de manter-se fiel ao modelo do Código Civil, sem ter a consciência de que ele não é inteiramente adaptável às exigências do serviço público, cuja execução, sob qualquer modalidade, exige a observância de alguns dos princípios fundamentais do regime administrativo, em especial o da indisponibilidade do interesse público, o da continuidade do serviço público e o da tutela. No entanto, paradoxalmente, a fundação (que doutrinadores dos mais respeitáveis insistem em afirmar que tem sempre natureza privada) é o tipo de pessoa jurídica que, quando instituída pelo poder público, mais se afasta da figura definida pelo direito comum.

Com efeito examinada a fundação tal como se encontra estruturada pelo Código Civil, verifica-se que ela se caracteriza por ser dotada de um *patrimônio* a que a lei, mediante observância de certos requisitos, reconhece *personalidade jurídica*, tendo em vista a consecução de determinado *fim*. Até aí, apenas a noção categorial, pertinente à teoria geral do direito, perfeitamente enquadrável como pessoa pública ou privada.

Na fundação, o instituidor faz a dotação de determinada universalidade de bens livres, especificando o fim a que se destina e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la; o seu estatuto é feito pela pessoa por ele designada ou pelo Ministério Público, a quem compete velar pela fundação.

O papel do instituidor *exaure-se com o ato da instituição*; a partir do momento em que a fundação adquire personalidade jurídica, ela *ganha vida própria*. O instituidor nenhum poder mais exerce sobre ela; *seu ato é irrevogável*. As alterações estatutárias têm que ser feitas por deliberação dos administradores da fundação, com observância do art. 28 do Código Civil. O patrimônio da fundação destaca-se do patrimônio do fundador e com ele não mais se confunde. Na fundação, o instituidor, por um ato de liberalidade, destaca bens do seu patrimônio pessoal, desviando-os de um objetivo de interesse privado, para destiná-los a um fim de interesse alheio.

No âmbito da Administração Pública, a situação é diversa, ainda que a lei determine que a fundação se rege pelo Código Civil, como ocorre no Estado de São Paulo (art. 22 do Decreto-Lei Complementar n.º 7, de 6-11-69). Em primeiro lugar, o poder público, ao instituir fundação, seja qual for o regime jurídico, dificilmente pratica simples ato de liberalidade para destacar bens de seu patrimônio e destiná-los a fins alheios, que não sejam de interesse do próprio Estado. Este, ao instituir fundação, utiliza tal espécie de entidade para atingir determinado fim de interesse público; serve-se da fundação para descentralizar a execução de uma atividade que lhe compete, da mesma forma que o faz em relação às autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas, às quais confere a execução de serviços públicos.

Por essa razão, a fundação governamental não adquire, em geral, vida inteiramente própria, como se fosse instituída por particular. É o interesse



público que determina a sua criação; sendo variável o interesse público, o destino da fundação também pode ser mudado pelo ente que a instituiu, quer para alterar a lei que autorizou a sua criação, quer para revogá-la. Entender-se de outra forma significaria desconhecer ou desrespeitar o *princípio da indisponibilidade do interesse público* ao qual se vincula a administração. Se instituisse uma entidade tendo em vista a consecução de determinado interesse coletivo, ela estaria dele dispondo na medida em que deixasse a fundação livre dos laços que a prendem à administração pública, necessários para determinar o cumprimento da vontade estatal.

Acresce que a fundação governamental não tem, em geral, condições para adquirir vida própria, também por outra razão; a dotação inicial que lhe é feita não é, no mais das vezes, suficiente para permitir-lhe a consecução dos fins que a lei lhe atribui. Por isso mesmo, além da dotação inicial, ela depende de verbas orçamentárias que o Estado lhe destina periodicamente.

O ato do poder público — como instituidor — não é irrevogável, ao contrário do que ocorre na fundação instituída por particular; o poder público pode extingui-la a qualquer momento, como, aliás, está previsto pelo art. 178 do Decreto-Lei n.º 200, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 2.299, de 21-11-86.

Além disso, o poder público pode introduzir alterações na lei instituidora, da mesma forma que ocorre com as sociedades de economia mista e empresas públicas. Em todas elas existe uma parte das relações jurídicas que é regida por essa lei instituidora e imutável por via estatutária; e outra parte que a própria lei deixa para ser disciplinada pelo estatuto; para alterar a lei que rege a fundação, o Estado não depende de prévia decisão dos órgãos de direção da entidade.

Portanto, enquanto no direito privado a fundação adquire vida própria, independente da vontade do instituidor (que não poderá nem mesmo fiscalizar o cumprimento de sua manifestação de vontade, já que essa função foi confiada ao Ministério Público), a fundação instituída pelo Estado constitui instrumento de ação da Administração Pública, que se cria, mantém ou extingue na medida em que sua atividade se revelar adequada à consecução dos fins que, se são públicos, são também próprios do ente que a instituiu e que deles não pode dispor.

Aliás, a fiscalização pelo Ministério Público, com relação às fundações governamentais, mesmo as de direito privado, é totalmente desnecessária, pois somente serve para sobrecarregar a entidade com duplicidade de controles que têm o mesmo objetivo. A tutela administrativa a que se sujeitam essas entidades, com o nome de “supervisão ministerial”, já visa assegurar a “realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade” (art. 26 do Decreto-Lei n.º 200/67). Isto sem falar na fiscalização financeira e orçamentária

prevista na Lei n.º 6.223, de 14-7-75, e agora tornada indiscutível em face da Constituição de 1988 (arts. 71, 49, inciso X, 165, § 5.º, 169, parágrafo único).

Acresce que, com relação às fundações instituídas por particulares, a função do Ministério Público justifica-se pela necessidade de atribuir a algum órgão público a função de manter a entidade dentro dos objetivos para os quais foi instituída; vale dizer, como a fundação adquire vida própria e nela não mais interfere o instituidor, o Ministério Público assume essa função.

Nas fundações, públicas ou privadas, instituídas pelo poder público, a autonomia da entidade não vai ao ponto de as desvincular inteiramente dos laços que a prendem ao ente instituidor; este se encarrega de manter essa vinculação, por meio do controle interno (tutela) exercido pelos órgãos da administração direta.

Já PONTES DE MIRANDA ensinava que nas fundações instituídas pelo poder público, "*há o poder de ingerência do Estado, que se não confunde com o dever de velar exercido pelo Poder Público e que se constitui em característica da fundação de direito privado*" (4).

### 3. *Direito positivo brasileiro*

No direito positivo, a matéria parece refletir as incertezas da doutrina a respeito do assunto.

A Constituição Federal de 1967, com a norma do art. 99, § 2.º, parecia não considerar as fundações como entidade da administração indireta, porque estendeu a proibição de acumular cargos, empregos ou funções às empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias; silenciou no que diz respeito às fundações. Isto não impediu que se considerassem alcançadas pela proibição as fundações com personalidade de direito público, que seriam modalidades de autarquias.

No âmbito da legislação ordinária federal, nota-se a indecisão do legislador: o Decreto-Lei n.º 200/67, na redação original, não incluía as fundações no rol dos órgãos da administração indireta (art. 4.º), mas, no parágrafo único, as equiparava às empresas privadas. O Decreto-Lei n.º 900/69, no art. 3.º, expressamente determinava que as fundações instituídas por lei federal não integram a administração indireta, mas se subordinam à supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-Lei n.º 200/67, desde que recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 2.299, de 21-11-86, deu nova redação ao art. 4.º do Decreto-Lei n.º 200, incluindo § 2.º, em cujos termos as fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União integram a administração indireta, para fins de: "a) su-

(4) MIRANDA, Pontes de, parecer in RF-102/76.

bordinação aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira; b) inclusão de seus cargos, empregos, funções e respectivos titulares no Plano de Classificação de Cargos estabelecido pela Lei n.º 5.645, de 10-12-70". Pelo § 3.º, excetuam-se do disposto na alínea "b" as fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais.

A Lei n.º 7.596, de 10-4-87, alterou o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 200, para incluir as *fundações públicas* entre as entidades da administração indireta e inseriu, no art. 5.º do mesmo decreto-lei, um inciso IV, em que definiu a fundação pública como "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes".

Porém, de forma incongruente, o legislador, no § 3.º, acrescentado ao art. 5.º do Decreto-Lei n.º 200, determina que "as entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, *não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações*".

Ao defini-las como fundações de direito privado, mas excluindo-as das disposições pertinentes do Código Civil, a lei criou um rótulo inteiramente ou quase inteiramente despido de conteúdo, levando à conclusão de que as fundações serão regidas pelas leis singulares que as instituírem e por outras normas, contidas na Constituição ou em leis esparsas que forem aplicáveis às pessoas jurídicas privadas, desde que também não excluídas por outras normas de direito público.

Aliás, como se diz que as fundações públicas não estão regidas pelo Código Civil e como o direito privado compreende basicamente o direito civil, o direito comercial e, para alguns, o direito do trabalho, a conclusão a que se chega é a de que, na realidade, as fundações públicas, embora definidas como pessoas de direito privado, passaram a ter, na esfera federal, a partir da Lei n.º 7.596/87, natureza jurídica predominantemente pública. A elas não se aplicam as normas civilistas sobre o destino dos bens doados pelo instituidor quando insuficientes para constituir a fundação, sobre o controle pelo Ministério Público, sobre a elaboração e alteração dos estatutos e sobre a extinção da entidade.

No entanto, como a lei fala em personalidade jurídica de direito privado, quais as conseqüências que daí se extraem para atribuir algum conteúdo à expressão legal? Salvo outras hipóteses ora olvidadas, pode-se mencionar as seguintes: os seus bens são penhoráveis, não se lhes aplicando o processo de execução contra a Fazenda Pública; não terão juízo privativo; não se beneficiarão da prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública; em termos de responsabilidade civil por danos causados por seus

servidores, somente se aplica a regra da responsabilidade objetiva prevista no art. 38, § 3.º, da Constituição Federal, se forem prestadoras de serviços públicos; o regime jurídico de seus empregados será o da CLT, com equiparação aos funcionários públicos para determinados fins.

Na nova Constituição houve uma preocupação do constituinte, nos vários dispositivos em que se referiu à administração indireta, em fazer expressa referência às fundações, provavelmente partindo da idéia de que, durante longo período, elas estiveram, sob muitos aspectos, fora do alcance das normas legais e constitucionais referentes às demais pessoas jurídicas de direito público e privado integrantes da administração pública.

Além disso, nota-se que a Constituição faz distinção entre fundações públicas e privadas. O art. 22, inciso XXVII, dá competência à União para estabelecer normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta ou indireta, incluídas as *fundações instituídas e mantidas pelo poder público*. No art. 37, *caput*, que estabelece os princípios básicos a que se submete a administração pública, faz referência à administração direta, indireta ou *fundacional*; no inciso XVII, estende a proibição de acumulação de empregos e funções às autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e *fundações mantidas pelo Poder Público*, sem especificar a sua natureza, o que abrange todas elas; no inciso seguinte, exige lei para a criação de *fundação pública*. O art. 39 prevê a instituição de *regime jurídico único e planos de carreira* para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das *fundações públicas*. O art. 71, referente ao controle externo exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas, estende o julgamento das contas dos administradores e a apreciação da legalidade dos atos de pessoal às entidades da administração direta e indireta, inclusive às *fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público* (incisos II e III); o mesmo critério foi adotado nos arts. 163, inciso II, e 165, § 5.º, referentes, respectivamente, à dívida pública externa e aos orçamentos das *fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*; o art. 150, inciso VI, "a", combinado com seu § 2.º, estende a imunidade tributária às autarquias e *fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. O art. 169, parágrafo único, em norma dirigida aos órgãos da administração direta ou indireta, inclusive *fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*, exige prévia dotação orçamentária e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias para a criação de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título.

Com essas inovações, ficou havendo um descompasso entre a Lei n.º 7.596 (que, ao falar em *fundação pública*, refere-se à de direito privado) e a Constituição, que utiliza essa expressão para designar apenas as fundações de direito público, em oposição às demais, instituídas e mantidas pelo poder público.

O que é importante assinalar é que, quando a administração pública cria *fundação de direito privado*, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público, podendo essas normas derogatórias constar da própria Constituição, de leis ordinárias e complementares federais e da própria lei singular, também federal, que instituiu a entidade. Na esfera estadual, somente são cabíveis as derrogações que tenham fundamento na Constituição e nas leis federais, já que os Estados, não podendo legislar sobre direito civil, não podem estabelecer normas que o derroguem.

Assim, afora as derrogações previstas nas leis instituidoras e as ressalvas contidas na Lei n.º 7.596 (válidas somente para a União), pode-se dizer que se aplicam às fundações de direito privado instituídas ou mantidas pelo poder público, as seguintes normas de natureza pública:

a) subordinação à *fiscalização, controle e gestão financeira*, o que inclui fiscalização pelo Tribunal de Contas e controle administrativo, exercido pelo Poder Executivo (supervisão ministerial), com sujeição a todas as medidas indicadas no art. 26 do Decreto-Lei n.º 200 (arts. 49, inciso X, 72 e 73 da Constituição);

b) *constituição* autorizada em lei (art. 1.º, inciso II, da Lei n.º 7.596 e art. 37, inciso XIX, da Constituição);

c) a sua *extinção* poderá ser feita, na esfera federal, por decreto (art. 178 do Decreto-Lei n.º 200/67, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 2.299/86) e, na esfera estadual, por lei; nesse aspecto, fica derogado o art. 29 do Código Civil, que prevê as formas de extinção da fundação, inaplicáveis às fundações governamentais;

d) equiparação de seus empregados aos funcionários públicos para os fins previstos no art. 37 da Constituição, inclusive acumulação de cargos e para fins criminais (art. 327 do Código Penal);

e) sujeição de seus dirigentes a *mandado de segurança* quando exerçam funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções (art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 1.533, de 31-12-51, e art. 5.º, inciso LXIX, da Constituição); cabimento de ação popular contra atos lesivos de seu patrimônio (art. 1.º da Lei n.º 4.717, de 29-6-65, e art. 5.º, inciso LXXIII, da Constituição); legitimidade ativa para propor *ação civil pública* (art. 5.º da Lei n.º 7.347, de 24-7-86);

f) juízo privativo na esfera estadual (art. 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo — Decreto-Lei Complementar n.º 3, de 27-8-69);

g) submissão ao Decreto-Lei n.º 2.300, de 21-11-86, para a realização de *licitação*, nos termos do art. 86; possibilidade de contratação direta com o poder público, sem licitação, na hipótese prevista no art. 22, inciso X, parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 2.348/87;

h) em matéria de finanças públicas, as exigências contidas nos arts. 52, VII, 169, parágrafo único, e 165, §§ 5.º e 9.º, da Constituição;

i) *imunidade tributária* referente ao imposto sobre o patrimônio, a renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, § 2.º, da Constituição).

#### 4. *Fundações de direito público*

Comparando-se as fundações governamentais de direito privado com as de direito público, a estas se aplicarão as normas já referidas no item anterior (letras *a* a *h*), além de apresentarem mais as seguintes características: presunção de veracidade e executoriedade de seus atos administrativos; inexistência de inscrição de seus atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, porque a sua personalidade jurídica já decorre da lei; não submissão à fiscalização do Ministério Público; sujeição de seus empregados a regime jurídico e planos de carreira, estabelecidos de modo uniforme para os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas (art. 39 da Constituição); impenhorabilidade de seus bens e sujeição ao processo especial de execução estabelecido pelo art. 100 da Constituição; juízo privativo (art. 109, inciso I, da Constituição Federal); prescrição quinquenal de suas dívidas. Em resumo, usufruem dos privilégios e prerrogativas e sujeitam-se às mesmas restrições que, em conjunto, compõem o regime administrativo aplicável às pessoas jurídicas públicas.

Finalmente, é importante assinalar que, não obstante as opiniões doutrinárias em contrário, a jurisprudência é sensível à distinção entre fundações governamentais de direito público e privado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu acórdão em mandado de segurança referente à Fundação Padre Anchieta — Centro Paulista de Rádio e TV Educativa (publicado, na íntegra, no *Diário Oficial* do Estado, de 7-5-86, Seção I, pp. 55/56); a conclusão foi no sentido de que se tratava de pessoa jurídica de direito privado, não porque rejeitasse a possibilidade de instituição de fundações públicas, claramente admitidas na fundamentação do acórdão, mas à vista do disposto na legislação estadual instituidora da fundação e em seus atos constitutivos.

No Tribunal Federal de Recursos têm sido prolatados acórdãos reconhecendo a natureza jurídica pública de fundações educacionais (cf. acórdão in *RDA-156/226*, com menção inclusive a acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido no *RE-95.722-SP*). A mesma posição foi adotada pela Corte Suprema no *RE-101.126-RJ*, publicado in *RDA-160/85*, no qual se conclui que a Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio de Janeiro é fundação de direito público, sujeita aos preceitos da lei que determinou sua instituição e não ao Código Civil. A *RDA-156/226* publica outro acórdão do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a Fundação Universidade Estadual de Londrina é uma entidade de direito público, com autonomia didático-científica, administrativa, financeira e disciplinar, portanto, uma espécie do gênero autarquia cultural, em tudo semelhante à Universidade de São Paulo.

# O regime de acumulação na Constituição de 1988

CORSÍNDIO MONTEIRO DA SILVA

**Ex-Magistrado. Funcionário Público Federal.  
Antigo Membro da antiga Comissão de  
Acumulação de Cargos (CAC), hoje extinta**

O assunto da acumulação de cargos na Constituição de 5 de outubro de 1988 está disperso pelo texto. Obedece a uma sistemática, a seu modo. De início, ao contrário do que ocorreu com as Constituições de 1946, de 1967 e com a Emenda n.º 1, de 1969, que inseriram a matéria no Título, ou Seção, “Dos Funcionários Públicos”, agora está ela inscrita no Capítulo que cuida “Da Administração Pública”, bem como no “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Vamos transcrever os dispositivos que cuidam do assunto, para tecermos sobre eles breve comentário.

Assim é que temos:

“Art. 37 — A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.....

*XVI — é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários:*

*a) a de dois cargos de professor;*

*b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;*

*c) a de dois cargos privativos de médico;*

*XVII — a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público.”*

.....  
“Art. 95 — Os juízes gozam das seguintes garantias:

.....  
*Parágrafo único — Aos juízes é vedado:*

*I — exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério.”*

.....  
“Art. 128 — O Ministério Público abrange:

*I — O Ministério Público da União, que compreende:*

.....  
*II — Os Ministérios Públicos dos Estados.*

.....  
§ 5.º — Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

*I — as seguintes garantias:*

.....  
*II — as seguintes vedações:*



*d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.*

.....

*“Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*

*Art. 17 —* .....

.....

*§ 1.º — É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.*

*§ 2.º — É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercido na administração pública direta ou indireta.”*

Mais adiante faremos referência à situação dos militares.

Como se verifica, a matéria foi consideravelmente ampliada, como texto, não, porém, como restrição ao chamado acúmulo de cargos públicos. Podemos até considerar que a atual Constituição Federal chegou a ser mesmo generosa nesse capítulo.

Seja-nos permitido lastimar, de logo, que os Srs. Constituintes não tivessem aproveitado a oportunidade para retirar a expressão “remunerada” que entrou inadvertidamente na Carta de 1967 e é de crer que, por mero capricho, foi mantida na Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Mal souberam que vários juízes, mesmo federais, têm admitido legitimidade de situação quando o que acumula só percebe por um dos cargos, empregos ou funções, como na hipótese de licença em um deles, para tratamento de interesse particular.

Rui Barbosa profligou tanto essa expressão, que entrou sub-repticiamente na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, e só o Constituinte de 1946 atentou para as razões expendidas pelo grande constitucionalista (Cf. art. 185). Bastava se dissesse ser vedada a acumulação de quaisquer cargos públicos, exceto etc.

Pela atual Constituição, para que seja possível acumular, só se for para exercer cargo de juiz com um outro de professor, dois cargos de professor, ou dois privativos de médico, ou um cargo de professor com outro técnico ou científico, em havendo, sempre, compatibilidade de horários.

O requisito da correlação de matérias foi banido, de vez, do regime de acumulação de cargos, a evitar, talvez, os excessos ensejados pela regulamentação do preceito constitucional, que vinha desde 1954. A título de coibir um excesso, vai-se dar ocasião a outro.

Assim é que um professor de Matemática, por exemplo, pode exercer um outro cargo ou emprego de professor de Geografia, ou de História do Brasil, ou de Língua, ou de Filosofia, ou de História da Arte, ou de Ginástica... O que se há de apurar, com rigor, é se os horários, a que esse professor está obrigado, são compatíveis, não se conflitam, não se sobrepoem.

Facilitou, de muito, para a Administração, e para os acumuladores; resta-nos saber se irá beneficiar o ensino, pois que a nova Constituição *descartou*, como se diz hoje em dia, a especialização do professor. Aliás nesse ponto, a especialização vai depender dos escrúpulos de quem pretender acumular, ou exercer cargos ou empregos públicos que guardem alguma relação entre os programas ou o conteúdo (a matéria) de um e os conhecimentos específicos necessários para o desempenho de outro. Não seria demais se exigisse correlação de matérias, a ser definida como relação imediata entre os conhecimentos específicos, cujo ensino ou aplicação constitua atribuição principal dos cargos acumuláveis. O mal do regulamento foi exigir "relação imediata e *reciproca*".

O que seja cargo técnico ou científico, para fins de acumulação, há de ser o assim definido pela legislação ordinária, que poderá inspirar-se, *mutatis mutandis*, no conceito contido no artigo 3.º do Decreto n.º 35.956, de 2 de agosto de 1954.

Ao primeiro aspecto, foi mais precisa a atual Constituição, quando, ao invés de dois cargos de magistério, afirmou, de logo, ser dois cargos de professor. Nada obstante, mais adiante, como vimos, falou em magistério, na ressalva que fez à vedação aos juizes de exercer qualquer outro cargo ou função, o mesmo acontecendo com referência aos membros dos Ministérios Públicos dos Estados, quando se sabe que, a rigor, cargo ou função de professor não se há de confundir com cargo ou função de magistério. O aludido Decreto n.º 35.956, de 1954, por exemplo, dizia ser, também, cargo técnico ou científico o de direção privativo de membro do magistério, como o de Diretor de uma Faculdade, de um estabelecimento de ensino, o que sempre nos pareceu um conceito equivocado. Cargo de direção privativo de membro do magistério é cargo de magistério. O acessório segue a sorte do principal.

Vale lembrar que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979), em seu art. 26, estabeleceu que o magistrado vitalício somente perderá o cargo em procedimento administrativo, na hipótese de "exercício, ainda que em disponibilidade, de qual-

quer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular". Em seu § 1.º dispôs: "O exercício de cargo de magistério superior, público ou particular, somente será permitido se houver correlação de matérias e compatibilidade de horários, vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento".

Como se vê, pela Lei Orgânica da Magistratura é vedado ao juiz exercer *qualquer outra função*, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular, quando se sabe, ademais, que, no ensino particular, não há cargo de magistério ou mesmo de professor e, sim, emprego, ou função, de professor. Para valer a ressalva tecnicamente, seria de mister se dissesse "salvo um cargo de professor de nível superior de ensino, público ou particular".

Já a Constituição de 1988 diz ser vedado ao juiz "exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério", sem especificar onde e de que modalidade, como fez a Lei Orgânica da Magistratura.

A imprecisão na terminologia é evidente. Sabe-se que magistério é o gênero, embora sua atribuição principal e permanente seja lecionar, gênero esse que compreende várias categorias de professor, destinadas às modalidades de ensino superior, de ensino de primeiro e segundo graus, de ensino profissional etc.

Atentar, ainda, que, pelo Estatuto do Magistério Superior (Lei n.º 4.881-A, de 6 de dezembro de 1965, art. 45), "os cargos de Reitor e Diretor são compatíveis com o exercício de cargo de magistério". Notar que a compatibilidade aí referida é a de natureza técnica, física, material, funcional, que a lei ordinária pode determinar para certos casos como o de magistério. Assim é que se entendia que um juiz, que ocupasse cargo de professor, que fosse titular de uma cátedra, poderia ser nomeado Diretor de uma Faculdade, de um estabelecimento de ensino, ou Reitor de uma Universidade, pública ou particular.

Com o advento da Lei Orgânica da Magistratura isso já não foi possível, em razão da incompatibilidade absoluta do magistrado, que só expresso preceito constitucional pode determinar. E esse preceito, ainda assim, deveria ter uma interpretação restritiva, dado o *status* do juiz.

Por isso, andou muito bem o legislador ao disciplinar o assunto no art. 26 e seu parágrafo 1.º, restringindo o ensino a ser ministrado pelo juiz ao âmbito do magistério superior e limitado a um cargo, função ou emprego, público ou particular, desde que compatíveis os horários, "vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino". Se a Constituição de 1988 excluiu a correlação de matérias como pré-requisito para poder acumular, no caso

do juiz, que só tem a possibilidade legal de exercer um cargo de professor de nível superior, há de dirigir o seu ensino para matéria relacionada com a sua formação técnico-profissional.

A nosso ver, e em suma, o que se permite ao juiz é que exerça um cargo ou uma função ou um emprego de professor, em entidade pública ou particular, desde que os horários a que estiver obrigado sejam conciliáveis ou compatíveis, não podendo ser Diretor de uma Faculdade ou de um estabelecimento de ensino, ou mesmo Reitor de uma Universidade, salvo, obviamente, depois de aposentado.

As fundações, instituídas pelo poder público, sempre se constituíram em uma válvula de escape para a administração e para os que desejassem acumular sem maiores problemas. A nova Carta Magna incluiu as fundações no âmbito do regime de acumulação de cargos ou empregos públicos, dizendo "fundações mantidas pelo poder público". Desta forma, o assunto poderá ensejar problemas no âmbito administrativo, quando sabemos haver fundações que não foram criadas pelo poder público, mas que recebem subsídios do erário. Só por isto justificaria se entendesse, a tais fundações, o regime de acumulação de cargos ou empregos públicos?

O § 1.º do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veio aliviar a situação criada pelo Decreto n.º 91.849, de 30 de outubro de 1985, e exacerbada pelo Parecer n.º S-011, de 12 de fevereiro de 1986, da Consultoria-Geral da República. Foi mantido o *status quo*, assegurado que foi "o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta".

Não será demais atentar que a vedação existente na área militar diz respeito, a rigor, não à acumulação de cargos e, sim, ao regime de incompatibilidade a que está sujeito o militar. Incompatibilidade em razão do seu *status*. Pela própria natureza da função militar, não pode ter ele, o militar, um emprego, muito menos um cargo civil, ainda que privativo de médico.

O § 2.º desse art. 17 diz ser "assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta". Notar que não é cargo ou emprego de médico e, sim, cargo ou emprego *privativo* de profissionais de saúde, o que importa dizer, diretor de um hospital, de uma casa de saúde, ou Secretário de Estado (ou de Município), ou Ministro da Saúde.

O "exercício cumulativo assegurado", por certo, não atinge situações como as que exemplificamos, porém não será difícil que, acobertado pelo que dispõe esse parágrafo, reste-nos algum médico militar diretor de um

hospital ou casa de saúde, em regime de acumulação de cargos públicos, fora do âmbito das Forças Armadas.

Esse § 2.º desse mesmo art. 17 assegura, genericamente, o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, que estejam sendo exercidos na Administração Pública direta ou indireta. Assim é que podem continuar, pelo que entendemos, acumulando dois cargos ou empregos de enfermeiro, de auxiliar de enfermagem, de cirurgião-dentista, de farmacêutico, de odontólogo etc. Pressupõe-se que tais acumulações existiam, e vão perdurar ao abrigo da nova Carta Magna. Única restrição que se poderá prever é no sentido de que essa regra não se há de aplicar àqueles cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde da área animal, como veterinários e afins.

Há um pormenor que deverá estar preocupando a muitos: a questão dos proventos dos aposentados.

Relembremos o que dispunha, nesse sentido, a Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 1969:

“Art. 99 — É vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, exceto:

*I* — a de juiz com um cargo de professor;

*II* — a de dois cargos de professor;

*III* — a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; ou

*IV* — a de dois cargos privativos de médico.

§ 1.º — Em qualquer dos casos, a acumulação somente será permitida quando houver correlação de matérias e compatibilidade de horários.

§ 2.º — A proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

§ 3.º — Lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, poderá estabelecer, no interesse do serviço público, outras exceções à proibição de acumular, restritas a atividades de natureza técnica ou científica ou de magistério, exigidas, em qualquer caso, correlação de matérias e compatibilidade de horários.

§ 4.º — A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao

de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.”

O único lugar, a única vez que, em matéria de acumulação de proventos de servidores civis, se fez alguma referência aos aposentados foi nesse § 4.º do art. 99. Por isso mesmo, esse dispositivo constitucional não poderia ter a redação que lhe deram. Já tivemos oportunidade de afirmar que, ademais, não é “a proibição de acumular proventos” que não se aplica aos aposentados e, sim, o regime de acumulação de cargos, inscrito nesse art. 99 e seus dois parágrafos 1.º e 2.º. Como a dizer, simplesmente: “Os aposentados não estão impedidos de exercer mandato eletivo ou um cargo em comissão, bem como de ser contratados para prestação de serviços técnicos ou especializados”.

Dando-se como bom o texto, parte-se do pressuposto de que os proventos eram, presumivelmente, insuscetíveis de serem acumulados pela Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 1969, o que não constitui uma verdade. Pelo menos uma verdade em termos absolutos. Como não há falar em meia verdade, o que se pode assegurar é que não existia proibição alguma de acumular proventos. A Constituição de 1946 sequer tocou no assunto. Referência a essa “proibição” só surgiu com a Constituição de 24 de janeiro de 1967 (§ 3.º do art. 97) e que foi reproduzida (com pequena alteração de natureza formal) no § 4.º do art. 99 da Emenda n.º 1, de 1969. E não se poderia presumir uma proibição nas entrelinhas de um mandamento constitucional.

O que prevalecia era a regra constante do art. 192 da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, *verbis*:

“Não se compreendem na proibição de acumular, nem estão sujeitas a quaisquer limites:

- a) a percepção conjunta de pensões civis ou militares;
- b) a percepção de pensões com vencimento, remuneração ou salário;
- c) a percepção de pensões com provento de disponibilidade, aposentadoria ou reforma;
- d) a percepção de proventos quando resultantes de cargos legalmente acumuláveis.”

Havia um entendimento de que as pensões de montepio e as vantagens da inatividade só poderiam ser acumuladas se, reunidas, não excedessem o máximo fixado por lei, ou se resultassem de cargos legalmente acumuláveis. Não havia proibição de acumular; o que se requeria era que se obede-

cesse a um teto a ser fixado por lei, o que nunca prosperou por ser uma providência injusta.

Quando o art. 10 do Decreto n.º 35.956, de 2 de agosto de 1954, re-produzindo o contido na letra *d* do art. 192 da referida Lei n.º 1.711, de 1952, estabeleceu que a acumulação de proventos de inatividade, resultante de aposentadoria ou disponibilidade, ou destes com a retribuição de atividade, só seria permitida quando proveniente de cargos acumuláveis, foi esse dispositivo fulminado com o labéu de inconstitucionalidade pelo egrégio Tribunal Federal de Recursos, em sessão plenária de 18 de março de 1963, que entendeu, com sobejas razões, em Agravo em Mandado de Segurança n.º 25.187, que a proibição constitucional é de acumular cargos e não proventos. Não só o decreto regulamentar como o próprio dispositivo legal se excederam dos lindes traçados pelo mandamento constitucional. Em 1962 já afirmávamos, em trabalho publicado naquela época, que não havia proibição de o inativo acumular, e permitíamos não partilhar do entendimento contrário (nem sempre pacificamente contrário) da administração, no sentido de seguir *pari passu* a situação do aposentado por tempo de serviço a ver se ele iria ocupar seu tempo disponível, sua capacidade ociosa, emprestando sua colaboração a outro órgão público. Tanto que argumentávamos: “Se a lei não proíbe, certamente não considera o aposentado um inválido, que nem sempre o é, tanto que lhe defere que ocupe um cargo em comissão. Ou a lei permite que os cargos em comissão sejam exercidos por um “inválido”, por um “incapaz de trabalhar”, por um “inapto para o exercício de funções públicas”? Certamente que não, tanto que faz a ressalva do caso de aposentadoria por invalidez (art. 191 do *Estatuto dos Funcionários*).”

Nem, nesta última hipótese, hoje em dia, se proíbe que o aposentado por doença especificada em lei, um inválido, portanto, para o serviço público, neste continue a trabalhar, conforme entendimento da Administração Pública Federal, substanciado no memorável Parecer n.º SR-026, de 14 de maio de 1987, da douta Consultoria-Geral da República. Com uma única ressalva: que os regimes jurídicos sejam diferentes. Eis a Ementa:

“Acumulação, cargos e empregos privativos de médico. Aposentadoria por invalidez, que veda acumulação. Regimes jurídicos diferentes. A superveniência da inativação do funcionário, no cargo de médico, ainda que por motivo de invalidez, não torna ilegítima a acumulação, até então considerada regular, de outro emprego da mesma categoria funcional, regido pelo regime (*sic*) celetista, onde a aposentadoria previdenciária independe da vontade do servidor. (DO (Seção I), de 15 de maio de 1987, pp. 7.236-37.)

A administração, em certa área, com honrosas exceções, naquela obstinada imaturidade irresponsável, na suposição, malgrado nosso, de que cumprir fielmente o preceito legal é atropelar a vida do servidor público e manter a instabilidade, a incerteza, a apreensão, a inquietação entre chefes

e administrados, chegou, não raro, a entender, com mal disfarçada má fé, que os proventos resultantes de aposentadoria (por tempo de serviço) de servidor regido pelo *Estatuto dos Funcionários Civis* não eram acumuláveis até mesmo com benefício previdenciário, resultante de contribuição compulsória do servidor ou empregado regido pela legislação trabalhista.

Daí acontecer uma série de decisões esclarecedoras dos nossos Tribunais Superiores, todas no sentido de distinguir *proventos* de *benefícios previdenciários*.

Basta-nos destacar estes dois julgados do colendo Tribunal Federal de Recursos:

“Previdência Social. Dupla aposentadoria. Servidor Público. Concessão. Embargos de declaração.

— Servidor Público que contribuiu, obrigatoriamente, com a Previdência Social, faz jus ao benefício da aposentadoria previdenciária, eis que preenchidos os requisitos exigidos em lei. O fato de ser aposentado estatutariamente não o impede de receber este benefício previdenciário, visto tratar-se de *contraprestação* das contribuições pagas.” (Embargos de Declaração na Ap. Cível 81-107-RJ (1628909) — Relator: Min. Flaquer Scartezini — *Diário da Justiça*, 4 de dezembro de 1986, p. 27.)

“Previdenciário. Aposentadoria proporcional e previdenciária. Possibilidade da acumulação.

— A aposentadoria estatutária e a previdenciária têm pressupostos diversos. Se o servidor preencher os requisitos indicados para a aposentadoria proporcional e se inativou, desde que prossegue inscrito e filiado à Previdência, por força de lei, nada impede que, implementando as exigências legais, seja aposentado também pela Previdência Social.” (Ap. Cível n.º 113.728-CE (7906340). Relator: Min. Costa Lima.)

Quando da redação da atual Constituição (Comissão de Sistematização), houve uma pretensão isolada, que não prosperou, de se aditar e palavra “proventos” ao que ora se consubstancia no inciso XVII do artigo 37 — “É vedada a acumulação remunerada de cargo, funções públicas, empregos e *proventos*, na Administração Direta e Indireta” etc. Prevaleceu o bom-senso pela palavra respeitável do eminente Senador Nelson Carneiro, que, na mesma Comissão de Sistematização, apresentou a Emenda n.º 19.194 Supressiva, para que fosse eliminada do dispositivo a palavra “proventos”, havendo o Parecer do Relator sido concebido nos seguintes termos: “Concluímos pela aprovação da emenda por considerarmos, como o autor, medida



do mais elevado espírito de justiça.” E, se prosperasse, muitos Deputados ou Senadores já não poderiam exercer suas altas funções uma vez aposentados, e a Administração Pública se converteria em verdadeiro caos, com a impossibilidade de recrutar para seu serviço aposentados experientes, que, de há muito, lhe vêm dando efetiva colaboração.

A Constituição de 1988, deste modo, liberou, por completo, o inativo do Serviço Público: se antes havia a regra de que “a proibição de acumular proventos (que nunca existiu) não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados”, hoje nem isso existe. Pela nova Constituição, o servidor público aposentado, que percebe proventos, pode livremente exercer mandato de Vereador, de Deputado ou de Senador, pode exercer um cargo ou função em comissão, pode ser Secretário ou Ministro de Estado, pode fazer um contrato com a Administração para prestação de serviços técnicos ou especializados, por tempo certo ou indeterminado. E, conseqüentemente, aqueles que estavam nessa situação, por ocasião do advento da nova Carta, têm sua situação confirmada, vale dizer, livre de qualquer dúvida, se dúvida ainda pudesse existir, quanto a isso, no entendimento obtuso e canhestro de algum fariseu, de algum falso defensor da moralidade administrativa.

Não fez qualquer restrição, a nova Carta, a quem já está na inatividade, quanto a poder exercer um outro cargo, emprego ou função pública, desde que, obviamente, atenda aos pressupostos legais e regulamentares. Nem com referência a civis, nem com referências a militares. O aposentado, hoje em dia, pode até fazer concurso e reingressar no Serviço Público livremente, sem que precise olhar para trás para ver em que cargo se aposentou para verificar se deve exercer um cargo técnico ou um de professor. E, a rigor, isso nem é novidade, pois que, na vigência da Constituição de 1969, tal fato aconteceu no âmbito da própria SEDAP.

Os Srs. Constituintes estiveram conscientes de que a Administração Pública brasileira não está em condições de se dar ao luxo de desprezar as competências, de desprezar a experiência de um inativo, civil ou militar, que está ainda válido fisicamente para continuar emprestando sua valiosa cooperação ao Serviço Público.

Assim é que, em certas atividades administrativas, em certas atividades que dizem de perto com a segurança, por exemplo, que requerem mão-de-obra especializada, indispensável se faz a cooperação de um servidor apto, de um técnico, de um policial, de um militar experimentado que, trabalhando ao lado dos mais jovens, não só transmitem a estes o seu “saber de experiências feito”, como contribuirá grandemente para que não haja solução de continuidade na execução dos serviços públicos.

Com referência à possível questão levantada administrativamente, sobre situação de servidor aposentado, em que se tenha, ainda, alguma dúvida

sobre a sua legalidade, em face da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, é de se aplicar o princípio contido nos entendimentos constantes de muitos julgados do Supremo Tribunal Federal (Cf. *Diário da Justiça*, de 18-11-1988, pp. 30.023 e ss.). Se aquela Constituição deixou de vigorar no curso do processo, fica este prejudicado, mesmo porque, a partir da promulgação da nova Carta, não há mais falar em proibição de aposentado exercer cargo, emprego ou função pública.

Cumpra lembrar que situação semelhante ocorreu com relação aos médicos do Serviço Público, que vinham acumulando (e acumulando ilegalmente) cargos ou empregos públicos, antes do advento da Emenda n.º 20, de 25 de maio de 1966, que permitiu aquela acumulação. O Supremo Tribunal Federal, na época, por iniciativa do Ministro Aliomar Baleeiro, entendeu prejudicadas todas as ações pendentes que questionavam aquela acumulação, mandando arquivar os respectivos autos.

Quanto aos militares especificamente, diz a Constituição de 1988:

“Art. 42 — .....

§ 3.º — O militar em atividade que aceitar cargo público civil permanente será transferido para a reserva.

§ 4.º — O militar da ativa que aceitar cargo, emprego ou função pública temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para inatividade.”

O militar, como se sabe, passa para a inatividade mediante transferência para a reserva remunerada ou quando reformado. Enquanto na reserva, o militar está suscetível de ser convocado na vigência do estado de guerra, do estado de sítio, do estado de emergência ou em caso de mobilização.

Um militar em atividade não está impedido de aceitar cargo público civil permanente, mas se o aceitar, vale dizer, se for nomeado e tomar posse, será automaticamente transferido para a reserva. Se se tratar de cargo, emprego ou função pública temporária, que não seja eletiva, quer da administração direta, quer da indireta, ficará agregado ao respectivo quadro. Enquanto perdurar nessa situação, somente poderá ser promovido por antigüidade, sendo-lhe o tempo de serviço computado apenas para essa promoção e transferência para a reserva. Depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, da tropa, da Força Singular a cujos quadros pertencer, será transferido *ex officio* para a inatividade, mediante

transferência para a reserva remunerada, “podendo acumular os proventos a que fizer jus na inatividade com a remuneração do cargo ou emprego para o qual foi nomeado ou admitido” (§ 2.º, do item XVI, do art. 98 da Lei n.º 6.880, de 9 de dezembro de 1980). Aí, então, nada impede continue a dar sua colaboração técnica a certas áreas da Administração que necessitem dos seus conhecimentos específicos e da sua capacidade de trabalho.

A situação dos militares é peculiar: não estão eles, a rigor, sujeitos ao “regime de proibição de acumular” e, sim, ao de incompatibilidade, em razão do seu *status*, que os tornam, em tese, indisponíveis do serviço das Forças Armadas. Embora essa indisponibilidade não seja em termos absolutos, pois que o militar, aceitando cargo público civil, permanente, ou função pública temporária, será transferido para a reserva, ou ficará agregado ao respectivo quadro, conforme o caso.

Dissemos não estarem sujeitos ao “regime de proibição de acumular”, mas o certo será dizer não estarem sujeitos ao regime de acumulação de cargos, que se aplica ao servidor público civil. Tanto é assim que, a despeito de os médicos do Serviço Público, desde a Emenda n.º 20, de 25 de maio de 1966, poderem exercer dois cargos privativos de médico, essa exceção não era de se aplicar aos médicos militares. Mas, isso aconteceu, e os Constituintes depararam com uma situação de fato que só pôde ser contornada com um dispositivo especial no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *verbis*:

“Art. 17 — .....

.....  
§ 1.º — É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.”

Foram beneficiados, por essa providência constitucional, tanto os médicos militares que estão na reserva, quanto os que ainda permanecem em atividade nas Forças Armadas.

Os Constituintes, no entanto, foram realistas e justos, até mesmo para com as Forças Armadas, pois que, com a experiência a mais que os médicos adquirem fora dos hospitais militares, em contato com seus colegas civis, isto só poderá reverter em benefício de um melhor atendimento médico no âmbito militar.

Parece-nos oportuno, a despeito do espaço de tempo decorrido, relembrarmos, aqui, as palavras com que encerramos um trabalho nosso, publicado em 1963, a propósito do pretenso problema da acumulação de cargos:

“Ao encerrarmos estes breves comentários, seja-nos permitido lembrar que o grande Mestre Rui Barbosa, ao discursar no

Senado Federal, em dezembro de 1909, afirmava existir, entre nós, certas noções que se estabelecem pela toada, e que o espírito da nossa raça, pouco habituada à reflexão, não se dá ao trabalho de submeter ao devido exame, para verificar-lhe a inanidade. Reina entre nós, dizia, a idéia vaga de que a acumulação é um mal, é um abuso, e que se deve ir contra ela, e eliminá-la, quando isso constituía uma forma contrária à verdade prática da Administração, à verdadeira utilidade dos serviços públicos, prejudicial à competência. Asseverava que a desacumulação devia ser, com efeito, o princípio geral, porém que a acumulação deveria subsistir, como faculdade permitida e necessária.

Aduzia o insigne brasileiro não ser o funcionalismo público um grande pão-de-ló, em relação ao qual se estabelece o princípio de que a cada cidadão deve caber pequena fatia, por isso que, se a competência se considera capaz em uma função, mais vantagem há em que outro cargo dessa natureza seja exercido pelo mesmo indivíduo competente que distribuído a um incapaz.

Em entrevista concedida, em janeiro de 1913, à *Gazeta de Notícias*, a propósito do mesmo assunto, afirmava Rui não serem as acumulações, de seu natural, boas ou más, senão consoante os casos, ou segundo a natureza dos cargos e a maneira de se proverem, sendo que casos há em que resultam da natureza das coisas, e, portanto, necessárias, imperiosas e quase subentendidas algumas vezes, a respeito de certas funções, cargos ou serviços. E observava que, em determinadas circunstâncias e em certas matérias, a acumulação é o único meio de obter, para o Serviço Público, a concorrência dos homens de grande mérito, e que não seria a desacumulação incondicional e cega a que dotaria de melhores funcionários a nossa Administração."

A questão, em rigor, não será acumular ou não acumular: o que importa é que aquele servidor que exerce, eventualmente, dois cargos, ou dois empregos públicos, cumpra rigorosamente com o seu dever, com as suas obrigações, lá e cá. E, nesse particular, ninguém melhor que o aposentado por tempo de serviço para desempenhar uma outra função, para exercer um outro emprego público, pois que dará ele de si, com certeza, o máximo de suas energias para satisfazer os novos encargos, assim como os desempenhará com uma experiência, com uma vivência nos misteres administrativos que outros, não raro mais jovens, não dominarão senão depois de algum tempo de trabalho, aturado e consciencioso. E a nova geração de servidores muito aproveitará, por certo, com a convivência com aqueles que, depois de aposentados no Serviço Público, continuam a trabalhar com eles, dando-lhes a necessária e indispensável orientação, senão ensinando-os pelo exemplo, em benefício maior da própria Administração Pública.

# Juizado de instrução

ÁLVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Membro fundador do Centro de Altos Estudos de Direito Administrativo junto ao Departamento de Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## S U M A R I O

1. *Introdução.* 2. *A atividade de polícia.* 3. *A polícia burocratizada. Crítica.* 4. *O Juizado de Instrução Criminal.* 5. *A Justiça Criminal e o Juizado de Instrução.* 6. *Juizado de Instrução, os advogados, policiais e magistrados brasileiros.* 7. *Conclusão.*

## Introdução

A Assembléia Nacional Constituinte discutiu, no seu Plenário, o projeto de Constituição da República oferecido pela sua Comissão de Sistematização. Foi um projeto erigido de temas polêmicos, inclusive no que se referiu à *ordem pública*, tratada no seu aspecto da *segurança pública*, no seu Título V, Capítulo III, art. 169, como também no que dizia respeito ao *Poder Judiciário*, cuidado no Título IV, Capítulo IV, arts. 112 a 151 (1).

(1) PROJETO DE CONSTITUIÇÃO (A), da Comissão de Sistematização. Centro Gráfico do Senado Federal. Dezembro de 1987.

O *aludido projeto*, porém, apesar de seus temas polêmicos, *com grande descortínio, deu um avanço de grande alcance social, algo de positivo, portanto*, ao prever, no seu art. 124, que “*A lei criará juizados de instrução criminal, fixando-lhes atribuições e competência*”.

Inserido no Capítulo *Do Poder Judiciário*, aliás como não poderia deixar de ser, a previsão do *Juizado de Instrução Criminal*, naquele projeto, em verdade, também, diz respeito, e bem de perto, à temática de *ordem pública*, em especial ao seu aspecto da *segurança pública*, temática essa de típico interesse administrativo, em especial do Direito Administrativo.

Na obra *Direito Administrativo de Ordem Pública* (2), sustentei que a “*Polícia de manutenção da ordem pública*”, que é órgão administrativo, e a “*Justiça Criminal*”, que é órgão do Poder Judiciário, são dois importantes pólos que se autocompletam. Aquela, a *Polícia*, voltada para a prevenção da prática delitiva, no que exerce atividade de *Polícia de segurança*; esta, a *Justiça Criminal*, para a devida concretização da repressão criminal, no que é *auxiliada* pela denominada *Polícia judiciária*.

Daf ser inevitável o relacionamento do Direito Administrativo com o Direito Processual Penal, diante da projetada norma constitucional, substanciada no art. 124 anteriormente mencionado.

A *Polícia*, seja *administrativa* ou então *judiciária*, concretiza um *poder instrumental da Administração pública*, um *poder administrativo*, o denominado *Poder de Polícia*. Bem por isso cabe-lhe não só *prevenir* a prática delitiva, no que se denomina *Polícia de segurança pública*, regida por princípios e normas de Direito Administrativo, como também *auxiliar na repressão criminal*, quando se denomina de *Polícia judiciária*, fazendo, então, incidir os princípios e normas de Direito Processual Penal para *auxiliar* o Poder Judiciário na persecução criminal.

Mas, tanto na *prevenção* de delitos, como na *atividade de Polícia judiciária*, que é de mera *auxiliar da Justiça Criminal*, a *Polícia* é, e sempre deverá ser, manifestação do poder administrativo do Estado, inconfundível com a atividade judiciária, ou melhor, com a atividade peculiar do Poder Judiciário de dizer o direito no caso concreto litigioso. Daf a importância da contribuição do Direito Administrativo, ramo do Direito que, no dizer da ilustre processualista Tereza Arruda Alvim Pinto (3), nos dias atuais, tem marcada tendência a tornar-se *ramo-base* do Direito Público infraconstitucional, com as suas construções jurídicas que deveriam aumentar o seu espectro de abrangência a todos os outros ramos de Direito Público.

(2) LAZZARINI, Alvaro e outros. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1985.

(3) PINTO, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades da Sentença*. Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 69, São Paulo.

Daí estar o administrativista, em especial após a obra *Direito Administrativo da Ordem Pública*, que também contou com a inestimável colaboração dos renomados administrativistas Caio Tácito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Hely Lopes Meirelles, José Cretella Júnior e Sérgio de Andréa Ferreira, além da nossa, estar o administrativista, repete-se cuidando da temática que, até pouco tempo, no Brasil, só era cuidada por processualista penal.

A temática da *ordem pública* é interdisciplinar, porque, necessariamente, envolve o órgão administrativo denominado *Polícia* e o Judiciário, em uma atividade que se autocompleta, porque o destinatário final da de *Polícia* será sempre o Poder Judiciário, em especial quando se trata da de *polícia judiciária*. O controle jurisdicional do ato de *Polícia administrativa* é exercido pela denominada *Justiça Cível*; o de *Polícia judiciária* pela denominada *Justiça Criminal*.

## 2. A atividade de polícia

Interessa ao tema ora em exame a *atividade de Polícia judiciária*, que concretiza o poder administrativo conhecido por *Poder de Polícia*, quando ocorreu a prática delitiva que não foi possível evitar. Lembre-se que o meliante usa de todos os artifícios e meios para ludibriar a *atividade de Polícia preventiva*. Ocorrendo o delito que não se pode evitar, automática e necessariamente, o agente de *Polícia*, como tal considerado todo aquele, independente do seu grau na hierarquia policial, que exerce atividade da *Polícia*, passa a exercer atividade de *Polícia judiciária*. O que, aliás, deve distinguir *Polícia judiciária* da *Polícia preventiva* não é o órgão policial e sim a atividade da *Polícia* em si mesmo exercida. Em outras palavras, o mesmo órgão que está na atividade de *polícia preventiva*, ocorrendo o ilícito penal, deve passar ao exercício da atividade de *polícia judiciária*, colhendo os elementos necessários para auxiliar a *Justiça Criminal* na apreensão de tal ilícito.

## 3. A polícia burocratizada. Crítica

E isso ocorrendo, em verdade, como ocorre em qualquer país civilizado e atesta MÁRIO VALIANTE<sup>(4)</sup>, nada, absolutamente nada, justifica que o policial, seja *civil* ou seja *militar*, tenha truncada a sua atividade administrativa de *polícia*, com a obrigatoriedade de levar a ocorrência que atendeu a um órgão policial intermediário, de nítido e desnecessário caráter cartorário burocrático, para a elaboração do reconhecidamente anacrônico *inquérito policial*. O *inquérito policial*, sabido é por quem milita na *Justiça Criminal*, é uma *mera peça informativa, de duvidoso valor jurídico*, em que pese a respeitáveis opiniões em contrário de ilustres processualistas e demais interessados em manter esse retrógrado meio de levar à *Justiça Cri-*

(4) VALIANTE, Mário. *Il Nuovo Processo Penale*. Milano, Dott. A. Giuffrè, Italla, 1975, pp. 194/209.

minal, muito tempo depois, quando tudo está diluído pelo tempo ou pelas pressões, a notícia da prática delitiva.

Não podemos mais compadecer com tal situação, geradora de impunidade e abusos. A pronta resposta da sociedade a uma ação criminosa está a exigir mecanismos legais ágeis, que possibilitem a imediata atuação da Justiça Criminal, com o policial, seja o militar na ação de polícia ostensiva, seja o civil não burocrata em atividade operacional, com o policial, insista-se, levando o fato imediatamente ao Juiz Criminal competente, apresentando o acusado, a vítima, as testemunhas e tudo o mais que se torne útil à persecução criminal, já presentes o representante do Ministério Público e o advogado, podendo este ser o da confiança do acusado.

*É a aproximação da Justiça com o povo. É a pronta resposta do Estado à ação criminosa. É a certeza da punição pelo que de criminoso foi feito.*

Não se converterá o Juiz em policial. E o policial ficará na sua nobre atividade, a espinhosa atividade de prevenir a prática delitiva e investigar as infrações penais, para dar a necessária tranqüilidade e segurança pública.

#### 4. O juizado de instrução criminal

VICENTE RAO deixou isso bem claro quando, na sua famosa "Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Penal" (5), elaborado por ANTONIO BENTO DE FARIA, PLÍNIO CASADO e LUIZ BARBOSA DA GAMA CERQUEIRA, juristas de escol que dispensam apresentação, afirmou que, com o *Juizado de Instrução*, "retira-se à Polícia, por essa forma, a função, que não é sua, de interrogar o acusado, tomar o depoimento de testemunhas, enfim, colher provas sem valor legal; conserva-lhe, porém, a função investigatória, que lhe é inerente, posta em harmonia e legalizada pela participação do Juiz, sem o que o resultado das diligências não podem, nem devem ter valor probatório. Não emperra, por isso o aparelhamento defensivo da sociedade, eis que qualquer autoridade, presente em lugar onde ocorra o fato que reclame providências imediatas, deverá intervir para ordená-las, até o comparecimento da que for competente", ficando, "de acordo com a boa doutrina e as boas normas", discriminadas as funções da autoridade judiciária e da autoridade policial, nos moldes seguintes:

##### "A) AUTORIDADE POLICIAL:

1. Diligências e investigações preliminares.
2. Investigações ordenadas pelo Juiz Instrutor ou a ele apresentadas.

(5) RAO, Vicente. Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Penal, encaminhado à Presidência da República em 15-8-1935, Suplemento ao nº 221, do DO, ed. de 26-9-1935.



## B) AUTORIDADE JUDICIÁRIA:

1. Instrução do processo, com auxílio das investigações policiais.
2. Preparo para o julgamento.
3. Julgamento.
4. Execução."

No que interessa à *autoridade policial*, a ela, mais detalhadamente, compete: "a) evitar a continuação, ou, quando possível, a consumação do fato criminoso; b) efetuar a prisão em flagrante; c) conservar os vestígios do crime e apresentar ato contínuo ao Juiz formador do processo os demais elementos de convicção, inclusive as testemunhas; d) auxiliar a apuração judiciária do fato criminoso e da responsabilidade, é óbvio, além de sua função geral preventiva e repressiva, em matéria de ordem pública".

### 5. *A Justiça Criminal e o Juizado de Instrução*

Há cinquenta anos, como vemos, VICENTE RÁO e esse grupo de conhecidos e festejados juristas deram feito peculiar às inovações principais de suprimir o inquérito policial e, em conseqüência, instituir o Juizado de Instrução, observando-se, com absoluta seriedade científica, que "uma inspeção, por mais ligeira que seja, das leis do processo penal vigente, revela, desde logo, a par de um lastimável atraso, uma evidente inadaptação às condições atuais de nossa vida social. *Diga-se a verdade por inteiro e com coragem: a apuração da responsabilidade criminal não se procede, hoje, ainda, em Juízo, mas perante a Polícia. Esta, ao invés de se limitar às funções de investigação e de manutenção da ordem, forma o conteúdo do processo e, antecipando-se às autoridades judiciárias, pratica atos inequivocamente processuais, tais, por exemplo, as declarações do acusado e depoimento das testemunhas que toma por escrito. É o que se chama de inquérito, ou seja, a peça donde o Ministério Público, raramente colaborador de sua feitura, extrai os elementos para a denúncia, escolhe a dedo o rol das testemunhas de acusação e colhe a indicação das demais provas, inicialmente constituídas, todas elas, pelo espírito obliterado, que a prática do ofício determina, da autoridade policial respectiva. Acumulado esse material, com ele se amalgama o processo propriamente dito. Mas, em que consiste o processo? Consiste, em última análise, na reprodução dos depoimentos, circunstâncias indiciárias, declarações, exames e vistorias já constantes dos autos do inquérito. Chama-se a isso, por sua vez, formação de culpa, que vem a ser a procura, pelo promotor e pelo Juiz sumariamente da ratificação do inquérito, isto é, da peça formada fora do Juízo e sem maior garantia, quer para o acusado, quer para a ordem social"* (6).

Daí por que, ainda conforme VICENTE RÁO, "não é de estranhar, como estranhável não aparece, conseqüentemente, a decadência da Justiça

(6) RAO, Vicente. *Op. cit.*

Penal”, com o *estranho inquérito policial*, no sistema legal vigente à época, como ainda agora o é. Há, assim, duplo prejuízo provocado por semelhante estado de coisas, ou seja, para a *sociedade* e para o *acusado*, porque, “A *sociedade* não recebe proteção suficiente: contra elementos dissolventes, que operam em seu próprio seio, pois que, nos moldes processuais vigentes, *fugir pelas malhas de um processo penal não é tarefa invencível a qualquer delinqüente habilmente patrocinado*” e “O *acusado*, por sua vez, obrigado a se socorrer de meios de defesa naturalmente aleatórios, corre, com maior perigo, o *risco das surpresas jurídicas*”.

Deve o Direito harmonizar os *interesses da sociedade e os do acusado*, fundindo-se, assim, os princípios jurídicos no único sentido do absoluto respeito à lei, separando, efetivamente, a investigação da formação do processo, porque, já dizia MONTESQUIEU, “A pior tirania é a exercida à sombra da lei e com a aparência de Justiça”.

#### 6. *Juizado de Instrução, os advogados, policiais e magistrados brasileiros*

Bem por isso, mesmo antes de Vicente Ráo oferecer a sua primorosa “Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Penal”, o vetusto INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, sediada no Rio de Janeiro, desde o século passado, vinha e vem sustentando a substituição do *inquérito policial* pelo *Juizado de Instrução*. O ilustre advogado Dr. Sebastião Rodrigues de Lima, membro efetivo do aludido sodalício e de seu Conselho Superior, em conferência realizada na cidade de Ribeirão Preto, observou que “Há bem mais de um século, o Ministro da Justiça de então, *pressionado pelo clamor público reinante contra o inquérito policial*, que foi instituído no Brasil pela Reforma Judiciária de 1871, resolveu colher novas impressões e, em 1874 colheu pareceres e opiniões, entre outras questões, sobre a seguinte: “Convirá acabar com os inquéritos policiais, limitando-se a polícia a prender delinqüentes e passá-los imediatamente à autoridade judiciária”, ao que obteve respostas *afirmativas*, “ressaltando-se, de logo, que o então Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, JOAQUIM MARCELINO DE BRITO, foi apoiado por inúmeros outros magistrados de Tribunais Estaduais, por professores de Direito e, ainda, Membros do Instituto dos Advogados Brasileiros. Desde o Império — continua tão ilustre advogado carioca —, *se reclama entre nós a abolição de tal sistema, anacrônico, arcaico, famigerado, substituindo-o por um processo sumário, dirigido por magistrados que se revezem em plantões de 24 horas por dia, como se pratica há muitos anos entre os povos democráticos e de aprimorada cultura jurídica*”, embora, fique bem claro, os juízes não podem prescindir do auxílio da Polícia, mesmo porque não podemos cometer a um Juiz funções investigatórias, tipicamente policiais.

O Instituto dos Advogados Brasileiros, ao Congresso Nacional, ao longo dos anos, ofereceu diversos projetos de lei, criando o Juizado de Instrução. O último, acompanhado de primorosa justificação, datada de

23-10-1979 e assinado pelos ilustres advogados Drs. Laércio Pellegrino, Presidente da Comissão, e Evandro Corrêa de Menezes, seu Membro, como também o foi o Dr. Sebastião Rodrigues de Lima, deixa para a história a luta mais do que secular do Instituto dos Advogados Brasileiros e de magistrados pela extinção do inquérito policial e instituição do Juizado de Instrução Criminal a respeito de todas as infrações previstas no Código Penal, com exceção apenas das de competência da Justiça Federal.

Seria infundável o rol de juristas de escol, professores, advogados, magistrados, promotores de Justiça, como também de ilustres policiais que têm defendido a instituição do Juizado de Instrução Criminal. Anotamo-la em nosso trabalho "Juizado de Instrução" (7), publicado na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Mas, destacamos que o *ilustre Delegado Geral da Polícia Civil de São Paulo, Dr. Amândio Augusto Malheiros Lopes*, é dos que defendem a instituição do Juizado de Instrução Criminal, porque, com os seus longos anos dedicados à Polícia paulista, compreendeu, ao certo, enganarem-se os que pensam que a Polícia sairá prejudicada com a sua adoção, pois reduzindo-se a *atividade cartorária-burocrática*, o organismo policial poderá lançar seus meios na sua atividade afim, que é a investigação, ganhando com isso a grande população, especialmente as camadas menos favorecidas, para as quais hoje a Justiça é de difícil acesso.

Anote-se que esse, também, é o anseio dos *magistrados brasileiros* que, no X Congresso Brasileiro de Magistrados, realizado em Recife (PE), em setembro de 1986, aprovaram a tese de "Criação do Juizado de Instrução para a pequena criminalidade e os ilícitos criminais que se entenderem necessários a rápida prestação jurisdicional, em procedimentos simplificados" (8). Aliás, tal tese fora aprovada pelos magistrados paulistas reunidos no II Congresso Paulista de Magistrados, realizado em São Paulo (SP), em dezembro de 1985.

Mas, também, as Polícias militares brasileiras defendem-no, desde que os seus Comandantes Gerais reuniram-se em Caruaru (PE), em agosto de 1985, no que resultou a conhecida "Moção e Proposta para o Mutirão Contra a Violência", no Ministério da Justiça.

A propósito, JOSÉ FREDERICO MARQUES (9) lembra do "Juizado de Instrução", dizendo que "Embora instituição consagrada na maioria das legislações ocidentais, o Juizado de Instrução ainda não conseguiu uma estrutura não só uniforme, como também definitiva", tecendo, em seguida,

---

(7) LAZZARINI, Alvaro. "Juizado de Instrução", Separata da *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v. 104/8-18.

(8) DECISÃO. *Revista de Cultura da Associação Paulista de Magistrados*, ano I, outubro de 1986, v. 3/60-62.

(9) MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo, vol. I/213, Ed. Saraiva, 1980.

críticas à sua adoção para, finalmente, concluir que, “Sem embargo dessas críticas e defeitos, o Juiz de Instrução continua mantido em quase todos os países em que foi adotado ao instaurar-se na Justiça Penal, o chamado “Sistema Misto”, nos moldes com que o estruturou o “Code d’Instruction Criminelle”. Na Itália, o Juiz de Instrução persiste, malgrado um processualista do estofa e prestígio de CARNELUTTI haver tentado extingui-lo, substituindo-o pelo Ministério Público. E fato idêntico ocorreu na França, em que a autoridade intelectual de um DONNEDIEU DE VABRES não foi, também, suficiente para suprimi-lo. Tudo isso se deve à circunstância, de sumo relevo — acrescenta JOSÉ FREDERICO MARQUES, de que o Juiz de Instrução, por ser um magistrado judicial, exerce suas funções (malgrado os poderes inquisitivos de que se encontra armado) sem a prepotência e o arbítrio das autoridades policiais. Para ALLEC MELLOR — continua JOSÉ FREDERICO MARQUES — é preferível o procedimento inquisitivo da instrução judicial ao procedimento acusatório com o arbítrio policial atuando na fase preparatória da persecução penal. De outra parte, atribuindo a direção da instrução preliminar ao Ministério Público, estaria sendo quebrado o princípio da separação de funções... A passagem pelo Juizado de Instrução é um episódio na vida do magistrado, episódio que se inclui numa carreira em que aqueles princípios (está havendo referência aos princípios da imparcialidade, do equilíbrio e da repulsa à violência, bem como aos atos de arbítrio) devem ser fielmente seguidos. Assim sendo, e com o controle das Instâncias Superiores — finaliza JOSÉ FREDERICO MARQUES —, o Juiz de Instrução, com todas as tentações que sua posição possa trazer, continua fiel a seu *status* de magistrado, com o que não se envereda por caminhos ínvios a ele contrários”, razão pela qual ele continua mantido e prestigiado, como de início ressaltado.

Pela criação do Juizado de Instrução, igualmente, se manifestaram juristas dos mais ilustres como o Professor MIGUEL REALE e o Professor MANOEL PEDRO PIMENTEL, certo que este último foi Secretário de Estado dos Negócios da Segurança Pública de São Paulo, durante o ano de 1983, tudo conforme o atesta LAERTES DE MACEDO TORRENS, em trabalho sobre “O inquérito policial e a distribuição da Justiça”, que apresentou ao I Encontro dos Advogados do Estado de São Paulo, em dezembro de 1982, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e comemorativo do “Cinqüentenário da Fundação da Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo”.

O que mais dizer, o que mais invocar diante de todo esse vasto quadro para sugerir a criação, imprescindível sob todos os aspectos, do Juizado de Instrução?

Vozes como a do eminente Desembargador Valentim Alves da Silva, com a autoridade de quem foi, por longos anos, Juiz da Vara de Execuções Criminais e Corregedoria da Polícia Judiciária da Comarca de São Paulo, Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do mesmo Estado e, também, Presi-

dente do Tribunal Regional Eleitoral local, fazem sentir que "Hoje, o problema da criminalidade atormenta a população brasileira, principalmente nos centros urbanos. A situação do Poder Público, na repressão ao crime, se rescente da existência de um sistema processual inadequado, com a manutenção do inquérito policial, mera peça informativa, que, pela sua própria natureza, concorre para tornar extraordinariamente demorada a ação da Justiça Penal, prejudicando sua eficiência. Essa prática é, além do mais, excessivamente onerosa, a tornar inarredável a necessidade de duplas diligências para a instrução do processo, com a colheita das provas na Polícia e depois, sua repetição em Juízo, já agora, em condições desfavoráveis, dado o decurso do tempo entre o fato e a realização da prova" (10).

É certo que tudo isso foi desconhecido por Francisco Campos, como ele próprio o diz na sua "Exposição de Motivos" oferecida ao projeto do que se tornou o vigente "Código de Processo Penal".

Porém, os óbices por ele apontados, na sua aludida "Exposição de Motivos", não mais subsistem. A extensão territorial brasileira já está superada pelos modernos meios de transportes e de comunicações que se desenvolveram ao longo de mais de quarenta anos de vigência do Código de 1941.

O Juizado de Instrução, assim, está a atender aos problemas éticos da Polícia, eliminando o inquérito policial. Ninguém, em sã consciência, desconhece a inutilidade jurídico-processual do inquérito policial.

Desnecessárias, portanto, outras considerações para a sua substituição pela figura do Juizado de Instrução.

Não será, todavia, demasia lembrar — e isso temos ponderado frequentemente — que, se para as denominadas "pequenas causas patrimoniais" o legislador pátrio evoluiu, criando os "Juizados de Pequenas Causas", através da Lei n.º 7.244, de 7-11-1984, para dar a garantia do Poder Judiciário na solução das pequenas causas, com muito mais razão deve o legislador processual, e até mesmo o constitucional, evoluir, criando o "Juizado de Instrução", conforme os fundamentos apresentados por VICENTE RÁO, pelo menos há meio século e ainda atualíssimos.

Não é crível, como dissemos em nosso *Direito Administrativo da Ordem Pública*, que, para as causas de pequeno valor patrimonial, seja dado acesso imediato ao Poder Judiciário, enquanto que, para a grande causa que é a liberdade do homem, a sua dignidade, o homem tenha vedado esse acesso direto e imediato, que fica condicionado a tudo aquilo que a ele possa ocorrer em uma Delegacia de Polícia, após o policial-militar o apresentar a quem o atenda nessa repartição cartorária da Polícia judiciária.

---

(10) SILVA, Valentim Alves da. *Relator Policial*, ano IV, nº 34, outubro de 1986, São Paulo, p. 12.

O supremo valor à dignidade humana — imensamente — maior do que uma pequena causa patrimonial — deve merecer o tratamento diferenciado, sem a inútil intervenção do que se concretiza no denominado inquérito policial, deixando-se à autoridade judiciária competente a instrução, desde logo, do processo, com o só auxílio das investigações policiais, conforme analisado.

## 7. Conclusão

Vale concluir que não tem mais sentido a existência de um verdadeiro fosso entre o atendimento policial da ocorrência e a sua comunicação à Justiça Criminal. Isso se deve ao anacrônico inquérito policial, que é procedimento inquisitorial da reconhecida inutilidade jurídica. Sendo mera peça informativa, o que nela se contém deve ser repetido perante o Juiz. Elaborado sem a participação do Ministério Público e do advogado de defesa, o inquérito não raro cria situações constrangedoras para suspeitos, vítimas e testemunhas.

A instituição do Juizado de Instrução permitirá à autoridade judicial a instrução do processo, o julgamento e a execução da pena, evitando que os depoimentos só cheguem à Justiça meses ou anos depois do fato criminoso. Fará registrar, com a intervenção do promotor e do advogado de defesa, tudo o que lhe chegar ao conhecimento em relação ao delito.

O inquérito policial, que atravança a polícia judiciária, é fonte de corrupção, gerador de violências e fator de descrença da população na Justiça Criminal. Um País, que é a oitava economia do mundo, domina o ciclo nuclear e tantos outros avanços científicos, não pode continuar arcaico numa área tão importante. Países muito mais pobres já resolveram este problema, até porque a solução não é difícil e depende muito mais de vontade política do que qualquer outra coisa.

Enganam-se os que pensam que a polícia sairá prejudicada com a adoção do Juizado de Instrução, pois, reduzida a atividade cartorária, o organismo policial poderá lançar seus meios na sua atividade fim, que é a investigação.

Dai por que, embora não tenha vingado em termos constitucionais, nada impede que, em lei de natureza infraconstitucional, seja adotado no Brasil o Juizado de Instrução Criminal, como procedimento que, ao certo, agilizará a Justiça Criminal brasileira, dando mais segurança a todos aqueles que, de um modo ou outro, dela dependam. Com o Juizado de Instrução Criminal, cairá a impunidade dos marginais, levados, desde logo, à Justiça Criminal. Com isso, também, haverá economia ao erário público, que não mais terá de suportar despesas dúplices, isto é, a do desnecessário inquérito policial e a do necessário processo legal. Basta este, sem necessidade daquele.

# Desporto constitucionalizado

ÁLVARO MELO FILHO

Professor da UFC — Advogado Conselheiro  
do CND

## Introdução

O desporto, como entidade multifuncional, individualmente infunde nos homens a consciência de que, na vida, não há vitórias nem derrotas definitivas, e, socialmente, afigura-se como fenómeno de primeira magnitude e uma das mais significativas presenças do estilo de vida actual, sendo inconcebível ficar alijado ou ausente da nova Constituição.

A propósito, nada mais gratificante e realizador para um professor de Direito e advogado militante, que tem na Ciência Jurídica campo de trabalho diuturno, verificar que sua proposta sobre desporto foi acolhida *in totum* pela Assembléia Nacional Constituinte, materializando-se como norma constitucional consagrada pela nova Carta Magna. Sem dúvida, para quem desde criança pratica esportes, e hoje é membro do Conselho Nacional de Desportos, além de Presidente da Confederação Brasileira de Futebol de Salão, a constitucionalização do desporto representa significativo troféu, de valor inestimável.

Fruto de uma luta silente e permanente, iniciada com a ajuda incondicional do Prof. Manoel Tubino, Presidente do CND, bem antes do nosso pronunciamento na audiência pública da Subcomissão de Educação, Ciência, Cultura e Desporto, não teríamos concretizado nosso objetivo, não fora a sensibilidade desportiva, a obstinação legislativa e a dedicação ímpar do constituinte Aécio de Borba Vasconcelos a quem devemos — os autênticos desportistas — imorredoura gratidão.

Estimulados por esta inédita conquista e conjugando as paixões — desporto e direito — elaboramos este trabalho, cientes de quão sutil e inçada de percalços é a empresa de quem tenta algo novo no campo jurídico. Mas, somente correndo o risco da inovação poder-se-á superar o “pecado original” teórico e metodológico, que cada um de nós visualiza no outro.

Desporto constitucionalizado tem, primacialmente, um conteúdo hermenêutico, conquanto procura extrair o alcance e as implicações da construção normativa do desporto pelo constituinte, sem descurar da lição de THOMA: "A uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê."

Ressalte-se, ainda, nesta análise que as decantadas potencialidades do desporto brasileiro ganham mais consistência e força expressiva, quando é a própria Constituição que aponta diretrizes para que as atividades desportivas desenvolvam-se em clima de harmonia, de liberdade e de justiça com sentido de responsabilidade social, além de dotar o desporto nacional de instrumentos legais para, senão reduzir, pelo menos resolver desportivamente grande parte das demandas entre os atores desportivos, até porque, como dizia VOLTAIRE, "as leis do jogo são as únicas que em toda parte são justas, claras, invioláveis e executadas".

Depreende-se deste estudo que a construção do Direito Constitucional Desportivo não se assenta tanto no obsessivo descobrimento arqueológico das proposições normativas que o constituem, senão no seu arranjo fecundo e pleno de vitalidade para o corpo social a que se destina, podendo e devendo abrir caminhos para a consecução de um novo modelo que corrija as distorções e vícios, do passado e do presente, na medida em que aponta as saídas de esperança e horizontes mais dilargados para o desporto brasileiro.

Depurando este trabalho da retórica abstrata e, buscando indicar as soluções para os concretos, reais e históricos problemas jurídicos da atividade desportiva hodierna, temos certeza que a sagração constitucional dos princípios do Direito Desportivo será extremamente importante, na sua aplicação, para os destinatários mediatos e imediatos das normas desportivas. Outrossim, impõe-se destacar que a constitucionalização do desporto é força motriz para nova estruturação de um Sistema Desportivo Nacional que não seja fonte de satisfações pessoais mais que sociais, além de contribuir para a ruptura da legislação desportiva infra-constitucional do "não pode", transmutando-a na legislação no "pode", compromissada, fundamentalmente, com a mudança do perfil desportivo do País.

Assevere-se que o objetivo deste autor não é fornecer o único nem o melhor modelo de Direito Constitucional Desportivo. O que nos propomos é explicitar e exteriorizar nossas dúvidas e perplexidades que não surgiram de meras lucubrações teóricas, mas brotaram do solo fértil da vivência do fenômeno desportivo. Por isso mesmo, materializando uma vocação de pesquisador de temas inusitados em fonte de cognição jurídica, esperamos ter aberto, no leito da terra lavrada, larga vereda a servir de núcleo na formação de novos estudos a respeito de tão absorvente e atual matéria.

De como alcançamos ou deixamos de alcançar o nosso desiderato dirão os atletas, árbitros, dirigentes, jornalistas, legisladores e julgadores



desportivos. No entanto, qualquer que seja o veredicto, estamos certos de que nosso desejo de ser útil ao Direito Desportivo jamais fenecerá, e a crítica construtiva será um valioso contributo, pois, na lição de GORBA-CHEV, "uma revisão crítica de nossa própria experiência é sinal de força e não de fraqueza".

Entregando à publicação este trabalho, fazemo-lo com o intuito principal de contribuir para a correta aplicação desta significativa parcela da novel Carta Constitucional e para o aperfeiçoamento do *jus positum* desportivo, iluminando, ainda que com modesta vela, a escuridão constitucional-desportiva em que vivíamos.

### *Desenvolvimento*

*La constitucionalización del deporte no es un acontecimiento espontáneo, sino que responde a una evolución de los derechos y deberes públicos frente a la sociedad.*

CARZOLA PRIETO

Promulgada a nova Carta Magna, é oportuno apontar-se o sentido e o alcance das normas desportivas incorporadas ao novo texto constitucional. Estes dispositivos constituem a estrutura de concreto armado do desporto brasileiro, que se espera apta a enfrentar os desafios do terceiro milênio, livre de modismos e fincada numa necessidade real de democratização e respeito aos direitos de cidadania, especialmente do direito ao desporto.

Verificar-se-á, ainda, se tais normas constitucionais desportivas se adaptam aos "fins existenciais" da sociedade desportiva brasileira, sem olvidar que a Constituição não se faz apenas no momento da Constituinte, mas na soma de muitos momentos, compondo um processo histórico, longo e demorado, até porque a norma constitucional não é um fim em si mesma.

Saliente-se, preliminarmente, que o poder da nova Constituição não deve ser superestimado e exacerbado: embora ela influa na realidade, modificando-a, modelando-a, aperfeiçoando-a, elevando-a no sentido de aproximar bens e valores tidos como bons em relação ao homem e à sociedade, não é uma força todo-poderosa e, menos ainda, uma vareta mágica capaz de transformar o real daquilo que ele é naquilo que se pretende que ele seja. Por isso, já se disse com inteira razão que "a Constituição promete o paraíso e a realidade não provê sequer o purgatório". A propósito, RUI BARBOSA de há muito alertava: ainda que a Constituição tenha sido baixada pelo Olimpo, elaborada pelos deuses, devemos julgá-la não pelo modo como se apresenta, mas pela maneira como a pomos em prática, especialmente em face do velho vezo brasileiro de solucionar, na lei e no papel, todos os problemas, como se a norma tivesse a virtude miraculosa de, por si só, resolver tudo. Por isso, para que o legado da atual geração não seja o caos econômico, o conflito social e o subdesenvolvimento des-

portivo, é preciso ter a consciência de que as transformações dependem de todos e realizam-se pelos corações, mentes e mãos que se somam, sem condicionar-se ao inatingível, mas sempre querendo ir além do meramente possível.

A Constituição, na atualidade, além da repartição dos poderes do Estado e garantia dos direitos e liberdades deve ser também o estatuto jurídico da vida econômica, social e cultural, sendo intolerável uma Lei Magna esquivada ou refratária ao disciplinamento destas relações, sem o que não pode transfundir-se numa "revolução sem armas". Na esteira deste raciocínio tornam-se desarrazoados os preconceitos e resistências materializados contra a constitucionalização de dispositivos desportivos, por certo fruto da descrença e desconfiança generalizadas em derredor do tema, da falta de recursos públicos para o setor específico, ou ainda da inexistência de precedentes constitucionais sobre desportos que conduz à advertência de KEYNES de que "a dificuldade não está nas idéias novas, mas em escapar às antigas".

Talvez impregnados pelo "carma cultural" de que falava TOYNBEE, ou seja, a tendência que têm os povos de se repetirem nas práticas, nos usos e nos costumes, os dirigentes, juristas e até jornalistas desportivos têm verberado contra a inclusão do desporto na novel Constituição sob a alegativa de que esta matéria é estranha à ordem constitucional, ou seja, que o desporto deve ser somente objeto da legislação complementar, ordinária e até regulamentar. Advirta-se, a propósito, que não existem paradigmas capazes de definir que matérias devem ser inclusas na Carta Magna e o que transborda do natural âmbito das disposições que devem constar da Constituição.

Indaga-se onde está determinado que o detalhamento da "reforma agrária", a fixação das "horas semanais de trabalho", a limitação dos juros reais em 12% a.a., a proteção estatal "às manifestações da cultura popular, das culturas indígenas e das de origem africanas", ou ainda a "localização do Colégio Pedro II no Rio de Janeiro" são ou não matérias constitucionais?

Inexiste um método com o qual se possa aferir o que deve, ou não, integrar o texto da chamada Lei Maior. Aponta HERMAN HELLER para a especificidade desse conteúdo, revelando os fatores que, isolada ou conjuntamente, atuam na determinação da matéria constitucional:

"Os textos constitucionais têm certamente conteúdos típicos, mas não existem princípios teóricos que determinem o que se deve reservar à lei constitucional. Sobre o que há de regular o texto constitucional decidem — como em regra geral o que deve ficar reservado à lei — a tradição, a conveniência política, a situação de poder e a consciência jurídica" (in *Teoria Geral do Estado*, Ed. Mestre Jou, S. Paulo, 1968, p. 324).

É o ambiente, o meio social e natural, as peculiaridades geográficas, étnicas, sociológicas, históricas, em suma, o meio cultural, donde exsurge a Constituição, e com o qual deve a mesma integrar-se, harmonicamente, que vão determinar o conteúdo, o caráter e a especificidade das normas constitucionais.

Constitucional é tudo aquilo que está na Constituição. Ou seja, somente aqueles que desconhecem os exemplos ilustrativos de DUVERGER de que a Constituição suíça contém inclusive norma referente ao abate de gado e regra sobre licor de absinto são capazes de asseverar que o desporto é matéria que refoge ao Texto Constitucional. E para elidir quaisquer dúvidas vejam-se outros exemplos inculpidos em Constituições estrangeiras, sem que se cogite considerá-los supérfluos ou incompatíveis como ditames constitucionais:

a) a Constituição chinesa assegura, no art. 45, o “direito de o cidadão escrever nos “dizibao” (jornais de parede)”;

b) a Constituição americana no art. II (aditamento), reconhece “o direito dos cidadãos ao uso e porte de armas”;

c) a Constituição mexicana (art. 123, XXX) alude à “construção de casas baratas e higiênicas”;

d) a Constituição iugoslava (art. 183) restringe a liberdade de deslocamento dos cidadãos para “impedir a propagação de doenças infecciosas”;

e) a Constituição espanhola no art. 148, §§ 11 e 14, outorga explicitamente competência legislativa às comunidades autónomas com relação à “pesca de mariscos e artesanato.”

Demais disso, o alargamento e dilatação de matérias constitucionais é um fenómeno generalizado na época atual, em consequência da interpenetração crescente do Estado e da sociedade civil, da expansão das necessidades coletivas e do conexo aumento de funções requeridas ao Estado. É ainda, no dizer do jurista português JORGE MIRANDA, “um fenómeno que tem muito que ver com o caráter compromissório das Constituições de países divididos social, econômica, regional e ideologicamente, em que contrastantes forças políticas e sociais se defrontam sem que nenhuma possa dominar as demais e em que cada qual almeja por incorporar na Constituição senão o essencial do seu projeto, pelo menos uma parte substantiva dele, para que não fique à mercê do legislador ordinário (por definição, contingente e mutável). Nestes países, o caráter compromissório — com os depois difíceis, conquanto não irresolúveis, problemas de interpretação que arrasta — é o preço da democracia pluralista”. (in RDP 80/249).

CAIO TÁCITO não discrepa e até reforça esta posição ao acentuar que “diante da diversidade das Cartas modernas e da extrema variação

dos modelos políticos, que traduzem um mundo que se transforma, é mais difícil dizer-se o que não pode deixar de ser constitucional, do que tentar impor limites ao âmbito das Constituições (in RDA 166/40). Aduz ainda que o papel do Estado, que antes se exprimia em *deveres negativos* (dever de não fazer ou não perturbar) e na garantia do livre exercício dos direitos individuais, passa a assumir *deveres positivos* (obrigações de fazer), a que correspondem pretensões dos administradores que dão uma nova roupagem às Constituições acrescentando-lhes novos títulos, capítulos e dispositivos sobre a ordem sócio-econômico-cultural.

Nesta perspectiva, não se pode vislumbrar o *desporto* como tema reservado exclusivamente à legislação ordinária, mormente quando as normas desportivas estruturais consubstanciadas na nova *Lex Fundamentalis*, longe de configurar-se como casuísmo demagógico e perigoso, exsurtem como matéria essencialmente constitucional porque "contidas nas alturas dos altos princípios e das diretrizes gerais, sem o fetichismo das fórmulas verbais e sem a frágil ilusão que a mera oralidade constitucional pode ser capaz de criar ou aperfeiçoar" na assertiva de CLÁUDIO PACHECO. Além disso, a inserção de dispositivos desportivos na nova Constituição indica que já não se tem uma visão perempta, repetitiva e cansativa de matérias constitucionais, ensejando cunhar-se na Lei Maior, novas esperanças e realidades individuais e coletivas.

Se por um lado não há por que excluir-se o novo só para contentar os passadistas e, por outro, não se pode dar ao luxo de colocar na Constituição o que a vida desprezitará, incluiu-se o desporto no novo Estatuto Fundamental em face da sua importância quantitativa, sua dimensão estrutural, sua abrangência conjuntural e sua enorme transcendência para a qualidade de vida como objetivo maior de todo Estado social de Direito, nos planos nacional e internacional. Vale dizer, a vida institucional do desporto já não pode andar indiferente aos homens e à própria Constituição do País, na medida em que o desporto, tábua de fatos sociais altamente valorizados, não se revela apenas como movimento social de massa, mas também como uma contínua manifestação da vida cultural, atuando na atmosfera social da Nação e integrando a vida de seu povo, como parte inseparável dos programas de desenvolvimento educacional, social e de saúde na lapidar assertiva do Min. JOÃO LYRA FILHO.

Por isso, tendo a nova Carta Magna contemplado o *desporto*, afigura-se oportuno dissecar as normas desportivas elevadas ao patamar constitucional e sua ressonância na *praxis* jurídica. Além das idéias e ideais subjacentes às normas desportivo-constitucionais, seu conhecimento é essencial e vital, conquanto caberá às entidades, órgãos e pessoas que integram a comunidade desportiva brasileira zelar pela eficácia jurídica e social de tais normas e fazer valer os direitos nelas protegidos e assegurados.

Uma observação, de pronto, merece registro: o legislador constituinte não copiou figurinos do desporto constitucional alienígena inobstante reco-

nheça-se a utilidade das experiências alheias, e, sem devaneios ou casuísmos, modelou as “realidades reais” do desporto brasileiro, com o cuidado de não torná-lo uma “utopia abominável”, traduzindo, com sensibilidade, na nova Constituição, diretrizes peculiares e valores próprios do desporto nacional premido, de um lado, pelas gritantes desigualdades sociais e regionais, e, de outro, pelos desafios da modernização e do progresso.

Outro aspecto relevante decorre do inescandível caráter principiológico dos dispositivos sobre desporto constitucionalizados que se encaixam em qualquer tipologia de Constituição — sintética ou analítica — afastando *in totum* a síndrome casuística tão evidente e manifesta em outros ditames da nova Constituição.

Por se tratar de uma atividade que envolve a todos, direta ou indiretamente, como realização individual e/ou coletiva, era irreversível a necessidade de outorga do *status* constitucional ao desporto. Mas, por inexplicável preconceito, foi o desporto criminosamente omitido e marginalizado de todas as anteriores Constituições brasileiras, olvidando-se a expressiva opinião de CAGICAL de que embora não se viva numa sociedade desportiva, pode-se afirmar que há hoje uma sociedade desportivizada. Outrossim, esta concretização constitucional das linhas-mestras do desporto não apenas resgata parte da dívida sócio-educativo-cultural que se vem acumulando, mas igualmente favorece o surgimento de uma nova sociedade reclamada por todos, constituída de indivíduos participantes, independentes e democráticos.

Impende salientar que, a partir de conferência feita por este autor no I Encontro Nacional de Desporto (Porto Alegre — outubro/85), cujas propostas e sugestões básicas foram incorporadas *in totum* pela Comissão de Reformulação do Desporto Nacional (Recife-dezembro/86), emergiu, praticamente, apoiado no debate, um consenso entre os constituintes e as entidades participantes das audiências públicas da Subcomissão de Educação, Cultura e Desporto. Por isso, os dispositivos sobre desporto, alicerçados na nova Carta Magna e que serão analisados, têm o lastro de assentimento público e o aval da comunidade desportiva brasileira.

“Art. 24 — Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

.....

#### IX — educação, cultura, ensino e desporto.”

Na anterior Constituição (art. 8.º, XVII), a União detinha, com exclusividade, a competência legislativa em matéria desportiva. Na nova Lei Maior a competência deixa de ser privativa da União, outorgando-se também aos Estados e Distrito Federal poder expresso para legislar sobre desportos.

Impõe-se registrar que, em se tratando de legislação concorrente, a competência básica é da União que prevalecerá sobre a dos Estados e do

Distrito Federal. Vale dizer, a competência dos Estados e Distrito Federal é *supletiva*, pois, havendo o vazio deixado pela lei federal, poderão eles dispor sobre matéria desportiva. Se, porém, houver lei federal desportiva, Estados e Distrito Federal legislarão apenas complementarmente quanto aos pormenores e à aplicação das normas gerais e principiológicas federais, adaptando-as às peculiaridades locais.

Observe-se que, na primeira hipótese, em sendo editada a lei federal sobre desportos para preencher a lacuna, perderá eficácia a lei do Estado-Membro ou do Distrito Federal respectivo naquilo que lhe foi contrária. Na segunda hipótese, a lei estadual deverá respeitar à legislação federal desportiva existente, sendo ilegal no que ultrapasse os limites nela balizados.

O inciso XXVII, letra *a* do art. 5.º da nova Carta Magna assim dispõe:

“É assegurada a proteção, nos termos da lei, às *participações individuais* em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas *atividades desportivas*.”

Trata-se, *in caso*, da consagração constitucional do *Direito de Arena*, já constante da legislação ordinária, nos termos do art. 100 da Lei n.º 5.988/73, *verbis*:

“*Art. 100* — À entidade a que esteja vinculado o atleta, pertence o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, *transmissão ou retransmissão*, por quaisquer meios ou processos, de espetáculo desportivo público, com entrada paga.

*Parágrafo único* — Salvo convenção em contrário, vinte por cento (20%) do preço da autorização serão distribuídas, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo.”

Para muitos o *direito de arena* configura-se como uma espécie de direito de personalidade, mais exatamente como uma extensão do direito à própria imagem, garantida, agora, na Constituição, aos jogadores de futebol, de basquete, de tênis, de vôlei aos *boxeurs*, aos enxadristas, aos corredores, nadadores e atletas em geral, conquanto a lei não distingue quanto à natureza ou espécie da prática desportiva.

Enfatize-se que a atividade do atleta que participa de um espetáculo desportivo, embora não seja considerada artística, inobstante reconheça-se que certos atletas equiparam-se, na arena da disputa, a verdadeiros artistas donde exsurge o belo, na base do talento, criatividade e capacidade de improvisação, como se vê nos “gols de placa” de Pelé, nos dribles desconcertantes de Garrincha, nas cestas “impossíveis” de Oscar e Hortência, nas jogadas imprevisíveis e mortais dos “monstros sagrados” do FUTSAL, como Jackson (Perdigão), Pança (Enxuta) e Raul (Bradesco), nos desempenhos ímpares de Nelson Piquet e Ayrton Senna, apenas para exempli-

ficar alguns brasileiros que se erguem à condição de nomes de cintilação universal, cujas imagens não podem ser tomadas em vão nem a troco de nada.

Note-se ser o atleta aquele que faz o espetáculo desportivo e, somente em razão dele é que o público se aglomera nos estádios ou se posta à frente dos receptores de televisão. Por isso, é um absoluto despropósito estender este direito de arena aos árbitros, conquanto o *caput* do art. 100 só acolhe duas pessoas: a entidade a que estiver vinculado o atleta e o próprio atleta. É evidente que entre o árbitro e o clube (associação) não há qualquer vinculação, até porque um dos requisitos do árbitro é a sua independência relativamente aos clubes, o que demonstra, com clareza solar, que o árbitro e outros intervenientes nos espetáculos desportivos (bandeirinhas, gandas, policiais, maqueiros e até os atletas reservas) são pessoas estranhas à previsão do art. 100, ou seja, não estão contemplados ou protegidos com o direito de arena, pois o legislador foi enfático quando referiu-se aos "atletas participantes de espetáculo" (parágrafo único, art. 100).

E como esta proteção constitucional do *Direito de Arena* efetiva-se nos termos do art. 101 da Lei n.º 5.988/73, afasta-se sua incidência na hipótese de "fixação de partes do espetáculo desportivo, cuja duração, no conjunto, não exceda a 3 (três) minutos, para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema ou televisão". Esta ressalva legal acompanha o princípio constante do art. 10 bis da Convenção de Berna, promulgada, no Brasil, pelo Decreto n.º 75.699/75. Vale dizer, não constituem violação do direito de arena as hipóteses de irradiação, filmagem ou televisualização a título de atualidades, dentro do limite de 3 (três) minutos legalmente previstos.

Ao dar guarida, no contexto constitucional, ao direito de arena nas atividades desportivas, o legislador constituinte demonstrou conhecimento e sensibilidade, pois, atualmente não se pode olvidar que "os estádios foram transformados em estúdios", por força das modernas técnicas de difusão e de redução do mundo desportivo a uma aldeia global.

Por isso mesmo, reconhecer, constitucionalmente o direito de arena, "*nos termos da lei*", era imperativo da mais estrita justiça para com aqueles que fazem o público espetáculo desportivo.

No Capítulo III da Seção III do novo Estatuto Jurídico intitulado *Do Desporto*, desponta o *caput* do art. 217, explicitando de forma inequívoca que o *desporto* é "dever do Estado" e "direito de cada um" *verbis*:

"Art. 217 — É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:".

Saliente-se que este dispositivo constitucional sobre desporto, ao mencionar o "dever do Estado", fá-lo com o significado de obrigação *jurídica*, sem contudo esclarecer, dentre os órgãos estatais, quem seria obrigado

a fomentar as práticas desportivas, comprometendo, nessa ótica, a eficácia e dimensão aplicativa dos ideais desportivos.

Além disso, dentro de uma concepção mais ampla e dilargada, ao colocar o desporto como “dever do Estado”, concomitantemente garante o exercício do *direito ao desporto* (v. nosso *Direito Desportivo Atual*, Forense, Rio, 1986, pp. 39/60), ou o “direito de cada um” às práticas desportivas.

Com efeito, quando se usa a expressão *dever* (obrigação jurídica), automaticamente, exsurge o *direito*, em harmonia com o velho aforismo latino “*ius et obligatio sunt correlata*”. Vale dizer, *deveres* e *direitos* são termos que, necessariamente, pressupõem-se e se alternam, no ensinamento de ZITELMANN. Ou seja, se há o *dever do Estado*, há o correspondente *direito do cidadão*. PONTES DE MIRANDA, após ressaltar o caráter bipolar das normas jurídicas (débito/crédito; titular do direito/obrigado; sujeito ativo/passivo), preleciona que os fatos do mundo jurídico não nos apresentam seres com possibilidade de ter *deveres* sem possibilidade de ter *direitos*, ou vice-versa (. . . . .) tanto seria monstruosamente unilateral pensar-se em pessoa sujeito só de *deveres* quanto seria pensar-se em pessoa sujeito só de *direitos*”.

Nesse contexto, a obrigação do Estado de fomentar as práticas desportivas “concede al ciudadano un *derecho al deporte* en sentido estricto; aquí el ciudadano es observado directamente, y se configura de esta manera através del deporte un nuevo *derecho humano*” (Carzola Prieto, “Deporte y Estado”, Politéia, Madrid, p. 175).

Por isso, o “direito de cada um”, insculpido no *caput* deste artigo, hamoniza-se e integra-se com o “dever do Estado”, a quem cabe garantir o direito de acesso e de permanência de cada um no processo desportivo nacional. É interessante notar que, ao invés de referir-se ao “direito de todos”, cuja dimensão jurídica não traduz exatamente quem é o titular do direito, preferiu o legislador constitucional mencionar o “direito de cada um” às práticas desportivas, ensejando a identificação daqueles que têm o direito subjetivo, sem diluir juridicamente tal direito ao desporto nem obstacular os caminhos judiciais assecuratórios de seu resguardo.

Já o uso da expressão *fomento*, verdadeira chave-de-abóboda do *caput* do dispositivo *in examen* não foi aleatório na medida em que, coincidentemente, é o *mesmo* vocábulo utilizado pela vigente Constituição espanhola (art. 43, § 3.º) ao incorporar o desporto no seu texto. A palavra *fomento*, dentro da terminologia jurídico-administrativa, correspondente à ação de estimular, promover ou proteger uma coisa, ou, de modo mais genérico, a atividade de fomento é a que se encaminha para melhorar o nível espiritual ou material da nação. Para CAZORLA PRIETO “el concepto de fomento tiene dentro del tratamiento constitucional del deporte, se puede resumir lo dicho señalando que por aquel há de entenderse, en lo que atañe a su reflejo concreto en la esfera deportiva, la acción de



los poderes públicos tendente a promover, proteger, financiar e impulsar el fenómeno deportivo, al entenderse que constituye uno de los elementos básicos que integran el concepto de calidad de cada ciudadano en su más amplia acepción y que satisface directamente una necesidad de utilidad general" (*opus cit.*, pp. 180/181).

Desse modo, se o Estado está obrigado, pela Lei Maior, a fomentar as práticas desportivas, nenhuma norma infraconstitucional pode derruir ou desfazer tal concreção, na medida em que o desporto foi reconhecido como atividade de inigualável utilidade pública e parte integrante e indissociada de um conjunto de elementos voltados para melhorar a qualidade de vida cotidiana dos brasileiros.

É de extrema significação sócio-cultural o uso também, no *caput* do art. 217, da expressão "práticas desportivas formais e não formais", porque, até pouco tempo, o desporto brasileiro era sinónimo de desporto-espetáculo e de grandes eventos, especialmente de futebol e futebol restrito ao Rio, a São Paulo e às participações da seleção brasileira em campeonatos mundiais. Contudo, esta é uma visão reducionista, desfocada, míope e estreita que está sendo corrigida, posto que além desta faceta mais difundida do desporto-competição, há muitas outras dimensões desportivas formais e informais pouco divulgadas e conhecidas, mas de extrema relevância social, tais como: o desporto-pedagógico da criança e do menor carente; o desporto-terapêutico do velho e do portador de deficiência; o desporto-recreação ou desporto-lazer descompromissado de resultados, enfim, o desporto enquanto fenómeno social que educa, estimula participação e desenvolve valores de convivência e de cidadania.

Vale dizer, o desporto deve ser vislumbrado não apenas por sua vertente competitiva, mas também por seu carácter participativo e educacional que não tem a ambição do *placard*, não pretende quebrar *records* e nem se nutre com a volúpia do *score*.

É não é outra a concepção de J. M. CAGICAL (in *El Deporte en la Sociedad moderna*. Madrid, Ed. Prensa Espanhola, 1975, p. 83) quando escreve: "El deporte-práctica para todos se abre como una nueva posibilidad del hombre de nuestro tiempo y, vistas las direcciones que toman los hábitos de la sociedad tecnificada, como una verdadera necesidad higiénica del hombre de nuestro tiempo. El deporte estructurado en clubs y federaciones, resultado de la realidad social del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, tiene que ir dejando paso, o al menos haciendo sitio, al deporte al alcance de la mano, al deporte a la vuelta de la esquina. Junto ao recinto acotado, propiedad de cada club, los espacios abiertos y las instalaciones suficientes para uso libre del vecino. En algunos países existen ya interesantes realizaciones en esta línea. Junto a los calendarios de competiciones federadas, los encuentros libremente concertados, a cualquier hora y con la duración libremente convenida por los vecinos que se encuentran, se relacionan y aprenden a conocerse y respetarse en la cancha del barrio.

Algo así era, en realidad, el deporte popular en otras épocas. Burgueses y plebeyos jugaban a la pelota, al tejo o lanzaban la barra en las esquinas y en los espacios abiertos del pueblo.”

Em termos mais concretos, e, dentro de uma concepção mais ampla e dilargada, há de ponderar-se que a “atividade desportiva não se resume a grandes eventos, nem à vaidade de resultados esporádicos, sempre objeto de promoção através dos órgãos de comunicação de massa, mas deve ter o caráter permanente e abrangente, de todas as pessoas, como realização individual e coletiva, capaz de fundir o espectador com o desportista, o grande atleta com o simples diletante” (in Exposição de Motivos n.º 163/85 — Min. Marco Maciel).

Desse modo, quando a Constituição refere-se às “práticas desportivas formais e não formais”, enfatiza, pelos menos, o caráter formativo-educacional, participativo e competitivo dos desportos, ou seja, pluralistas manifestações já consagradas e corporificadas nas Recomendações n.ºs 1, 2 e 3, de 1986, do Conselho Nacional de Desportos.

O *caput* do art. 217 impõe, ainda, a observância aos “princípios” da legislação desportiva ordinária, e, com isso, a nova Constituição torna-se pedagógica quanto ao esforço reflexivo e construtivo do legislador, dando-lhe a direção jurídico-desportiva.

Estes *Princípios* representam as idéias gerais, admitidas não apenas em função de textos normativos, mas também em face de trabalhos doutrinários, decisões jurídicas e, especialmente, em razão da experiência e da prática desportivas. Vale dizer, estes “princípios” são postulados e cânones que garantem a autonomia do sistema desportivo no mundo jurídico, constituindo-se no seu alicerce fundamental que se mantém firme e sólido, malgrado a variação, fugacidade e profusão das normas desportivas.

A partir de agora tais *princípios* constituem a essência (razão de ser do próprio ser) da legislação desportiva porque a inspiram (penetram no âmago), fundamentam (estabelecem a base) e explicam (indicam a *ratio legis*) as normas concretas do Direito Desportivo brasileiro.

Vale dizer, estes princípios jurídico-constitucional-desportivos, mais do que simples regras de comando, “são idéias matrizes dessas regras singulares, vetores de todo o conjunto mandamental, fonte de inspiração de cada modelo deontico, de sorte a operar como verdadeiro critério do mais íntimo significado do sistema como um todo e de cada qual das partes”. Por isso tais princípios constitucionais são, a um tempo, direito positivo e guias seguros das atividades interpretativa e judicial.

Aduz-se que o menoscabo a qualquer dos *princípios* importa na quebra de todo o sistema jurídico-desportivo. E já se disse que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção a quaisquer dos *princípios* é a mais grave forma de inconstitucionalidade, “porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fun-

damentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

O art. 217, cujo *caput* acaba de ser analisado, contempla 4 (quatro) incisos e 3 (três) parágrafos, todos voltados para que o desporto categorize-se como direito do cidadão, converta-se em dever do Estado e se transforme em responsabilidade social de todos.

“I — a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações quanto à sua organização e funcionamento.”

O conceito de autonomia tem provocado infindáveis discussões suscitadas pela ausência de método científico e pela diversidade de pontos de vista, de ordem política ou jurídica, para determinação desse preciso conteúdo. Aliás, autonomia é vocábulo de origem filosófica, transitado da ciência política e depois introduzido na doutrina jurídica, e assumindo, nesta última, inúmeras significações, muitas das quais contraditórias. Ademais, no plano sociológico, a autonomia não é dada naturalmente, nem é adquirida por normas legais, mas é objeto de conquista permanente e cotidiana.

No plano do direito, a autonomia é concebida por ZANOBINI como “a faculdade que têm algumas associações de organizar-se juridicamente, de criar um direito próprio, direito não só reconhecido como tal pelo Estado, mas que este incorpora a seu próprio ordenamento jurídico e declara obrigatório como as demais leis e regulamentos”. Contudo, esta autonomia de “criar um direito próprio” ou de dar-se leis está atrelada às especificidades técnicas do objeto de atuação das entidades desportivas sem subordinação ao ordenamento jurídico estatal que não pode, por exemplo, determinar que o “penalty” do futebol seja cobrado com a mão ou a “cesta” do basquete convertida com o pé.

No plano do desporto, CAZORLA PRIETO (*opus cit.*, p. 245), sintonizado com esta colocação jurídica, preleciona que “la autonomía del deporte moderno no puede de manera ser absoluta. En primer término, porque su peso económico reclama un apoyo público, una cuota de financiación importante por parte del Estado ... Por otro lado, el creciente impacto social del hecho deportivo aconseja al Estado tomar en sus manos la ordenación, aunque sob sea externa, de muchas de sus manifestaciones. En tal sentido, hoy en día aún los países que gozan de un asociacionismo de tradición y raigambre que asume un protagonismo destacado en la gestación deportiva, otorgan al deporte una autonomía relativa y en ningún caso absoluta”.

A dimensão jurídica da *autonomia* pode ser mensurada com 2 (dois) exemplos extraídos da própria Carta Magna de 1988:

a) o Município na organização político-administrativa da República federativa brasileira é *autônomo* (art. 18), mas isso não significa que tenha

independência para instituir e cobrar os tributos que lhe aprover, nem realizar eleições municipais anualmente, nem conceder aposentadoria voluntária aos seus servidores com 10 anos de serviço efetivo;

b) a Universidade goza de *autonomia* (art. 207), o que não lhe dá direito de realizar 3 (três) vestibulares por ano, não lhe faculta alterar os currículos mínimos dos cursos e nem dispensar os discentes da frequência obrigatória mínima às aulas, pois, se assim o fizesse, estaria transformando sua autonomia em independência, sem o mínimo suporte constitucional.

De toda sorte é importante desfazer, de logo, uma possível confusão do conceito de *autonomia* (face interna da entidade) com o de *independência* (face externa da entidade) ou, como assinala DÜRING "es claro que *autonomia* no significa *independência ni separación*" (in *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*. Madrid, Ed. Civitas, 1985, p. 35). Outrossim, qualquer exegese que procure transformar esta autonomia em independência abre caminho para o "caos desportivo" e faz das entidades e associações desportivas uma *res nullius* sujeita às inclinações e caprichos do Presidente ou do grupo dirigente. E neste contexto há de realçar-se que tal autonomia não tem o condão de derruir nem afetar a competência constitucional da função legislativa sobre o desporto constante, inequivocamente, do já analisado art. 24, inciso IX, também da Constituição.

Na dicção do preceito constitucional (inciso I do art. 217), esta autonomia das entidades dirigentes e associações desportivas expressa-se no resguardo de administração própria, ou seja, do que lhe é inerente e exclusivo quanto "a sua organização e funcionamento", sem discrepar das diretrizes legais federais, pela própria e fundamental necessidade de não permitir, no país, sistemas desportivos estanques, fechados, separados, gerando dificuldades e incompatibilidades que colocariam em risco a essencial e vital unidade desportiva nacional.

Autonomia não quer dizer anárquica inexistência de normas, nem significa independência e insubordinação às normas gerais fixadas na legislação desportiva e indispensáveis àquele mínimo de coerência reclamado pelo próprio sistema desportivo nacional, sob pena de trazer nefastas conseqüências para o desporto brasileiro como, por exemplo:

- a) inviabilizar a execução do Plano Nacional de Desporto;
- b) inibir a elaboração do calendário desportivo nacional;
- c) ensejar o uso imoderado de propaganda nos uniformes desportivos de competição, inclusive de fumo e bebida alcoólica;
- d) tornar incontrolada e comprometedora a participação de delegações brasileiras em competições internacionais;
- e) obstacular a organização das várias instâncias da Justiça Desportiva reconhecida, constitucionalmente, nos §§ 1.º e 2.º deste art. 217.

Não é demais destacar que MICHOU, ao tratar do *direito de autonomia* das pessoas jurídicas, enfatiza que

“Este direito é o que lhe pertence de reger por si mesmo os seus próprios negócios, de desenvolver sua personalidade no círculo de ação traçado pela lei. Este direito, como os outros, é regulamentado pelo Estado-legislador, e nos limites fixados por ele, pode ser defendido perante os tribunais em nome do ser moral. Seu limite se acha, exatamente, no direito subjetivo de controle que pertence ao Estado. Na ausência de textos é o direito de autonomia que prepondera, porque, para a pessoa moral, como para a pessoa física, o princípio é a liberdade. O Estado não pode intervir para restringir esta liberdade senão na medida em que for autorizado por sua própria lei” (cf. LEON MICHOU, *La Théorie de la Personnalité Morale*, 1960, III/297).

A atual legislação desportiva federal, instituída pelo Estado, em nada atenta contra a letra ou o espírito deste preceito constitucional, porquanto, no magistério de LYRA FILHO, “só por instinto de subversão poder-se-á recusar ao Estado, ainda o mais democraticamente organizado em regime de liberalismo *ronflant*, o direito de disciplinar as atividades públicas do desporto e o direito de policiar suas manifestações” (*opus cit.*, p. 286).

A autonomia *sub examen* não é um fim em si mesmo, mas um meio de dotar as entidades desportivas de instrumentos legais capazes de possibilitar uma plástica organização e um flexível mecanismo funcional que permitam o eficiente alcance de seus objetivos, e isto envolve, necessariamente, uma profunda revisão do excesso de leis e de amarras burocráticas que cerceiam e tolhem o gerenciamento desportivo das entidades desportivas.

*In casu*, o que se pretende com este inciso I é a autonomia para que as entidades desportivas dirigentes e associações tenham sua própria forma de organização e funcionamento, sem nada de padronização ou de feito estereotipado nos assuntos *interna corporis*. Vale dizer, afasta-se a autoritária e despropositada intromissão estatal nas questões internas da administração do desporto, prática essa incompatível com o regime democrático. Por sinal, a democracia vive as diferenças que geram a sociabilidade, e o mundo desportivo necessita de *autonomia* para organizar-se e funcionar de acordo com a realidade e a dinâmica própria de cada entidade desportiva, devendo atender às solicitações e exigências do meio em que atuam, donde exurgirão soluções mais realistas e duradouras. Ou seja, somente com *autonomia* propiciar-se-á às entidades desportivas dirigentes e associações buscar fórmulas capazes de resolver seus problemas, enriquecendo a convivência e acrescentando à sociedade desportiva idéias criativas e soluções inovativas mais adequadas às peculiaridades de sua estrutura (organização) e de atuação (funcionamento).

O que se quer, em última análise, é garantir a preservação da autonomia das entidades desportivas dirigentes e das associações desportivas, sem invadir-lhes o campo de economia doméstica e sem ferir-lhes o direito de autodeterminação para que possam, livres de interferências espúrias, traçar seus rumos em consonância com as singularidades de cada ramo desportivo. Depreende-se, então, que sem a outorga desta "carta de alforria desportiva", as entidades desportivas continuariam dependentes e frágeis, sem condições de desenvolver-se e de buscar seus próprios caminhos, sempre diferentes, em razão das especificidades regionais e locais e dos propósitos diversos de cada modalidade desportiva.

**"II — a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional, e, em casos específicos, para o desporto de alto rendimento."**

O inciso II prevê, constitucionalmente, a destinação de recursos públicos para amparar e promover o desporto que é direito do cidadão e também dever do Estado, a quem "cumpre auxiliar, proteger e assistir o desporto, emanção da vida democrática e forma de convivência social livre". Se realmente quer-se democratizar o direito à atividade desportiva, como meio de promoção humana e social, não há processo mais seguro do que reservar um lugar de destaque e uma rubrica substancial para os desportos nos orçamentos públicos, estendendo a todos, irrestritamente, a oportunidade da prática desportiva que deixa, assim, de ser privilégio de uma elite.

O repasse de recursos financeiros estatais prioritariamente para o desporto educacional, não-profissional, justifica-se por ser esta manifestação instrumento a serviço da formação e promoção do homem, além de conduzi-lo a inúmeras virtudes sociais. Com efeito, o desporto desempenha um importante papel no processo educativo, ou seja, é parte indispensável para a educação completa do homem, pois favorece o desenvolvimento corporal e mental harmônicos, implanta hábitos saudáveis, estimula as tendências de liderança, fortalece o aprendizado das regras de convivência e consolida o sentimento de coesão comunitária e de identificação social.

Além disso, com este inciso II do art. 217 assegura-se um suporte financeiro público mínimo indispensável a uma performance condigna das representações nacionais no chamado desporto-competição de alto rendimento, nos casos específicos das disputas de nível olímpico, mundial e continental. Outrossim, não se pode olvidar o efeito-imitação do desporto de alto rendimento, repercutindo na popularidade e na multiplicação do número de participantes no desporto, realçando um interesse nacional na ação do Estado, conquanto a evolução de qualquer desporto resulta do exemplo vivo do craque, do ídolo da garotada nas quadras, campos e pistas.

Acresça-se, ainda, que representação desportiva brasileira, no estrangeiro, quando preparada, ordenada e categorizada, alteia não só o cartaz do desporto nacional, mas o nome da Nação, o valor de seu povo e a

confiança no seu destino, daí por que, muitas vezes, é “mais valorizada e eficiente do que a soma de dinheiro que remunera o serviço diplomático”.

Por outro lado, os recursos públicos aludidos no inciso II do art. 217, ao invés de serem entregues diretamente pelo Estado às entidades desportivas, podem tomar a roupagem de incentivos fiscais específicos para as práticas desportivas. Sem dúvida, tais incentivos fiscais para o desporto — subjacentes no inciso II — correspondem à renúncia voluntária de arrecadação de recursos públicos pelo Estado, visando a apoiar e incrementar, em todo o País, as atividades desportivas em suas mais diversas, formas, consistindo, inegavelmente, em relevante mecanismo de estímulo ou instrumento eficiente de motivação ao setor desportivo.

É preciso não esquecer que a expressão “recursos públicos”, grafada no texto constitucional, tem um sentido e alcance mais amplo, até porque, no dizer de CARLOS MAXIMILIANO, “deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de, se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, a longevidade excepcional”.

É, portanto, inadiável que o fisco concorde em arrecadar menos tributos, estimulando atividades que, de outra forma, só seriam financiadas por um gesto altruísta dos contribuintes, sem nenhuma vantagem patrimonial.

Aliás, a cristalização de benefícios fiscais específicos para o desporto — forma indireta de carrear recursos públicos para as práticas desportivas — tem, de imediato, dois objetivos essenciais a serem alcançados:

a) derruir a concepção distorcida de que o Estado deve sustentar o desporto;

b) mobilizar a livre iniciativa, do indivíduo à grande empresa, numa linha de participação e pluralismo, na busca de mecanismos financeiros privados visando ao desenvolvimento das práticas desportivas como direito de cada um.

Aduz-se, por oportuno, que os Estímulos Fiscais para o desporto comportam-se como autêntico investimento social, conquanto se trata de medida necessária à saúde, de grande efeito na prevenção de atitudes anti-sociais ao propiciar novas formas de convivência e integração social, evidenciando-se como “a mais econômica forma de medicina social”.

Sem dúvida, o gasto com o desporto é investimento social, pois contribui, significativamente, para reduzir o número de leitos nos hospitais e de cárceres nos presídios. Do ponto de vista econômico, estes incentivos fiscais para o desporto configuram-se também como investimento, não só gerando mais empregos para o já expressivo contingente de profissionais envolvidos na área e vinculados à indústria do desporto (bens e serviços), bem como aumentando as exportações do setor desportivo. A par disso,

com estes benefícios fiscais para o desporto fica assegurada a conjugação e operacionalização do direito à educação, direito à cultura, direito à saúde e direito ao lazer do povo brasileiro.

Exsurge, pois, desta diretriz constitucional a possibilidade de transmutação dos recursos públicos diretos em incentivos fiscais (recursos públicos indiretos), como forma de materializar a almejada simbiose desporto-democracia que se traduz em participação, responsabilidade econômica e social de todos, criando novos rumos para o desenvolvimento desportivo do Brasil.

**“III — o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional.”**

O inciso III do art. 217 impõe a necessidade de um tratamento diferenciado, na legislação, para o desporto profissional e não profissional.

Louve-se, de início, a percepção atualizada do constituinte que usou a expressão *não profissional*, ao invés de “amador”, termo hipócrita e irreal, reconhecendo que o “amador” é parte da história dos jogos olímpicos e da filosofia idealista do Barão de Coubertain, conquanto já ninguém mais põe em dúvida que sua clássica concepção de “amador” é algo morto e fossilizado.

Despindo-se esta análise de qualquer conotação emocional, deve-se ressaltar que um dos grandes equívocos do desporto nacional e que tem prejudicado, sobretudo o futebol, é a existência inexplicável e descabida de uma legislação uniforme e padronizada para o desporto profissional e não profissional, quando as desigualdades apontam para a necessidade de estratégias e administrações diferenciadas que capitalizem melhor as vocações de cada um, até porque, identidades distintas expressam-se, agregam-se e organizam-se diferentemente.

Não é outra a lição de JOÃO LYRA FILHO (in *Introdução ao Direito Desportivo*. Rio, Pongetti, 1952, p. 278) quando destaca que “o maior número das contradições presentes no direito desportivo decorre, exatamente, da falta de precisa distinção entre o regime do amadorismo (não-profissional) e o regime de profissionalismo, no desporto, que um e outro devem sujeitar-se a princípios e meios próprios, já que próprios e distintos, além de colidentes, às vezes, são seus fins”, daí por que não lhes pode dar proteção idêntica nem pode o direito dispensar-lhes tratamento igual, pois o profissional pratica desporto para ganhar dinheiro, enquanto o não-profissional gasta dinheiro para praticar desporto.

Os desportos reconhecidos como profissionais no Brasil — futebol, motociclismo, golfe, boxe, automobilismo e ténis — não podem continuar a ser administrados por dirigentes amadores nem, os desportos não-profissionais podem continuar na eterna dependência dos profissionais, em face de interesses absolutamente controvertidos e conflitantes.



Urge separar, na legislação desportiva, os profissionais dos não-profissionais, submetendo-os a entidades desportivas distintas e autônomas, para que cada uma delas busque seu próprio caminho, adequando-se à realidade, à especificidade e à teleologia de cada uma destas vertentes desportivas, criando-se, desse modo, condições mais sensatas de organização e de administração do desporto. Encontram-se neste item III as sementes de um mecanismo essencial às transformações institucionais do desporto brasileiro, afastando a possibilidade de um sistema desportivo nacional idealista, absoluto e encravado numa caverna platônica. E com a adoção desta diretriz constitucional elidir-se-á a injustiça da legislação desportiva de se igualar coisas desiguais, pois, na clássica lição de RUI BARBOSA, a verdadeira lei da igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. Vale dizer, a igualdade desportiva não importa nem pressupõe um nivelamento entre entidades e pessoas desportivamente desiguais, mas, ao invés, reconhece as desigualdades desportivas e impõe tratamento diferenciado pela legislação desportiva.

Assim, o legislador constitucional ao reconhecer as inconveniências de um “modelo” legal uniforme e estandarizado para o desporto profissional e não-profissional determina a necessidade de um tratamento desigual, na legislação ordinária, adequando-a, de maneira plural, às distintas estruturas desportivas. Frise-se que este tratamento diferenciado será uma declaração totalmente vazia de conteúdo se desacompanhado de medidas infraconstitucionais para que não figure, apenas, como um princípio pragmático sem eficácia na vida jurídico-desportiva.

“IV — a proteção e incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.”

O inciso IV do art. 217 incentiva e protege, a nível constitucional, as manifestações desportivas de criação nacional. É inquestionável que o desporto tornou-se um fenômeno universal, e sua presença nos foros internacionais, seja servindo de ponte para superar fronteiras e irmanar povos, seja potenciando uma estreita união entre todos, seja propiciando a sedimentação de uma cultura altruística, amalgama evidentes propósitos de solidariedade, compreensão, confraternização e paz entre as nações. E, no dizer de LYRA FILHO, “não há soma de vida que mais totalize o sentimento e espírito do povo, senão a que resulta das manifestações do movimento desportivo” (*opus cit.*, p. 297), sobretudo quando se trata de “manifestações desportivas de criação nacional” ou seja, geradas e nascidas no Brasil e detentoras de enorme variedade de valências não só de natureza desportiva, mas também educacional, cultural e social.

Não se pode olvidar que as manifestações desportivas genuinamente brasileiras têm sofrido ameaças constantes de usurpação por entidades desportivas internacionais, autênticas “multinacionais desportivas”, que utilizam seu poder econômico e político no intuito de absorver e “apropriar-se”

de desportos tipicamente brasileiros, normalmente débeis à falta de incentivo e proteção do poder público.

Além disso, este inciso IV tem por finalidade resgatar as modalidades desportivas de cunho e origem nacionais, inibindo e impedindo as discriminações e marginalizações de atividades culturais que se manifestam no campo desportivo, de que é exemplo a capoeira, desvalorizada e tratada como modalidade inexpressiva e sem significado sócio-desportivo, e não como exteriorização autêntica da herança cultural do povo brasileiro.

Desse modo, é este princípio desportivo-constitucional de inarredável importância ao garantir e estimular a prática e a exportação desse patrimônio vivo e a disseminação, por todos os continentes, de manifestações desportivas próprias da identidade nacional, de que é exemplo maior e mais pujante o futebol de salão, sem esquecer outras vertentes de modalidades desportivas de identidade cultural brasileira como a peteca, o tamboréu e a capoeira, todos objeto da Recomendação CND n.º 1/88, porque já integram, efetivamente, a realidade desportiva nacional.

“§ 1.º — O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva regulada em lei.

§ 2.º — A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.”

Sem perder de vista a lição de ORTEGA Y GASSET de que, “para superar o passado, é preciso não perder contato com ele”, e, atentos à advertência de SANTAYANA de que “aqueles que esquecem a história estão condenados a repeti-la”, com os §§ 1.º e 2.º do art. 217 pretende-se atenuar as constantes e vexatórias situações onde decisões de campeonatos e partidas foram transferidas dos campos e quadras de jogo para as sentenças e acórdãos de Juízes e Tribunais da Justiça Comum, especialmente porque:

“a) o congestionamento do Judiciário não permite que as demandas e conflitos desportivos tenham uma tramitação rápida e célere, o que, na prática desportiva, prejudica o normal andamento das competições e perturba a dinâmica das disputas sucessivas constantes de calendários inadiáveis que não podem ficar condicionados à morosidade e às soluções tardias das decisões judiciais, até porque, no dizer de PONTES DE MIRANDA: “justiça tardia é injustiça”;

b) há um evidente despreparo do Judiciário para o trato das questões jurídico-desportivas que exigem dos julgadores o conhecimento e a vivência de normas, práticas e técnicas desportivas a que, normalmente, não estão afeitos e familiarizados, criando, desse modo, um perigo extraordinário em termos de

denegação de justiça, pois há peculiaridades da codificação desportiva compreendidas e explicadas somente por quem milita nos desportos.”

Vale dizer, não será possível definir direito e aplicar justiça em função de matéria desportiva, fora do mundo do desporto, sem o espírito da verdade desportiva, sem o sentimento da razão desportiva. Aquele que decidir questão originária do desporto imbuído do pensamento formalizado nas leis gerais, terá distraído a consciência da justiça.

Diante dos inúmeros casos desportivos que têm proliferado nas Justiças Comum e Federal, é inteiramente lúcida e atual a colocação do jornalista SÉRGIO FRANCO (in *Correio do Povo*, P. Alegre, 25-8-79):

“Não haja dúvida: se o Poder Judiciário começar a envolver-se na disciplina das competições e a examinar decisões dos tribunais desportivos, muito breve os jôqueis estarão discutindo em juízo as punições que lhes são aplicadas pela comissão de corridas do hipódromo, as tripulações de barcos irão às últimas instâncias contra as decisões da liga náutica, e os campeonatos vão ser definidos na tribuna das cortes judiciárias mais do que nas canchas dos estádios. E é certo que não ficaríamos nisso. Sendo o carnaval não menos importante que o futebol, a classificação das escolas de samba do Rio de Janeiro terminaria sendo também decidida pelos tribunais civis. “À vista da perícia de folhas, concede-se o primeiro lugar aos Unidos do Padre Miguel...”

Demais disso, não é de hoje que se constata o uso imoderado e até abusivo na concessão de liminares, *inaudita altera parte*, pela Justiça Comum, seja em ações cautelares inominadas, seja em mandados de segurança, quando se trata de matéria desportiva. E o deferimento de tais liminares, de caráter provisório e transitório, com a função precípua de resguardar o direito do requerente contra lesão grave e de difícil reparação, tem, na prática desportiva, produzido efeito jurídico reverso, atentando, paradoxalmente, contra os propósitos que informam a própria concessão da liminar. Sem dúvida, apesar de modificáveis ou revogáveis, pelo próprio juiz ou por procedimentos judiciais da parte contrária para obter a cassação, estas liminares, no plano desportivo, adquirem, muitas vezes, uma feição de definitividade, acarretando ofensa irreversível e irreparável, na esfera desportiva, à parte requerida. Vejam-se os casos concretos seguintes onde se demonstra que as liminares, deferidas, pela presença formal do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, são, na *praxis*, absolutamente incompatíveis com as superiores exigências ditadas pela ordem e justiça desportivas:

a) Um jogador expulso de uma partida oficial de futebol e automaticamente suspenso da subsequente — se não for julgado e absolvido antes de sua realização — entra na Justiça Comum, obtém liminar, joga e faz o gol da vitória do seu time que se sagra campeão. Este título enseja a clas-

sificação para um certame internacional que propicia expressivo lucro em dólares. Se a medida judicial que garantiu a presença do citado jogador naquela partida for revogada ou julgada, afinal, improcedente, seu clube perderá os pontos e, conseqüentemente, o título conquistado (art. 19 da Portaria MEC n.º 27/84). O clube beneficiado com a perda de pontos do adversário será, então, o campeão, mas não terá mais as jurídicas condições de obter o prestígio e renda gerados por aquele certame internacional, fato já consumado e impossível de ser juridicamente desfeito, não mais permitindo o restabelecimento do *statu quo*;

b) a liminar concedida para adiar ou antecipar a realização de partida adrede incluída em tabela de campeonato oficial pode prejudicar, de modo irremediável e definitivo, a entidade requerida, pois, quando da efetivação do jogo, esta poderá não mais contar com atletas seus que estejam servindo à seleção brasileira, ou que estejam contundidos, ou que estejam sem contrato, causando assim, a liminar, danos técnicos dificilmente mensuráveis pelo magistrado que desconheça estas especificidades do mundo desportivo, cujo provimento final, se denegatório, já não se presta para assegurar o cabal ressarcimento do prejuízo causado;

c) numa disputa entre 2 (dois) candidatos pela presidência de uma entidade desportiva dirigente, um deles é inelegível por pleitear uma segunda recondução, vedada expressamente pelo art. 19 da Lei n.º 6.251/75. No entanto, alegando injuridicidade da limitação estatuída pelo referido art. 19, obtém o candidato inelegível liminar na Justiça Comum para concorrer e, na Assembléia Eletiva, é escolhido, por maioria, para um terceiro mandato consecutivo. Para alcançar seu objetivo, procrastina ao máximo o andamento da ação judicial e, auxiliado pela morosidade da justiça e pela pluralidade de instâncias e de mecanismos recursais, leva mais de 3 (três) anos — tempo de mandato — para que haja o julgamento definitivo da causa. Se o Presidente eleito perder, ao final referida ação judicial, já após ter concluído seu terceiro mandato, a liminar, originalmente concedida, terá adquirido eficácia definitiva, cristalizando, juridicamente, um dano irreparável, ao concorrente derrotado pelo candidato inelegível, levando o juiz à iniquidade de sacramentar o ilegal.

São distorções, malabarismos e artifícios jurídico-processuais da espécie, experienciados no dia-a-dia do desporto brasileiro, que impõe, senão excluir, pelo menos condicionar a ingerência da Justiça Comum na órbita desportiva, na forma prevista pelos §§ 1.º e 2.º do art. 217 da nova Constituição.

A propósito da interferência descabida e extemporânea do Judiciário, no plano desportivo, citem-se 2 (dois) hilariantes exemplos:

— Uma Juíza em Rondônia deu *habeas corpus* para que um jogador suspenso por 5 (cinco) partidas pudesse atuar num jogo decisivo, alegando que se tratava da “liberdade de ir e vir dentro de campo”;

— um magistrado em Fortaleza, em processo cautelar, concedeu liminar impedindo a escalção do árbitro “X” para apitar um jogo final, em razão de sua “duvidosa imparcialidade”.

Estes exemplos indicam a visão prospectiva de LYRA FILHO ao asseverar que “a própria justiça desportiva adquire feição específica, a ponto de não poder ser diretamente aferida pelos tribunais comuns, na consulta exclusiva dos textos do direito geral e no desconhecimento dos códigos e dos regulamentos que derivam a órbita institucional do desporto” (In *Introdução ao Direito Desportivo*, Rio, Pongetti, 1962, p. 108).

Assim, a solução de institucionalização da Justiça Desportiva seria ideal, porém utópica, pois, antes dela, teria o Governo Federal de criar e equipar, prioritariamente, a Justiça Agrária, a Justiça Tributária e, todos sabem, não há dinheiro para tanto. Por isto articulou-se esta realista e econômica norma cujos fundamentos estão assentados às pp. 71/83 do nosso *Direito Desportivo Atual*, Rio, Forense, 1986.

Convém destacar que o legislador constituinte, ao referir-se à Justiça Desportiva, não a institucionalizou como justiça autônoma e independente, ou seja, não a tornou órgão jurisdicional integrante do Poder Judiciário, mas reconheceu-a como via administrativa, assim caracterizada na lição de DARDEAU DE CARVALHO.

“A Justiça Desportiva, como se vê, tem origem num ato administrativo típico, num ato de administração inconfundível, que se não pode negar a uma Portaria do Ministro da Educação e Cultura. Nascida de um ato administrativo, a Justiça Desportiva participa da natureza do ato que a criou. É a Justiça Desportiva, por isso, uma instituição administrativa, ou melhor, uma justiça administrativa. Não é órgão do Ministério, porque os membros que a integram, nomeados pelas Diretorias das entidades, não são funcionários públicos e não exercem, por isso, qualquer parcela de autoridade pública.

A Justiça Desportiva é instituição ministerial, é instituição eminentemente administrativa. É dependente, como instituição e como organização, do Ministério da Educação e Cultura, mas, uma vez instituída, adquire autonomia judicante e administrativa, sem perder as características originais do ato que a criou e organizou.

O poder disciplinar exercido pela Justiça Desportiva também é eminentemente administrativo, porque alicerçado em preceitos e sanções igualmente baixados pelo Ministro da Educação e Cultura, nos termos dos arts. 63/64, do Decreto n.º 80.228/77.

Os tribunais desportivos, instituídos administrativamente para aplicar normas administrativas (preceitos e sanções disci-

plinares), não podem deixar de caracterizar-se como órgãos administrativos. São órgãos de administração do "Sistema Desportivo Nacional". São órgãos que configuram, sem dúvida, a via administrativa de que trata o art. 153, § 4.º, da Constituição, cujo esgotamento pode ser exigido para que se justifique o ingresso de associações e entidades desportivas na Justiça do Estado."

É importante pôr em relevo, também, que "o prazo máximo de 60 (sessenta) dias" concedido pela Constituição para que os procedimentos nas instâncias desportivas tramitem da instauração até decisão final, implica que não haverá eternização da via administrativa desportiva, nem conchavos ou artimanhas para obstar o uso da via judiciária, com frustração material do art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Aliás, por constituir esta regra constitucional uma garantia essencial ao Estado de Direito, suas limitações e condicionamentos devem ser entendidos restritivamente por envolver a própria sobrevivência dos direitos individuais e coletivos e as justificativas para a existência de um Poder Judiciário.

Esclareça-se que o § 1.º do art. 217 da nova Lex Magna não proíbe, mas condiciona a que se esgotem, previamente, as vias da Justiça Desportiva para posterior acesso ao Poder Judiciário. Por sinal, esta "construcción", da exigência de esgotamento da instância desportivo-administrativa está avalizada em longo e pormenorizado artigo publicado na *Revista de Processo* (São Paulo, Ed. RT, 1983, vol. 31, p. 56), quando sustenta a imperiosidade para que "viabilize, na prática, aquele permissivo constitucional, adaptando-o aos interesses do desporto, com o que todos ganharão: o Judiciário, que passará a conhecer somente daquelas controvérsias insuperáveis no plano pré-processual, quando a decisão da Justiça Desportiva tenha deixado a desejar, seja porque não reparou a lesão ao direito individual, seja porque ela mesma se configure numa tal lesão, seja porque ultrapassado o prazo para a prolação do decisório; as partes ganharão, porque verão a pendência decidida com maior celeridade e, porque não dizer, com mais discricção, evitando-se o alarde normalmente emprestado às questões desportivas quando chegam às barras do Judiciário; ganhará a Justiça Desportiva, que terá seu prestígio reforçado diante de seus jurisdicionados".

Aliás, no campo jurídico-desportivo, a necessidade do exaurimento da Justiça Desportiva já foi corporificada em alguns diplomas legais específicos. Por exemplo, o art. 29 da Lei n.º 6.354, de 2-9-76, é enfático ao dispor que:

"Art. 29 — Somente serão admitidas reclamações à Justiça do Trabalho depois de esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva à que se refere o item III do art. 42 da Lei n.º 6.251, de 8 de outubro de 1975, que proferirá decisão final no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados da instauração do processo."

Já o Decreto n.º 86.885, de 28-1-82, determina claramente que:

“Art. 9.º — Os clubes de futebol somente poderão questionar judicialmente o cumprimento de calendários aprovados pelas federações locais ou pela Confederação Brasileira de Futebol — CBF, quando esgotadas as vias recursais próprias da Justiça Desportiva.”

Acresça-se que tais ditames, quando e se inclusos nos estatutos das entidades desportivas dirigentes — Confederações, Federações e Ligas —, configurarão não só uma decisão legítima dos componentes da respectiva Assembléia Geral, mas igualmente uma legal e constitucional “cláusula de compromisso” no sentido de esgotamento das instâncias desportivas como “pressuposto processual” para quem quiser buscar a manifestação do Poder Judiciário. Nesse contexto, JEAN-CLAUDE GERMAIN, referindo-se à “clause d’arbitrage”, insere nos estatutos das confederações e federações desportivas, ressalta que “les dirigeants du monde sportif justifient traditionnellement la clause d’arbitrage par la triple nécessité d’assurer aux athlètes une justice rapide et discrète, de la confier à des juges bien au courant de leur problèmes et aussi de tendre à une certaine harmonie”. art. 5.º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário” (ver *Sportifs et le Droit*, 1975, p. 26).

Urge lembrar, por oportuno, que o recurso ao Judiciário, no futebol *association* sujeita-se, simultaneamente, a duas legislações distintas e conflitantes.

Por um lado, a nova Carta Política proclama de modo explícito no art. 5.º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, donde se infere a ilegitimidade e inconstitucionalidade de toda e qualquer disposição destinada a vedar a apreciação do Poder Judiciário, relativa a qualquer lesão ou ameaça de direito.

Há que se registrar, neste ponto, em face do sistema de jurisdição una — que tem prevalecido no Brasil, ao longo de sua história constitucional —, que é ampla e irrestrita a supremacia dos tribunais na solução dos conflitos de interesses, inclusive nos casos que envolvam a matéria desportiva. Nesse sistema, o Poder Judiciário é o único competente para compor os litígios, mediante provimentos jurisdicionais definitivos e conclusivos, revestidos da autoridade da coisa julgada.

Nesse contexto, exigir-se que as entidades desportivas não ingressem em Juízo ou, ainda, desistam de ações ajuizadas, traduz determinação inaceitável, eivada do vício de inconstitucionalidade, porque, caso admitida fosse, estar-se-ia em face de direta colidência com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Em contraposição, o art. 48 do Estatuto da FIFA, a quem a CBF está voluntariamente filiada, adota um sistema inteiramente diverso, ao prescrever, no n.º 1, que “as Associações Nacionais, clubes ou membros de

clubes não são autorizados a levar, diante de uma corte de justiça, os litígios com a Federação ou com outras Associações, clubes ou membros de clubes e eles se comprometem a submeter cada um destes litígios a um tribunal arbitral escolhido por acordo comum". Acresce, ainda, o referido art. 48 no n.º 2 que, "se as leis de um país autorizam a Associação Nacional concernente, seus clubes e seus membros a apelar para os tribunais, a Associação Nacional deve acrescentar uma disposição nos seus estatutos segundo a qual ela, seus clubes e seus membros renunciam livremente a levar um litígio diante dos tribunais e comprometem-se a se submeter às decisões dos árbitros escolhidos". Saliente-se, outrossim, que, de conformidade com o n.º 5 do mencionado art. 48, "as Associações transgredindo uma das cláusulas do presente artigo são excluídas da Federação (FIFA)".

No Boletim Oficial FIFA/News n.º 9/87, o Secretário-Geral da entidade desportiva internacional, após advertir que a FIFA insistirá para que o art. 48 de seu Estatuto seja cumprido e respeitado, e que os tribunais civis representam um meio inadequado para pôr fim às diferenças desportivas, sublinha que "ni la FIFA ni sus Asociaciones afiliadas desean rebasar los límites constitucionales estatales. El deporte no desea ni quiere violar cuestiones elementales del derecho a la protección de la personalidad y otros derechos fundamentales. Lo que deseamos y hemos de imponer es la autonomía en el ámbito de la competición deportiva".

Ratificando a necessidade de respeito ao art. 48 do Estatuto da FIFA como modo de prevenir possíveis ingerências políticas e de resguardar o interesse geral do futebol mundial, a Circular FIFA n.º 390/87 assinala que "no es la intención de la FIFA, ni de sus Asociaciones Nacionales, de inmiscuirse en los órdenes jurídicos de los diferentes países o de ir en contra de sus leyes. De tal forma, la mayoría de las constituciones garantizan, no obstante una cláusula arbitral, el acceso a los tribunales ordinarios de la medida donde ciertos derechos fundamentales están en juego. Pero los litigios de orden puramente deportivo *no deben* poder ser sometidos a una Corte de Justicia ordinaria".

Diante desta evidente colisão ou choque entre a norma de direito interno — a Constituição que assegura o recurso ao Judiciário — e a norma de direito internacional — o art. 48 do Estatuto da FIFA que estabelece a renúncia ao direito de recorrer à Justiça Comum — entende VALED PERRY que "se a legislação de um país permite o litígio judiciário ou assegura o direito a ele, como é o nosso caso, não há como, legalmente, poder uma Associação Nacional inserir em seu estatuto, a obrigação de renúncia a esse direito. E tanto a exigência é inócua e impraticável que raras são as Associações Nacionais que cumprem o estatuído nesse n.º 2 do art. 48 do Estatuto da FIFA". (In *Direito Desportivo — Temas* p. 72).

Por sinal a CBF, em obediência à determinação da FIFA, aprovou e inseriu no seu Estatuto o art. 49, *verbis*:



“As filiadas reconhecem a Justiça Desportiva como competente para dirimir, originariamente, os conflitos entre elas e a CBF, renunciando ao direito de recorrer à Justiça Comum, antes de esgotados os recursos previstos na legislação desportiva, ficando no caso de desobediência, sujeitas às sanções previstas na lei disciplinar desportiva, independentemente da desfiliação que lhe venha a ser aplicada pela Assembléia Geral ou, em caso de urgência e para assegurar a normalidade das competições, pela Diretoria, *ad referendum* da Assembléia Geral.”

Esta norma estatutária tem sua juridicidade defendida por alguns juristas com base nos seguintes fundamentos:

a) porque originar-se-á sempre da livre e voluntária aceitação do dispositivo estatutário pelas associações filiadas espontaneamente;

b) porque, não se tratando de matéria de direito indisponível, submeter à instância desportiva “una controversia non significa né renunciare né transigere ai diritti sottostati, ma semplicemente farli valere in una sede che non é quella giurisdizione statale” nas palavras de FRANCISCO PAOLO LUIISO (in *La Giustizia Sportiva*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 274);

c) porque, constituindo-se numa renúncia apenas temporária, somente configuraria uma violação à ordem pública, e, portanto, seria um dispositivo nulo de pleno direito, caso interdittasse e vedasse, de modo absoluto e permanente, o recurso às jurisdições de direito comum.

No entanto, a prática desportiva tem demonstrado, à saciedade, que tal dispositivo é letra morta, cujas palavras se esvaziam de sentido e seu conteúdo desperdiça-se sem proteção, tendo sofrido uma espécie de revogação fática, talvez em face da injuridicidade do citado art. 49 sustentada por juristas que assim argumentam:

a) configura-se esta exclusão jurisdicional como uma restrição inconstitucional, imposta estatutariamente, na medida em que implica em ofensa a preceito constitucional;

b) a renúncia supõe sempre uma declaração unilateral de vontade livre do renunciante, enquanto a norma estatutária da CBF importa numa obrigação de natureza cogente que abre a possibilidade de comprometer o direito à tutela jurídica decorrente do monopólio da jurisdição pelo Estado — princípio inerente a qualquer ordem jurídica estatal;

c) é inválida a cláusula compromissória relativa à renúncia ao direito de recurso ao Judiciário porque contrária à ordem pública, sendo ilegítima e insubsistente a aplicação de sanções a quem exercita o direito constitucional de socorrer-se da Justiça Comum ou Federal;

d) trata-se de uma “*rinuncia preventiva*” quando não se sabe a que coisa se abdica, e, não se pode renunciar a uma tutela jurisdicional antes que apareça o direito de ação, assim como não se pode renunciar a um di-

reito antes que ele nasça, mormente quando se trata de direito inviolável insculpido na Lei Maior do Estado.

De qualquer modo é impossível ficar-se indiferente e desacatar normas emanadas da FIFA, não só porque tal atitude poderia e pode importar em desfiliação da CBF da entidade internacional, como também porque consistiria em infringência ao parágrafo único do art. 13 da Lei n.º 6.251/75, quando determina às confederações a adoção do “código de regras desportivas e das normas da entidade internacional a que estiver filiada e fará com que sejam observados pelas entidades nacionais que lhe estejam direta ou indiretamente filiadas”. Por este ditame verifica-se que o próprio legislador pátrio reconheceu, em lei, a instituição do desporto como algo não privativo de um país, conquanto baseia-se em meios e fins universais, coordenados por regras próprias, na conformidade dos princípios internacionais codificados. Vale dizer, as atividades desportivas, no âmbito internacional, são reguladas por normas próprias, de natureza estatutária, não submetidas a outro poder que não o previsto e consagrado no Estatuto, daí por que, se as entidades nacionais querem participar das competições internacionais, hão de, necessariamente, aderir, acatar e observar os estatutos e regulamentos dos organismos desportivos internacionais.

Por isso, para não derruir a garantia constitucional (art. 5.º, inciso XXXV) materializadora do princípio da ubiqüidade da justiça e, concomitantemente, para que as entidades desportivas vinculadas direta ou indiretamente à FIFA não façam *tabula rasa* do art. 48 de seu Estatuto, estes §§ 1.º e 2.º do art. 217 da nova Constituição conduzem a uma solução intermediária ou ponto de equilíbrio jurídico capaz de minimizar as dificuldades e problemas práticos que exurgem da colidência e antonomia de normas dos ordenamentos estatal e desportivo.

Em outras palavras, o § 1.º do art. 217 afigura-se, na sua forma e substância, como via de superação ou mecanismo de conciliação apto a harmonizar e compatibilizar juridicamente, quanto possível, a pluralidade de regras emanadas dos ordenamentos interno e externo, constituindo-se na fórmula para “sauvegarder l'autonomie de l'association et la protection des droits de l'individu au regard de l'intérêt général”, no dizer de RINAUD e CRISTINI (“Le pouvoir disciplinaire des instances sportives” in *Les Problèmes Juridiques du Sport*, Paris, Econômica, 1981, p. 343).

Registre-se, ainda, que este § 1.º do art. 217 da Lei Maior não tem o condão de excluir ou interditar o conhecimento da matéria desportiva, pela via jurisdicional, o que seria manifestamente inconstitucional, até porque a imposição de uma sanção derivada da infração de uma regra de jogo pode resultar numa lesão econômica ou moral para um atleta, dirigente ou entidade desportiva.

Ressalte-se, outrossim, que esse dispositivo constitucional não impede o acesso das entidades desportivas ou é contra elas no plano do Poder Judiciário. Contudo, trata-se de preceito que objetiva estimular a prévia e

salutar decisão doméstica da controvérsia desportiva, na esfera da Justiça Desportiva, sem, no entanto, conferir caráter definitivo às decisões prolatadas, que não se revestirão, por isso mesmo, do *final enforcing power*, tão peculiar à coisa julgada.

É exatamente pela possibilidade de afetar direitos e interesses que transcendem a esfera da Justiça Desportiva, torna-se imperioso propiciar o ingresso de tais questões no âmbito do Poder Judiciário, desde que exauridas as instâncias próprias do ordenamento jurídico-desportivo que terão o prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados da instauração de processo desportivo, para proferir decisão final, o que, sem dúvida, implicará em celeridade e agilização dos feitos de competência da Justiça Desportiva.

Estes §§ 1.º e 2.º do art. 217 evidentemente, não acabam, mas limitam e restringem a interferência do Poder Judiciário nos desportos, sem aniquilar a garantia constitucional que assegura o acesso das pessoas físicas e jurídicas à Justiça Comum para defesa de seus direitos. A fórmula obriga, apenas, o exaurimento das instâncias da Justiça Desportiva, como pressuposto temporário — 60 dias —, antes de a parte interessada socorrer-se do Poder Judiciário. Era essa, assim, uma medida necessária, profilática e inibidora de despachos e decisões da Justiça Comum com efeitos irreversíveis e danosos às competições e à disciplina desportivas, muitas vezes gerando frustrações coletivas e desnaturando a função social e educativa do próprio desporto.

“§ 3.º — O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social.”

Ao acolher o lazer — ocupação do tempo livre do indivíduo de uma forma desobrigada de algum compromisso de ordem pessoal e/ou profissional com múltiplas e variadas espécies — colocando-o e inserindo-o, topograficamente, na seção reservada ao *desporto*, o constituinte, por força do argumento *pro subjecta materiae*, enfatizou e reconheceu a transcendência da prática desportiva como entretenimento, descontração, diversão, desenvolvimento pessoal e participação social, ou, no dizer do legislador, “como forma de promoção social”.

Surgido à margem das estruturas desportivas formais (clubes, federações, escolas, empresas etc.), ou seja, desbordando as estruturas clássicas da organização desportiva, o lazer desportivo alberga atividades físicas aceitas pelas plúrimas e diferentes camadas populacionais e congrega manifestações comunitárias que utilizam as atividades desportivas como meio de lazer e como processo de interação social.

É inegável a relevância da prática regular de atividades físicas pela comunidade como um de seus direitos de ocupar o tempo de lazer, devendo a atuação do poder público fazer-se sentir prevalentemente sobre as populações carentes das periferias urbanas e das zonas rurais. Nesse contexto, o esporte-lazer, também denominado como esporte do tempo livre, esporte-

recreação ou esporte-participação, permitirá, na ótica do Prof. Manoel Tubino, "sejam testadas novas modalidades de articulação entre a União, os Estados e os Municípios, bem como indicará, com mais precisão, as atribuições desses níveis, ou ainda, o mais importante, definirá uma nova forma aberta e participativa de articulação entre o Estado e a sociedade".

À luz dessas reflexões resulta evidente a necessidade e imperiosidade de o Poder Público incentivar o lazer, especialmente o lazer-desportivo, não só por configurar-se como um elemento a mais no favorecimento da saúde da população brasileira, mas sobretudo como uma das formas mais modernas de manifestação do impacto social do desporto.

Este § 3.º do art. 217, a par de romper o chamado "corporativismo desportivo", completa a constitucionalização da Recomendação n.º 1/86, do Conselho Nacional de Desportos, pois, se as manifestações esporte-educação e esporte-performance já estavam expressamente contempladas no inciso II do referido art. 217, o § 3.º *sub examen* prevê a manifestação esporte-participação (ou esporte-lazer) propiciando uma nova concepção de esporte, além de consagrá-la na Lei Maior do Brasil.

### Conclusão

As normas desportivas agora constitucionalizadas, sem descer à casuística minuciosidade para não comprometer a longevidade que o texto constitucional deve ter, procuram responder aos imperativos da história e enfrentar os desafios da sociedade moderna, buscando equilibrar o direito ao desporto com a liberdade e pluralismo de sua prática que, sem dúvida, concorre para o adestramento do corpo, para a cultura da inteligência e para a valorização das aptidões humanas.

Fator real de prestígio e de afirmação da Nação brasileira perante o mundo, é o desporto fenômeno social universal compartilhado ativa e passivamente por significativa parcela da população brasileira, sendo, portanto, capaz de influenciar processos de mudança social, formação educacional e consolidação de identidade cultural, daí a imperiosidade de torná-lo, constitucionalmente, não só direito de cada um, mas também um dever do Estado, por configurar-se como importante meio de formação do homem, de liberdade e de democratização. Aliás, o sentido democrático do desporto é acentuado por LYRA FILHO (*opus cit.*, p. 57) ao prelecionar que "o desporto deve elevar-se à condição de imperativo social, como instrumento de recuperação, de desenvolvimento e disciplina. O desporto é uma escola de nivelamento ou reajustamento permanente e de valorização tanto maior quanto mais cultivado o teor de sua própria expressão democrática".

Finalmente, constituindo-se o desporto como um dos direitos do homem com preponderante função social, não é utópico esperar que, ao encontrar o máximo de proteção jurídica na nova Constituição, possa contribuir para minimizar o estado de angústia social que enevoa as esperanças dos brasileiros.

# Os efeitos da conversão sobre a economia brasileira e o mercado de capitais

— Balanço de um semestre

ARNOLDO WALD

Advogado e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da UERJ e Presidente da CVM — Comissão de Valores Mobiliários

A conversão de dívida em participação acionária, na sua nova formulação, pela legislação brasileira, está completando seis meses e revelando uma experiência fecunda e do maior interesse, tanto para os credores estrangeiros como para o nosso País.

Não se pode, todavia, apreciar os seus resultados sem enquadrá-la no contexto econômico e político atual, examinando rapidamente as premissas nas quais o Governo brasileiro se fundamenta para planejar o futuro do País. Tivemos, durante algum tempo, uma economia relativamente fechada, com restrições protecionistas da nossa indústria nascente, e uma política econômica que se concentrou na substituição das importações. A participação do Estado na economia se justificou, historicamente, pela falta de recursos privados para enfrentar os custos dos grandes e inadiáveis empreendimentos, abrangendo tanto a infra-estrutura como a criação da indústria pesada, numa fase em que o País teve que recuperar o tempo perdido, conquistando uma posição entre os países desenvolvidos. Passamos, muito

rapidamente, de uma economia rural e agrária, dominada pelas importações, para uma economia predominantemente industrial e urbana, sem que a poupança interna e os investimentos privados nacionais acompanhassem o ritmo desejável de crescimento que deles se exigia.

Essa marcha forçada da economia brasileira fez com que, por longo tempo, ela utilizasse, como ingredientes básicos, os investimentos e financiamentos internacionais e os recursos públicos, que permitiram a formação das nossas importantes sociedades de economia mista e o financiamento, inicialmente subsidiado, de algumas empresas industriais privadas.

Em meio século transformamos um país de economia ainda relativamente rudimentar, exportador de matérias-primas e de produtos agrícolas, que era o Brasil de 1938, na 8.<sup>a</sup> economia do mundo ocidental que é hoje.

Ocorre que o ciclo dos financiamentos internacionais a longo prazo e a custos baixos terminou e que, também, o Estado brasileiro não tem mais condições de financiar o seu desenvolvimento, pois enfrenta uma dívida imensa, o *deficit público* e uma inflação, com os quais não quer nem pode mais conviver.

Neste contexto, o Brasil decidiu reingressar na comunidade financeira internacional, mediante sucessivos acordos com os bancos credores, com o FMI e com o Clube de Paris, que o Ministro da Fazenda acaba de concluir com sucesso e nas condições mais favoráveis.

Por outro lado, o Governo brasileiro decidiu dar prioridade à redução do papel do Estado, desregulando, desestatizando e privatizando a sua economia e, simultaneamente, modernizando a indústria, melhorando a sua tecnologia e adotando uma política de liberalização crescente do comércio, a fim de permitir a competição internacional e abolir "um dirigismo ultrapassado e incompatível com os anseios de liberdade e desenvolvimento" (1).

Essa nova orientação governamental significa a internacionalização da nossa economia, no plano industrial e comercial, uma política de produção dirigida para a exportação e a consagração da importância das *joint ventures* com empresas estrangeiras, não obstante algumas restrições protecionistas que perduram em nossa nova Constituição. Complementarmente, no plano interno, o Brasil reconhece a necessidade de fortalecer rapidamente o mercado de capitais, como "financiador do desenvolvimento econômico e propulsor da democratização da propriedade", considerando outrossim a pulverização da propriedade das ações e a subscrição das mesmas pelos empregados das empresas como instrumentos relevantes de harmonia social (2).

---

(1) Pronunciamento do Ministro da Fazenda Mailson da Nóbrega, em documento de 16-5-1988, aprovado pelo Presidente da República, pelos demais Ministros e pelos Governadores de Estado, publicação do Ministério da Fazenda, 1988, p. 4.

(2) Documento e local citados na nota anterior.

Embora discutida há longo tempo e incentivada, em determinadas ocasiões, sob a forma transitória<sup>(3)</sup>, a conversão tornou-se institucionalizada e eficiente a partir da Resolução n.º 1.460, do Conselho Monetário Nacional, de 1.º-2-88, que ensejou o primeiro leilão, realizado em 29-3-1988, e, desde então, repetido, mensalmente, em várias cidades do País, sempre com o mesmo valor de US\$ 150,000,000.00 e as mesmas regras.

Nestes nove meses, a partir da nova regulamentação, foram convertidos mais de dois bilhões de dólares, sendo aproximadamente US\$ 1,000,000,000.00 em virtude dos leilões, US\$ 800,000,000.00 em casos em que houve requerimentos anteriores à nova resolução, mas decididos depois delas, e US\$ 400,000,000.00 em casos de dívida vincenda, que não estão sujeitos a deságio, mas tão-somente à redução do valor registrado como capital estrangeiro.

O balanço dessas operações nos revela que elas beneficiaram preponderantemente a indústria de transformação (que nos leilões recebeu 66,3%), na qual se destacam os investimentos feitos nas áreas de material eletrônico (17,1%), de celulose (11%) e nos setores químico e petroquímico (9,4%) e têxtil (6%). Em segundo lugar se colocam os investimentos em serviços (20%) entre os quais tem posição privilegiada o turismo (8%).

Entre os países cujos investidores fizeram a conversão, estão em primeiro lugar os Estados Unidos (com 38%), em segundo o Japão (com 16%), em terceiro lugar a França (com 10%) e em quarto a Grã-Bretanha (com 6,6%). Cabe salientar que têm valores pouco relevantes a Alemanha (1%) e a Itália (0,3%), indicando assim que o conceito de conversão está sendo aceito gradativamente nos diversos países credores, com maiores resistências em alguns deles.

Quanto às regiões favorecidas, o primeiro lugar cabe a São Paulo (com 41%), sendo o segundo e terceiro da área incentivada (22% para a Bahia e 15% para o Amazonas). Mas é estranho que tenha havido pouca conversão para os Estados do Sul do País e em particular o Paraná, Santa Catarina e o Rio Grande do Sul, que são áreas tradicionais de imigração estrangeira e contam com bom parque industrial.

Nas operações de leilão funcionaram com sucesso 30 corretoras, comprovando assim o interesse despertado e devendo ser salientado que cada

---

(3) A Conversão já era prevista pelo Decreto n.º 55.762, de 17-2-1965, e foi posteriormente objeto da Resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 432, de 23-6-1977, dos Decretos-Leis n.ºs 1.598/77 e 1.654/78, 1.994/82 e 2.021/83, tratando ainda da matéria a Carta-Circular n.º 1.125/84 e as Resoluções CMN n.ºs 1.189/86 e 1.416/87, não tendo conseguido ser viabilizado este último documento, que estava vinculado à securitização da dívida externa e ao seu reescalonamento.

leilão, amplamente coberto pela imprensa, constituiu uma verdadeira festa do mercado de capitais.

Se, no passado, a conversão foi polêmica e, durante algum tempo, ensejou resistências burocráticas e políticas, atualmente as suas virtudes básicas são reconhecidas pelo mercado e pela opinião pública, não obstante algumas eventuais reservas quanto ao seu modo de execução.

Não há dúvida que ela diminui a dívida, reduz o pagamento dos juros e transforma os antigos credores em sócios, interessados no crescimento e na prosperidade das empresas brasileiras.

Por outro lado, a conversão enseja a volta ao País do capital estrangeiro, sem o qual nenhum cenário futuro da nossa economia pode ser otimista. As autoridades governamentais e o BNDES tiveram recentemente o ensejo de reconhecer que somente no "Cenário da integração competitiva", contando com importantes recursos externos, o Brasil poderá chegar ao ano 2000 com um PIB de 700 bilhões de dólares (de 1986), equivalente ao das maiores economias européias e com uma renda *per capita* de cerca de US\$ 4,000.00, próximo ao da Espanha de hoje (4).

Na realidade, o capital convertido importa em criação de riqueza e de empregos, em novas fontes de produção, ou de comercialização, e constitui certamente um catalizador do desenvolvimento econômico do País, evitando a exportação de capitais que é incompatível com a fase que o Brasil atualmente atravessa.

Para os bancos credores, a conversão reduz os prejuízos, permite uma recuperação mais rápida do capital e tem efeitos positivos sobre a apresentação dos seus balanços, sem modificar a realidade dos fatos e atendidas as boas práticas contábeis. Ensejando novas operações, a conversão também cria um maior interesse para que as instituições credoras possam continuar a trabalhar com o país devedor, especialmente em operações de investimento, importação e exportação, mas também no *project financing*, na engenharia financeira e possivelmente, numa determinada fase, no próprio financiamento.

É evidente que nenhum país do mundo pode viver fora da comunidade financeira e que as dimensões e as ambições econômicas do Brasil não nos podem levar a pedir, ou aceitar, o perdão da dívida, embora caiba negociá-la da melhor maneira possível, o que foi feito. Uma vez acertada a modalidade de pagamento, a conversão passa a ser um elemento que facilita a sua execução, no interesse mútuo do credor e do devedor.

---

(4) *Síntese dos cenários para a economia brasileira 1987-2000*, publicação do BNDES, p. 10 e estudo BNDES nº 10 intitulado *O capital estrangeiro na indústria brasileira: atualidade e perspectivas*, 1988.



Os argumentos que acabamos de citar se aplicam a todos os casos de conversão, mas há outros peculiares ao Brasil que se revestem da maior importância.

Em primeiro lugar, a participação acionária decorrente da conversão pode ensejar *joint ventures*, que trazem e trarão ao Brasil novas tecnologias não suscetíveis de serem adquiridas de outro modo, porque os seus detentores não as querem vender para receber *royalties*. Além da tecnologia mais adiantada, os investidores estrangeiros podem facilitar o acesso dos nossos industriais a novos mercados e a novas fontes de recursos. Muitas vezes, a conversão permitirá que um industrial estrangeiro passe a fabricar, no todo ou em parte, os seus produtos no Brasil, para uso doméstico, mas também, eventualmente, para a exportação, que poderá ser oportuna em virtude das condições internacionais.

Assim sendo, a conversão constitui um fator de modernização do País, pelas inovações que introduz, tanto no plano técnico como organizacional e mercadológico. Essa colaboração do capital estrangeiro se torna tanto mais relevante que a abertura da economia brasileira enseja um novo desafio, obrigando as nossas empresas a produzirem em condições e preços internacionais, sem subsídio e, geralmente, sem reserva de mercado.

O Brasil está assistindo a uma revolução econômica que completa o programa de democratização política. O Estado onipotente e onipresente do passado, o Estado industrial, comerciante e banqueiro vai reduzir a sua atividade, extinguindo o ciclo da economia subsidiada e paternalista e concentrando as suas atividades nas funções essenciais que cabem ao Poder Público e se referem à defesa externa e interna do País, educação e saúde etc. . . (5). Acaba assim a fase do Estado tecnocrático para ressurgir um Estado liberal, cujo planejamento abrangerá o controle do sistema em funcionamento e que, para a economia privada, será dialogado, consensual e meramente indicativo (6). Este é o resultado tanto da nova Constituição que está entrando em vigor, como das dificuldades financeiras que o governo brasileiro está enfrentando, ao ter que reduzir o seu orçamento, para 1989, em cerca de 20%, sob pena de não superar a atual situação do *deficit público*.

Assim sendo, os recursos para as empresas privadas, que se substituirão em parte às estatais, devem ser encontrados no mercado externo,

---

(5) Em discurso proferido em 12-8-1988, por ocasião do 50º aniversário da Confederação Nacional da Indústria, o Presidente José Sarney afirmou que "O Estado não mais dispõe de recursos para investimentos, a não ser aqueles indispensáveis aos programas típicos de governo, tais como energia, transportes, telecomunicações e área social".

(6) Discurso citado na nota anterior e art. 195 do Projeto de Constituição (2º substitutivo do relator).

mediante investimentos internacionais, e no plano interno, no mercado de capitais.

Cabe, agora, assinalar as repercussões que a conversão está tendo no mercado acionário, dando-lhe novas dimensões quantitativas e qualitativas.

É sabido que o mercado brasileiro representa uma capitalização de cerca de US\$ 30,000,000,000.00, abrangendo 987 companhias abertas das quais são efetivamente negociadas 631 em Bolsas e 298 no mercado de balcão. Na realidade, podemos afirmar que *a grosso modo* são dez companhias de primeira linha e cerca de uma centena de segunda linha que são constantemente negociadas (7), abrangendo uma parte substancial de sociedade de economia mista (8), nas quais o Estado é o controlador, mas que obedecem às normas da lei das sociedades anônimas e à regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários. Levantamentos recentes, mas aproximados, revelam outrossim que teríamos, no Brasil cerca de quatro milhões de acionistas e de seis milhões de quotistas de fundos (9).

Não há dúvida que o mercado brasileiro é muito pequeno, quer examinemos o seu valor em números absolutos, quer atendamos à proporção entre o valor da capitalização de Bolsa e o PNB, quer comparemos o número de acionistas existentes com o de outros países.

Em números absolutos, basta lembrar que o nosso mercado corresponde a 1% do americano e a menos de 1% do japonês, sendo inferior aos mercados de Hong Kong, Coréia do Sul e Taiwan.

A proporção entre capitalização em Bolsa e PIB, no Brasil, é de 10%, colocando-se em nível equivalente à Transjordânia e a Malásia, enquanto alcança cerca de 80% no Japão e na Inglaterra, ou seja oito vezes mais.

No tocante ao número de acionistas, também nos posicionamos longe dos países desenvolvidos. Os Estados Unidos contam com quase cinquenta milhões de acionistas, e as maiores nações européias e o Japão estão alcançando os dez milhões, fazendo com que nos Estados Unidos, na Inglaterra e na França haja um acionista para cerca de 5 habitantes, enquanto no Brasil a relação é de um para 25 ou 30 (10).

(7) Em 1987, a participação percentual das ações mais negociadas era a seguinte: as 5 mais negociadas representavam 54%, as 10 mais negociadas 59%, as 50 mais negociadas 79,5% e as cem mais negociadas 88,4%. Estes números revelam uma concentração já decrescente em relação aos anos anteriores.

(8) No volume negociado as empresas privadas nacionais representavam em 1987, 55%, as estatais 42% e as multinacionais quase 3%.

(9) Os últimos estudos feitos para o Codimec esclarecem que haveria cerca de 4 milhões de acionistas atualmente no Brasil.

(10) Os dados são baseados nos estudos do Codimec e da COB (Commission des opérations de Bourse) da França.

Acresce que a média do P/L das ações brasileiras também representa valor muito reduzido em relação à dos demais países, sendo cerca de um terço da média norte-americana e um décimo da japonesa, bastando lembrar que certas ações estão sendo negociadas, nas Bolsas brasileiras, por 30% ou 40% do seu valor patrimonial<sup>(11)</sup>.

Finalmente a valorização das ações brasileiras tem sido, no primeiro semestre de 1988, uma das mais altas do mundo, aumentando, na média em mais de 30%, em dólares norte-americanos.

É evidente que este mercado, que foi renovado há cerca de vinte e cinco anos atrás<sup>(12)</sup> e revigorado há doze, pela nova legislação referente às sociedades anônimas e à Comissão de Valores Mobiliários<sup>(13)</sup> está sendo, atualmente, fortalecido e transformado pela conversão da dívida.

Durante os primeiros oito meses do ano passado (até 1.º-9-1988), as sociedades abertas e as Bolsas receberam, em vireude da conversão, mais de 300 milhões de dólares. Embora os fundos só tivessem convertido, em leilão, menos de US\$ 10,000,000.00, as operações de conversão beneficiaram Carteiras de Investimento, como a do Banco Montreal, com US\$ 70,000,000.00, e sociedades de participação, como a Equitypar, com US\$ 80,000,000.00. Por outro lado, houve investimentos diretos em empresas abertas como a Suzano e outras, representando cerca de US\$ 150,000,000.00<sup>(14)</sup>.

Cabe salientar que, durante o mesmo período (1.º-1-1988 a 1.º-9-1988) os fundos de dinheiro novo ingressaram ou se obrigaram a ingressar no mercado com quase US\$ 300,000,000.00, abrangendo o Fundo Brasil e os demais *private placements*<sup>(15)</sup>, o que, somando os recursos dos Fundos de *new money* com os de conversão, significa uma contribuição internacional de cerca de US\$ 600,000,000.00. Se compararmos este valor com

---

(11) Ver o artigo "Go south young man" in *The Economist*, de 16-4-1988, p. 89.

(12) A nova regulamentação do mercado de capitais brasileiro data da Lei nº 4.728, de 14-7-65.

(13) A lei das sociedades anônimas é a de nº 6.404, de 15-12-76, e a que criou a Comissão de Valores Mobiliários é a de nº 6.385, de 7-12-76.

(14) O programa de conversão beneficiou, além da Montreal já citada, a Brasmotor (US\$ 50 milhões), Equitypar (US\$ 80 milhões) que não estavam sujeitos ao leilão por terem sido feitos os pedidos na vigência da carta-circular 1.125, antes da atual regulamentação. As principais empresas que obtiveram recursos da conversão em virtude de operações posteriores à Resolução nº 1.460, foram a Suzano — empresa de celulose — e a Itaparica, na área de turismo.

(15) São atualmente vinte fundos de *new money* que operam com *private placements* e um de colocação pública (*Fundo Brasil*).

o volume de emissões públicas de capital, verificamos que o ingresso de recursos externos já ultrapassa a média anual das emissões realizadas, constituindo pois um importante ingrediente para a renovação do mercado.

A divisão dos investimentos decorrentes da conversão, abrangendo tanto as emissões primárias como as secundárias e, inclusive, as *joint ventures* com empresários nacionais, evidencia uma contribuição equilibrada para o desenvolvimento da nossa economia.

A conversão brasileira constitui, pois, um elemento renovador do mercado, numa época em que se critica muito a distorção sofrida pelas operações de Bolsa, que, em alguns países, substituíram o investimento pela especulação e cujos recursos não mais irrigam as empresas, mas se movimentam em circuito fechado, dentro do sistema, sem criação de riqueza e de empregos<sup>(16)</sup>. Neste sentido a expansão do mercado também foi objeto de recente campanha das Bolsas de Valores e outras entidades, que pretendem duplicar o número de empresas abertas a fim de aumentar as ações negociadas em Bolsas. Simultaneamente, o trabalho da Comissão de Valores Mobiliários no sentido de evitar a concentração<sup>(17)</sup>, moralizar as operações de mercado mediante a adequada fiscalização, fixar as responsabilidades do administrador de carteira<sup>(18)</sup>, e proteger, os pequenos investidores<sup>(19)</sup>, aprimora a qualidade da negociação em Bolsa.

A transformação qualitativa e o atendimento aos padrões internacionais também defluem da presença, no mercado brasileiro, de cerca de sessenta fundos de conversão, que representam os maiores bancos e corretoras inicialmente dos Estados Unidos, mas já agora também da Holanda, da França, da Itália e do Japão. Na medida em que as ações brasileiras estão sendo conhecidas e analisadas no exterior, por serem negociadas nas operações de conversão, as empresas abertas aperfeiçoam o seu sistema de informação e as corretoras e Bolsas passam a adotar os padrões internacionais, que se substituem aos nacionais anteriormente consagrados.

---

(16) Neste sentido, Louis Lowenstein, *What's wrong with Wall Street-Shortterm Gain and the Absentee Shareholder*, Addison-Wesley Publishing Cy, 1988, p. 29.

(17) A instrução nº 77 da CVM, de 11-5-88, estabeleceu normas para evitar a concentração.

(18) Está em audiência pública Instrução regulando a responsabilidade dos administradores de carteira, conforme edital publicado no *Diário Oficial da União*, de 18 de maio de 1988.

(19) Para a mais adequada proteção dos pequenos acionistas, a CVM baixou a Instrução nº 80, de 22-6-88, e colocou em audiência pública minuta de Instrução sobre recepção de pequenas ordens de compra e venda pelas Bolsas de Valores, conforme edital publicado no *Diário Oficial da União*, de 29 de junho de 1988.

Do mesmo modo que a produção industrial se amolda a novos modelos para fins de exportação, o mercado de capitais brasileiro, ao ingressar na fase da internacionalização, opera uma revisão dos seus padrões, tanto técnicos quanto éticos, para compatibilizá-los com as normas internacionalmente aplicáveis.

A maior garantia da *full disclosure*, o combate às manipulações e ao *insider trading*, a melhor coordenação entre as várias Bolsas e os diversos mercados são pois subprodutos importantes da conversão, que, com ela, passam a adquirir maior densidade e a corresponder a uma convicção generalizada do mercado, também denominada *opinio necessitatis*, sem prejuízo da elaboração das leis e regulamentos cabíveis<sup>(20)</sup>.

Em todos os países, nos quais houve um rápido aumento do mercado de capitais, este decorreu de algum fato externo, como o incentivo fiscal, a privatização ou a internacionalização.

No Brasil, o mercado nasceu com incentivos fiscais e financiamentos subsidiados, que hoje já não mais existem, nem se justificam. A sua nova fase de expansão, renovação e fortalecimento há de ser baseada na conversão, na internacionalização e na privatização.

Quanto a esta última, cabe lembrar que o Brasil abandonou a fase meramente discursiva e já está agora num plano efetivo de privatizações, que já ocorreram e deverão ocorrer, utilizando as Bolsas e o mercado de capitais, de modo a garantir a transparência das operações e a pulverização das ações, cabendo inclusive às instituições financeiras serem as montadoras e catalizadoras das operações, de acordo com o exemplo dado pela Inglaterra e pela França<sup>(21)</sup>.

No ano passado, foram privatizadas cerca de dez empresas e os recentes leilões de Carafba Metais e de Aracruz, como também os já programados em relação à Mafersa e outros evidenciam a possibilidade de privatizações anuais que facilmente poderão alcançar um bilhão de dólares.

A presença nas Bolsas de Valores e no mercado de ações dos investidores estrangeiros, das empresas privatizadas e das subsidiárias das multinacionais dará um outro aspecto à economia brasileira.

---

(20) A CVM elaborou e mandou ao Poder Executivo projetos de lei para a repressão penal, civil e administrativa das manipulações e do *insider trading* assim como dos demais ilícitos praticados contra o mercado de capitais, que deverão em breve ser remetidos ao Congresso Nacional.

(21) Resolução nº 1, do Conselho Federal de Desestatização publicado no *Diário Oficial* da União, de 19-8-1988.

Simultaneamente a venda de ações aos empregados em condições especiais, mediante a adoção do sistema do ESOPs (Employee Share Ownership Plan), que tanto sucesso fez nos Estados Unidos e que está sendo implantado na Europa <sup>(22)</sup>, poderá dar um cunho social importante à evolução do mercado de capitais, cabendo assinalar que, nas privatizações já realizadas, no Brasil, um certo percentual (entre 10 e 5%) das ações tem sido reservado aos trabalhadores da empresa.

A criatividade do mercado enseja novas formas de títulos como, por exemplo, as debêntures participativas e as debêntures perpétuas, as cédulas representativas de debêntures e as letras de desenvolvimento, que poderão completar o rol de papéis negociáveis.

A utilização da conversão no mercado de capitais tem, pois, um incontestável efeito multiplicador para a economia brasileira, permitindo uma boa rentabilidade ao acionista estrangeiro e um aumento progressivo do valor das ações que facilitará o ingresso de mais empresas nas Bolsas e, conseqüentemente, de maior número de títulos negociados, com o decorrente desenvolvimento do País, na formação de um verdadeiro círculo virtuoso.

Em recente conferência, no Rio de Janeiro, do escritor Martin Mayer, lembrou-se que, em Antuérpia, o prédio da Bolsa não é coberto e fica a céu aberto, para que seja assegurada plenamente a transparência das operações e para que Deus veja o que nela acontece. Não foi por acaso que a conversão brasileira nasceu e se perpetua nos leilões da Bolsa de Valores, para que Deus e o mundo saibam como ela se processa. Esperamos que ela continue sendo um meio de negociação entre os povos, numa fase de crise, e um instrumento, da simultânea quitação de dívida e da criação de riqueza no País, para que os lucros de hoje permitam os investimentos e os empregos do futuro.

Nasce, assim, com a conversão, um esforço comum entre credores e devedores para obter a co-prosperidade internacional, transformando os interesses aparentemente conflitantes, entre credores e devedores, em interesses convergentes para produzir mais e com melhores tecnologias, assegurando ao Brasil a posição que merece no cenário internacional.

É esta a lição que nos cabe extrair do primeiro semestre da experiência brasileira da conversão.

---

(22) Esses planos já abrangem mais de 8 milhões de americanos e estão sendo adotados na Europa conforme se verifica pelo artigo "Fabulous ESOPs" in *The Economist*, de 6-8-1988, p. 15.

# Cláusulas de Jurisdicción y Legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados Latinoamericanos

JÜRGEN SAMTLEBEN

Instituto Max Planck de Derecho Privado  
Extranjero e Internacional Privado, Ham-  
burgo

## SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Los contratos de endeudamiento externo.* 1. *La posición de los acreedores.* 2. *La posición de los deudores.* 3. *Casos prácticos.* III. *La posición de los países latinoamericanos.* 1. *Argentina.* 2. *Brasil.* 3. *Colombia.* 4. *Chile.* 5. *Ecuador.* 6. *México.* 7. *Perú.* 8. *Venezuela.* IV. *Observaciones finales.* 1. *La invalidez de las cláusulas impuestas.* 2. *Forum rei y ley del Estado deudor.* 3. *Soluciones alternativas.*

## I. *Introducción*

La deuda externa de América Latina, que hace diez años alcanzó 150 mil millones dólares, hoy ya ha superado la cifra astronómica de 400 mil millones dólares (1). Nadie puede dudar realmente que esta *deuda externa*, convertida en *deuda eterna*, no se podrá pagar nunca. Se espera una solución del problema por el lado político-económico, donde ya se discuten varios modelos. En el supuesto de que estas tentativas fracasen, se impone una solución jurídica, sea en sentido formalista — con inevitables consecuencias para la economía mundial — o sea de carácter equitativo. En este contexto, todo dependerá del tribunal que conozca del asunto y de la legislación que sea aplicada. He aquí un aspecto central del problema, que, en

---

(1) Según las estadísticas de la CEPAL (Comisión Económica para la América Latina y el Caribe). Para una visión de conjunto véase recientemente ROMERO PEREZ, Jorge Enrique, "Deuda externa: otra cara de la crisis", *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, núm. 59, 1988, pp. 63-112.

las negociaciones sobre la deuda externa, siempre ha sido objeto de controversias políticas y jurídicas.

## II. *Los contratos de endeudamiento público externo*

La mayor parte de la deuda externa de América Latina es deuda del sector público, sobre todo préstamos de los bancos extranjeros a los gobiernos latinoamericanos o otras entidades estatales. Por eso conviene centrar la siguiente discusión en esta materia. Analizaremos primero los intereses y objetivos de los acreedores, para ocuparnos después de la situación de la parte deudora. Con una mirada puesta en algunos casos prácticos, terminaremos luego esta primera parte, que nos sirve de introducción a estos problemas.

### 1. *La posición de los acreedores*

El banco extranjero, como prestamista, tiene un objeto principal: asegurar el reembolso del crédito y el pago de los intereses. Por eso es lógico que quiera evitar que la efectividad del crédito pueda ser afectada por modificaciones posteriores de la legislación del Estado deudor. Esta es la principal razón por la que, en estos contratos, se suele insertar cláusulas expresas sobre jurisdicción y legislación aplicable que tienden a garantizar la independencia del crédito de toda influencia de la parte deudora. A esto se suman razones de practicabilidad, que normalmente hacen aconsejable para el prestamista escoger la competencia de los tribunales y legislación de su propio Estado. Por tales motivos estas cláusulas se cuentan entre las más importantes del contrato <sup>(2)</sup>.

En la práctica del financiamiento internacional <sup>(3)</sup> dominan las cláusulas que establecen la competencia de los tribunales de Nueva York o

(2) Cf. en *Sovereign Lending: Managing Legal Risk*, ed. GRUSON, Michael, y REINSNER, Ralph, London, Euromoney Publications, 1984, pp. 29 e ss., 51 ss., 69 ss., WOOD, Philip, "External Governing Law — Either a Fortress or a Paper-House", *International Financial Law Review*, London, Euromoney Publications, July 1982, pp. 11-14; SARCEVIC, Petar, "Rechtsfragen der Umschuldung", *Zeitschrift für das Gesamte Kreditwesen*, Frankfurt, 1985, pp. 53-56. En el mismo sentido el "Report of the Monetary Committee of the International Law Association to the Seoul Conference 1986", publicado por Hugo HAHN en *Foreign Debts in the Present and a New International Economic Order*, ed. DICKE Detlev, Fribourg (Suiza), University Press, 1986, pp. 97 ss., 103 y 105.

(3) WOOD, Philip, *Law and Practice of International Finance*, London, Sweet & Maxwell, 1980, pp. 22 ss., 58 ss., 110 s.; VENKATACHARI, K., "The Eurocurrency Loan: Role and Content of the Contract", en *Sovereign Borrowers, Guidelines on Legal Negotiations with Commercial Lenders*, ed. KALDERÉN, Lars, YSIDDIQI, Qamar S., London, Butterworth, 1984, pp. 73 ss., 101 ss., HINSCH, Christian, y HORN, Norbert, *Das Vertragsrecht der Internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen*, Berlin y New York, de Gruyter, 1985, pp. 151-155.



Londres y la aplicación de la respectiva legislación. Esto tiene que ver con el papel de estos lugares como centros del mercado financiero internacional, donde se encuentra la sede de los bancos más importantes. Del mismo modo se suele acordar la competencia de los tribunales y leyes de otros Estados, si el banco acreedor tiene allí su sede. Generalmente, se exige del Estado deudor también una renuncia previa a su inmunidad soberana. Así estas cláusulas tienen un aspecto uniforme como una *golden rule*, que un escritor mexicano explica así: "He, who has the gold, makes the rule" (4). De hecho se trata aquí de un cartel de condiciones por parte de los bancos acreedores.

## 2. La posición de los deudores

La situación de los Estados deudores es menos homogénea. Es verdad que de vez en cuando surge la idea de un posible cartel de deudores. Pero, en la realidad, las necesidades económicas de estos países son tan diferentes que no se logra una acción común que pasa de la retórica. Las moratorias se declaran unilateralmente y cada Estado busca un arreglo con los acreedores por su propia cuenta. En la urgencia de obtener *fresh money* se aceptan todas las cláusulas que los bancos proponen, incluso las relativas a la jurisdicción y legislación aplicable.

En cambio, la doctrina y práctica de los países latinoamericanos muestra que siempre hubo una fuerte oposición en contra de tales cláusulas, basadas en una dudosa *autonomía de las partes* (5). Esta tendencia se hace resaltar especialmente en las relaciones entre el Estado soberano y las empresas extranjeras. En este contexto hay que recordar la gran influencia que, hasta nuestros días, tiene la *doctrina Calvo*, que exige la sumisión de los extranjeros a la jurisdicción y legislación del país en que efectúan actividades económicas o con cuyo gobierno entran en relaciones contractuales (6). Otra fuente de influencia es la *doctrina Drago*, según la cual la deuda pública resulta de la actividad soberana del Estado y está sujeta a su legislación y jurisdicción exclusiva, lo que excluye el cobro compulsivo por

---

(4) VAZQUEZ PANDO, Fernando A., "The Mexican Debt Crisis in Perspective: Faulty Legal Structures and Aftershocks", *Texas International Law Journal*, vol. XXIII, 1987/88, pp. 171 ss., 204.

(5) Cf. en general SAMTLEBEN, Jürgen, "Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano", *Scientia Iuridica*, Braga, Livraria Cruz, t. XXXIII, 1984, pp. 344 ss., 357 ss. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, núm. 85, 1985, pp. 257 ss., 268 ss.

(6) Ver ROFFE, Pedro, "Calvo y su vigencia en América Latina", *Revista de Derecho Industrial*, Buenos Aires, Depalma, año VI, 1984, pp. 353-384; LEAVY, James, "The Calvo Doctrine in Latin American Loans", *International Financial Law Review*, Oct. 1985, pp. 31-34.

parte de otros Estados (7). Finalmente la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional, suscrita en La Paz en 1984, sólo admite en su art. 1, lit. D la prórroga de la competencia internacional, "siempre y cuando tal competencia no haya sido establecida en forma abusiva". Esta disposición también puede servir de argumento para cuestionar la validez de las cláusulas de jurisdicción en los contratos financieros, porque éstas sólo obran en favor de los bancos extranjeros y por eso pueden considerarse abusivas (8).

### 3. Casos prácticos

Durante mucho tiempo esta problemática ha sido subestimada porque en la práctica los conflictos entre los acreedores y el Estado deudor no se llevaron al terreno judicial, sino que eran objeto de negociaciones. No obstante, los bancos siempre han insistido en estas cláusulas contractuales para fortalecer su poder de negociación (9). Pero en los últimos años han surgido en la jurisprudencia norteamericana varios casos que se refieren a la deuda externa de los Estados latinoamericanos.

Así, en *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica* y en el más famoso caso *Allied Bank International v. Banco Crédito Agrícola de Cartago* se trataba de demandas contra bancos estatales costarricenses, que, como consecuencia de un decreto de emergencia del Gobierno de Costa Rica, estaban impedidos para cumplir sus obligaciones pactadas en moneda extranjera (10).

Sin entrar aquí en detalles, hay que resaltar que estas demandas en el foro contractual de Nueva York prosperaron sobre la base del Derecho

(7) DRAGO, Luis M., "Les emprunts d'Etat et leurs rapports avec la politique internationale", *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, t. XIV, 1907, pp. 251-287; IDEM, "State Loans in Their Relation to International Policy", *The American Journal of International Law*, vol. I, 1907, pp. 692-726; sobre el origen histórico de esta doctrina ver *infra* III 8. Cf. también SEGAL, Ruben, y PINTO, Mónica, "Inviabilidad del cobro compulsivo de deudas de un Estado por otro y la moral económica internacional", *La Ley*, Buenos Aires, t. 1984-C, pp. 1227-1231.

(8) VAZQUEZ PANDO, *supra* nota 4, p. 206.

(9) WOOD, *supra* nota 3, p. 58.; BOSCH, Ulrich, "Vertragliche Regelungen in internationalen Kreditverträgen als risikopolitisches Instrument", en *Internationales Bankgeschäft*, ed. KRÜMMEL, Hans-Jacob, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 117 ss., 155.

(10) *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica*, 676 F. 2d 47 (2d Cir. 1982); 570 F. Supp. 870 (S.D.N.Y. 1983); *Allied Bank International v. Banco Crédito Agrícola de Cartago*, 566 F. Supp. 1440 (S.D.N.Y. 1983); 23 *International Legal Materials* 742 (1984) (2d Cir. 1984), *rev'd*, 757 F. 2d 516 (1985), *cert. dismissed*, 473 U.S. 934.

neoyorquino aplicable, rechazándose la excepción de inmunidad y la defensa basada en la actitud soberana del Estado costarricense (11).

En cambio, en *Braka v. Bancomer* y otros casos similares, donde se trataba de depósitos en bancos mexicanos en moneda extranjera que poco antes de la nacionalización de la banca mexicana habían sido convertidos en pesos mexicanos, la jurisprudencia norteamericana ha aplicado la doctrina de *act of state* para reconocer la validez de esta conversión dentro del propio territorio mexicano, sin excluir una eventual responsabilidad del banco deudor por actos anteriores a esta conversión (12).

Finalmente, hay que mencionar el caso *Nordic Asia Ltd. v. Corporación Venezolana de Fomento*, en el cual la actora logró el reembolso total del crédito garantizado por la demandada, una institución del sector público venezolano, por medio de un embargo preventivo de sus cuentas bancarias en Nueva York (13).

Sea cual fuera en el fondo la solución justa y adecuada de estas controversias, los casos mencionados evidencian que los tribunales en los países acreedores pueden ejercer la jurisdicción sobre estas demandas a base de su

---

(11) Cf. los comentarios: BARIST, Jeffrey, "Recent Developments Concerning the 'Act of State' Doctrine: The Allied Bank Decision", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Paris, 1985, pp. 851-857; CARDENAS, Emilio, "El caso 'Allied Bank International': Al final, lo previsible", *La Ley*, Buenos Aires, 1985-C, pp. 1176-1179; HAHN, Hugo, "Zahlungsmoratorium ausserhalb des Verbotsstaates ist kein 'Act of State'", *Zeitschrift für das Gesamte Kreditwesen*, Frankfurt, 1985, pp. 892-894, 934-938; QUALE, Andrew C. CAMPBELL, Barry R., y HERZSTEIN, Robert E., "Allied Bank's Effect on International Lending", *International Financial Law Review*, Aug. 1985, pp. 26-31; BAINBRIDGE, Stephen, "Comity and Sovereign Litigation: A Bankruptcy Analogy", *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol. X, 1986, pp. 1-47; CARREAU, Dominique, "La nouvelle décision américaine *Allied Bank International* ou un retour ambigu à la protection juridique des créanciers dans la procédure des rééchelonnements de dettes internationales", *Journal du Droit International*, Paris, año CXIII, 1986, pp. 123-126; FURNISH, Dale Beck, "El derecho privado de los Estados Unidos frente a la deuda externa", *Revista Peruana de Derecho Internacional*, t. XXXVIII, 1986, pp. 93-116 — *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, núm. 58, 1987, pp. 31-55; RENDELL, Robert S., "The Allied Bank Case and Its Aftermath", *The International Lawyer*, ABA, Chicago, vol. XX, 1986, pp. 819-828.

(12) *Braka v. Bancomer*, 762 F. 2d 222 (2d Cir. 1985); *Callejo v. Bancomer*, 764 F. 2d 1101 (5th Cir. 1985); *Riedel v. Banam SA*, 792 F. 2d 587 (6th Cir. 1986); *Grass v. Crédito Mexicano SA*, 797 F. 2d 220 (5th Cir. 1986); *West v. Multibanco Comermer SA*, 807 F. 2d 820 (9th Cir. 1987). Cf. sobre casos anteriores MORGAN, Robert L., y otros, "Legal Issues Arising from the Mexican Economic Crisis", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. XVII, 1984, pp. 367, 410 s., 447 ss.; RENDELL, Robert S., "Mexican Currency Claim Dismissed", *International Financial Law Review*, Sept. 1983, p. 40. Cf. *infra*, nota 95.

(13) Cf. sobre este caso BROWN, Christopher R., "How to Be Paid on a Defaulting Loan", *International Financial Law Review*, April 1983, pp. 10-12. Ver también el caso *Italian International Bank Ltd. v. Banco Industrial de Venezuela*, No. 83-5288, slip op. (S.D.N.Y. 1984), y el relato en *International Financial Law Review*, Feb. 1984, p. 3. Cf. *infra*, nota 87.

propio Derecho, sin preocuparse de los argumentos que se hacen valer en los países deudores para atribuirles la jurisdicción exclusiva. De ahí resulta que estos argumentos sólo pueden imponerse por medio de una prohibición legal que veda a la propia administración aceptar tales cláusulas, que puedan conducir a un proceso judicial en el extranjero. Vamos a ver en seguida como se refleja esta tendencia en el Derecho de los países latinoamericanos.

### III. *La posición de los países latinoamericanos*

El crecimiento del mercado financiero internacional ha producido en muchos países normas legales que regulan las facultades de la administración y las condiciones bajo las cuales puede obligarse en este sector <sup>(14)</sup>. Pero en ninguna región del mundo las cosas han alcanzado un aspecto tan dramático como en América Latina. Aquí encontramos en lucha una posición internacionalista, que por adaptación o por necesidad sigue todas las exigencias de la banca internacional, y una posición nacionalista que reclama invariablemente el derecho soberano e ilimitado del Estado de controlar todas las condiciones y consecuencias de la deuda pública. Eso lo queremos demostrar con un relato de los acontecimientos más recientes en estos países.

#### 1. *Argentina*

En la Argentina, la posición internacionalista en los años setenta encontró su expresión en el art. 7 de la Ley n. 20548, del 6 de noviembre de 1973, modificador del art. 48 de la Ley n. 16432, del 1 de diciembre de 1961, que en relación con los préstamos internacionales ahora dice así:

“El Poder Ejecutivo queda asimismo facultado para prestar la garantía de la Nación, con carácter accesorio o principal, a obligaciones que con las finalidades y bajo los requisitos mencionados asuman entidades públicas y privadas, así *para someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones*, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de La Haya.”

Esta disposición ya en el Congreso, donde se justificaba abiertamente con la necesaria “operatividad en la captación del crédito externo”, había

---

(14) Cf. para España OJEDA MARIN, Alfonso, *Créditos y Préstamos Exteriores al Sector Público Español*, Madrid, 1985; también el *Seminario sobre Régimen Jurídico de los Préstamos Sindicados Internacionales*, ed. Consejo Superior Bancario, Madrid, 1980; para otros países p. ej. SCHROEDER-HOHENWARTH, Hinrich, *Kreditaufnahme Afrikanischer Staaten im Ausland*, Hamburg y Frankfurt, 1974; MEYER, Niti Klaus, *Legal Aspects of Eurocurrency Credits and Foreign Lending in Thailand*, Freiburg (Sulza), Universitätsverlag, 1983.

tropezado con una fuerte oposición<sup>(15)</sup>. Esta oposición se basaba política y jurídicamente en el art. 100 de la Constitución, conforme al cual “los asuntos en que la Nación sea parte”, corresponden a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación — una norma constitucional, que ya ha dado lugar a muchas controversias en la doctrina argentina<sup>(16)</sup>. En la práctica, el Gobierno y las entidades estatales argentinas en numerosos casos han aceptado la jurisdicción y legislación extranjeras en contratos financieros con la banca internacional<sup>(17)</sup>. Los argumentos en contra de esta práctica sólo raramente han sido aceptados por los órganos oficiales del Estado hasta que, de pronto, culminaron en un proceso famoso que tiene toda la apariencia de una pieza teatral surrealista<sup>(18)</sup>.

Era en las postrimerías del régimen militar, el cual en el año 1983, poco antes de las elecciones para un Gobierno civil, trataba de negociar la conversión de la deuda externa. Las conversaciones con los acreedores y el Fondo Monetario Internacional en Nueva York resultaron en un “modelo de contrato de refinanciación garantizado”, que preveía la sumisión irrevocable de la parte deudora a los tribunales de Nueva York o de la Argentina, a elección de los acreedores<sup>(19)</sup>.

Esta noticia llegó por el éter hasta la Patagonia al juez federal Pinto Kramer, actuando en Río Gallegos en el extremo sur de la Argentina. Este juez no tardó en pronunciar contra su propio Gobierno una “prohibición de innovar” con el mandamiento estricto de no firmar tal cláusula en los contratos de refinanciación. El presidente del Banco Central argentino se vió obligado a volver a Buenos Aires, pero fué detenido allí en el propio aeropuerto y trasladado a la penitenciaría de Río Gallegos, donde fué interrogado por Pinto Kramer. La actuación del juez de Río Gallegos luego tocó a su fin con dos sentencias de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, que la declaró improcedente y negó la competencia

---

(15) Cf. PASINI COSTODOAT, Emilio, “La prórroga de la competencia a favor de árbitros y tribunales extranjeros”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1976-C, pp. 599 ss., 601.

(16) Ver sobre las diferentes opiniones RAMAYO, Raul Alberto, “El art. 100 de la Constitución Nacional y la Nación como parte ante los tribunales de otro país”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1976-B, pp. 671-678.

(17) Ver los ejemplos en GOLDSCHMIDT, Werner, “Transactions Between States and Public Firms and Foreign Private Firms, A Methodological Study”, *Recueil des Cours*, t. CXXXVI (1972-II), pp. 203 ss., 263 ss.; BOGGIANO, Antonio, “International Contracts in Argentina”, *Rebels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Tübingen, año XLVII, 1983, pp. 431 ss., 471 s.

(18) Para los detalles ver SAMTLEBEN, Jürgen, ‘Der Kampf ums Forum’ — Ein Gefecht in Patagonien”, *Rebels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, año XLVII, 1983, pp. 738-743.

(19) Decretos 2408 y 2410, del 15 de septiembre de 1983, ADLA t. XLIII-D, pp. 4187-4277 (ver la sección 12 del contrato).

del juez <sup>(20)</sup>. Pero las negociaciones sobre la conversión de la deuda externa ya habían fracasado.

Esta conversión sólo la logró el Gobierno civil dos años más tarde <sup>(21)</sup>. Desde entonces, todos los contratos de refinanciación incluyen las cláusulas incriminadas, a pesar de que voces críticas siguen cuestionando su conveniencia y legitimidad <sup>(22)</sup>.

## 2. *Brasil*

En el Brasil, la materia está regulada en el Decreto-Ley 1.312, del 15 de febrero de 1974, cuyo art. 11 reza:

“O Tesouro Nacional contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais; sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias dos respectivos contratos” <sup>(23)</sup>.

Salta a la vista la diferencia de esta norma comparándola con el Derecho argentino, porque sólo se refiere a la solución de las controversias por arbitraje. Esto se justifica por la opinión generalizada en el Brasil de que el Estado como soberano no puede someterse a la jurisdicción de otros Estados. El fundamento de esta opinión lo encontramos también en la Constitución brasileña, que establece la competencia de los tribunales federales para las “causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas” <sup>(24)</sup>. En cambio, este precepto constitucional no se considera obstáculo para que el Estado se someta a un

---

(20) Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 8 de octubre de 1983, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1983-D, pp. 600 y 610 = *El Derecho*, Buenos Aires, t. CVI, 1984, pp. 276 y 284.

(21) Decreto 1.579, del 22 de agosto de 1985, *Boletín Oficial* del 26 de agosto de 1985.

(22) Un buen resumen de los argumentos en pro y en contra se halla en CARDENAS, Emilio J., “Argentina Before Foreign Courts”, *International Financial Law Review*, April 1984, pp. 22-26; ver últimamente RIZZI ROMANO, Alfredo H., “La ‘doctrina Calvo’ y las empresas multinacionales (Renuncia de jurisdicción en el pago de la deuda pública)”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1986-E, pp. 901 ss., 903: “Desde el punto de vista político-jurídico un Estado Nacional no puede, sin grave mengua de su soberanía, renunciar a su jurisdicción originaria ...”

(23) Una norma casi idéntica ya se encontraba en la Lei 5628, de 1952, art. 23, limitada a las actividades del *Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico*; ver también la Ley 5662, de 1971, art. 5º, § 1º

(24) Art. 125 de la Constitución de 1969 (y ahora art. 109 de la Constitución de 1988. Ver en detalle DOLINGER, Jacob, “A imunidade jurisdiccional dos Estados”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 277, 1982, pp. 53 ss., 75 ss. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, núm. 76, 1982, pp. 5 ss., 54 ss., citando también el Decreto 15783, de 1922, art. 775, § 1º, e). En contra de esta opinión MAGALHAES, José Carlos de, “Do Estado na arbitragem privada”, *Revista de Informação Legislativa*, núm. 86, 1985, pp. 126 ss., 134 ss.

procedimiento arbitral<sup>(25)</sup>, lo que explica que el gobierno del Brasil en varias oportunidades ha aceptado cláusulas arbitrales en contratos financieros de carácter internacional, visando la solución de controversias por árbitros en el extranjero<sup>(26)</sup>.

Como en la Argentina, también en el Brasil la renegociación de la deuda externa en el año 1983 desencadenó una serie de discusiones públicas<sup>(27)</sup>. Abiertamente se criticaron las cláusulas del acuerdo de refinanciación, que establecían la sumisión de la República al arbitraje en el extranjero y la renuncia a la inmunidad, aceptando además para las obligaciones del Banco Central la competencia de los tribunales y la aplicación de la ley de Nueva York — cláusulas que en el Senado del Brasil fueron calificadas como ofensa a la soberanía nacional<sup>(28)</sup>. Por otro lado, jurista de renombre trataban de defender estas cláusulas<sup>(29)</sup>, advirtiendo que, según el Derecho internacional privado brasileño, los contratos se rigen por la ley del lugar de la celebración, que, en este caso, era Nueva York

---

(25) Ver la jurisprudencia brasileña citada en SAMTLEBEN, Jürgen, "Arbitration in Brazil", *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. XVIII, 1986/87, p. 1 ss., 8. También en foros internacionales Brasil ha defendido la posición, que el Estado sólo puede someterse a tribunales arbitrales, pero no a la jurisdicción de otros Estados; así en la Conferencia de Roma de 1952 sobre derecho privado aéreo, según ROMANG, Werner, *Zuständigkeit und Vollstreckbarkeit im Internationalen und Schweizerischen Luftprivatrecht*, Winterthur (Suiza), 1958, p. 150.

(26) Cf. DOLINGER, Jacob, "Bônus brasileiros no mercado financeiro alemão", *Revista Forense*, vol. 244, 1973, pp. 373 ss., 379 s.; CLARE, J. Anthony "Enforcement of the Arbitration Clause in Brazilian Loan Agreements", *International Financial Law Review*, Nov. 1982, pp. 18-23; PINHEIRO NETO, J. M., "Brazil's Restructuring: The Legal Issues", *ibidem*, Aug. 1983, pp. 5 s.; DELAUME, Georges R., "The ICSID and the Banker", *ibidem*, Oct. 1983, pp. 9 ss., 13. La insistencia del Brasil en esta cláusula causó la retirada de un grupo de grandes bancos neoyorquinos de un crédito sindicado en 1977; ver QUALE, Andrew C., "Legal Aspects of Lending in Latin America", en *Financing Development in Latin America*, ed. GARCIA-ZAMOR, Jean-Claude, y SUTIN, Stewart E., New York, Praeger, 1980, pp. 286 ss., 299; KAHALE, Georges S. III, "State Loan Transactions: Foreign Law Restrictions on Waiver of Immunity and Submissions to Jurisdiction", *The Business Lawyer*, ABA, Chicago, vol. XXXVII, 1981/82, pp. 1549 ss., 1557 ss., con más detalles sobre la práctica.

(27) Ver el panorama general en ZIMBLER, Brian L., "Debtor State Law and Default: Enforcement of Foreign Loan Agreements in Brazilian Courts", *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. XVII, 1985/86, pp. 509-576.

(28) *Ibidem*, pp. 514 ss., 520, 524 ss.; cf. también LOPES, Jair Leonardo, "A solução é de ordem política", en *FMI e Soberania nacional*, Belo Horizonte, 1984, pp. 43-50.

(29) Cf. HUCK, Hermes Marcelo, "Contratos internacionais de financiamento: A lei aplicável", *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, núm. 53, 1984, pp. 81-87; WALD, Arnoldo, "A renegociação da dívida externa e o respeito à soberania nacional", *ibidem*, núm. 56, 1984, pp. 35-41.

(30). En tal clima de tensión, dos expedientes captaron la atención pública. La representación de la abogacía brasileña, la "Ordem de Advogados do Brasil" (OAB), formalmente solicitó al Procurador General de la República entablar una acción de inconstitucionalidad respecto del acuerdo de refinanciación, lo que éste rehusó (31).

Al mismo tiempo, un periodista en Rio de Janeiro, Hélio Fernandes Filho, presentó ante la justicia federal una "ação popular" en contra del mencionado acuerdo. Esta acción fué desestimada en primera instancia dos años más tarde, en enero de 1985, por ser insuficientemente fundada (32).

En aquel año, el Brasil volvió a la democracia, después de largos años del régimen militar. El gobierno civil de la *Nova República* declaró en varias oportunidades que no aceptaría ninguna cláusula en relación con la deuda externa, que infringiera la soberanía del Brasil (33). Pero las prolongadas negociaciones con los acreedores — después de una moratoria unilateralmente declarada por el Brasil — finalmente en junio de 1988 se concretaron en un plan de refinanciación, que contiene las mismas cláusulas que el acuerdo de 1983 (34).

### 3. Colombia

Colombia siempre ha sido considerado un país de línea dura en relación con la *doctrina Calvo* (35). Esto se ve claramente en las disposiciones legales que regulan la contratación por parte de la Nación y sus

---

(30) Lei de Introdução (1942) ao Código Civil, art. 9º. En este contexto, ver la *Portaria do Ministério da Fazenda* núm. 296 del 6-9-1975, según la cual los contratos de este tipo deben ser firmados en la Capital de la República, y sólo excepcionalmente en el exterior; cf. SALLES, Ricardo, "Alguns aspectos jurídicos dos contratos internacionais de mútuo" *Revista Forense*, vol. 258, 1976, p. 37.

(31) *Despacho do Procurador-Geral da República*, 17-1-1984, PGR nº 055210/83, en *Diário da Justiça*, Brasília, 19-1-1984, sobre la base de un extenso *Parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional*, 5-11-1983, publicado en *Diário Oficial*, 10-1-1984, Seção I, pp. 413-432; cf. ZIMBLER, *supra* nota 27, pp. 568 s.

(32) 6ª Vara Federal, Rio de Janeiro, 11-1-1985, Proc. nº 5418100/83; cf. ZIMBLER, *supra* nota 27, pp. 569 s.

(33) Según informaciones de prensa en *O Globo*, del 3 de julio de 1985, y en *Jornal do Brasil*, del 17 de febrero de 1986; cf. también RUSSOMANO, Nailé, "Dívida externa do Brasil e a argüição de sua inconstitucionalidade (Tese aprovada no VIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional)", *Revista de Informação Legislativa*, núm. 96, 1987, pp. 195-200.

(34) Plan de refinanciación del 22 de junio de 1988, firmado em Nueva York el 22 de septiembre de 1988. Sobre los efectos de la moratoria de 1987 ver ALBIÑO, Fernando, "Brazil says, 'No more'", *International Financial Law Review*, June 1987, pp. 21-23.

(35) LEAVY, *supra* nota 6, pp. 31 y 33, citando el art. 11 de la Constitución. En materia de inversiones extranjeras, ver la sentencia de la Corte Suprema del 6 de diciembre de 1984, *Foro Colombiano*, Bogotá, t. XXXII, 1985, pp. 147 ss.



entidades descentralizadas. Así tanto el Decreto 150, de 1976, como el hoy vigente Decreto 222, de 1983, establecen que todos los contratos que celebre la Nación con personas extranjeras están sujetos a la ley y jurisdicción colombiana, sólo admitiéndose una sumisión a árbitros nacionales <sup>(36)</sup>. Pero ante la necesidad aparente del crédito externo, el Decreto 150, de 1976, abrió para los empréstitos internacionales una excepción en favor del arbitraje en el extranjero, que fué declarada luego inconstitucional por la Corte Suprema <sup>(37)</sup>.

Esta decisión de la Corte, que se fundó en el poder jurisdiccional absoluto del Estado dentro del territorio, que sólo se podría limitar por tratados internacionales, provocó dos reacciones. Por un lado, el Gobierno colombiano se adhirió a la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros de 1958 <sup>(38)</sup>. Por otro lado, las leyes posteriores en que el Congreso autorizó al Gobierno para realizar operaciones de crédito y refinanciación de la deuda externa, permitieron expresamente que "los convenios o contratos que se celebren para ser ejecutados en el exterior, se someterán en cuanto a legislación y jurisdicción, a lo que en los mismos se pacte" <sup>(39)</sup>. Sin embargo, el alcance tanto de la adhesión a la Convención de Nueva York como de las mencionadas autorizaciones legales resultó dudoso, teniendo en cuenta el fallo supremo de 1976. En la práctica, la administración se negó a aceptar cláusulas de jurisdicción o arbitraje extranjero en contratos de financiación internacionales, insistiendo en la sumisión a la ley y jurisdicción colombiana <sup>(40)</sup>.

---

(36) Decreto 150 del 27 de enero de 1976, arts. 63, 66 s.; Decreto 222 del 2 de febrero de 1983, arts. 74, 76 s. Sobre el Estado colombiano como parte en juicios arbitrales ver SAMTLEBEN, Jürgen, "Schiedsgerichtsbarkeit in den Andenpaktstaaten", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, Heidelberg, año XXX, 1984, pp. 600 ss., 867 s.

(37) Sentencia de la Corte Suprema del 26 de agosto de 1976, *Foro Colombiano*, t. XV, 1976, pp. 381 ss., respecto del art. 115 del Decreto 150 de 1976. Comentario en CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, "La cláusula compromisoria en los contratos de empréstito externo", *Revista de Derecho Mercantil*, Bogotá, año IV, 1979, pp. 185 ss., 189 ss., 201 ss.

(38) Aprobado por Ley 37 del 6 de julio de 1979; sobre la adhesión y los problemas de aplicación ver SAMTLEBEN, *supra* nota 36, pp. 600 s.; HOLGUIN HOLGUIN, Carlos, "El concepto de orden público en la Convención de Nueva York y otros comentarios", *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, núm. 58, 1985, pp. 129 ss., 135.

(39) Ley 63 de 1978, art. 5; Ley 25 de 1980, art. 8; Ley 74 de 1981, art. 15. Para una interpretación restrictiva ver LINARES CANTILLO, Alejandro, "La ley aplicable a la celebración, validez y perfeccionamiento de los contratos de empréstito externo de la Nación y sus entidades descentralizadas", *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, vol. I, 1987, núm. 2, pp. 129 ss., 133 n. 9.

(40) LEAVY, *supra* nota 6, pp. 33 s.; QUALE, *supra* nota 26, pp. 298 s. Ver p. e). el contrato de empréstito entre la Nación Colombiana y la sociedad inglesa Balfour Beatty Power Construction Ltd. del 18 de diciembre de 1981 (cláusula 8ª), *Diario Oficial*, núm. 35961, del 9 de marzo de 1982.

Como en Argentina y Brasil, también en Colombia las cosas se agravaron en el año 1983, porque su posición inflexible le dificultaba el acceso al crédito externo que el país necesitaba. En esta situación, el Decreto n.º 222, del 2 de febrero de 1983, sobre la contratación administrativa trató de abrir una brecha para los préstamos internacionales con su art. 239, que distingue entre la celebración y la ejecución del contrato:

“En todo caso, la celebración de los contratos de empréstito se someterá a la ley colombiana y a la jurisdicción de los jueces y tribunales colombianos. Los contratos celebrados en el exterior que deban ejecutarse en el país, se regirán por la ley colombiana.

*La ejecución de los contratos de empréstito que deba verificarse en el exterior podrá someterse, en cuanto a la ley y jurisdicción, a lo que en ellos se pacte.*

Podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros las controversias que se susciten durante la ejecución del contrato o en relación con la misma.”

Pero esta norma, que permite pactar la ley y jurisdicción extranjera para la ejecución del contrato, cuando ésta se verifica en el exterior, y también un procedimiento arbitral en el extranjero, planteaba arduos problemas de interpretación <sup>(41)</sup>.

Antes de firmar el primer contrato de crédito en que se pactó la ley y jurisdicción inglesa, los bancos acreedores exigieron un nuevo decreto interpretativo sobre el lugar de ejecución, siendo ahora suficiente que la entrega del capital o el pago del deudor deba realizarse en el extranjero <sup>(42)</sup>. Otros bancos lograron una sumisión a la ley y jurisdicción extranjera sin limitación al aspecto de la ejecución, valiéndose de la legislación anterior al Decreto n.º 222 <sup>(43)</sup>.

Finalmente, para calmar las inquietudes de los bancos extranjeros sobre la situación legal, el Gobierno promovió una reforma legislativa, auto-

---

(41) Ver LEAVY, James, “Legal Memorandum: Colombia”, *Lawyer of the Americas*, University of Miami, vol. XV, 1983/84, pp. 421 ss., 424 s.; IDEM, “Colombian Decree Confuses Issues in Syndicated Loans”, *International Financial Law Review*, March 1984, pp. 47 s.; IDEM, “Business Not Quite as Usual”, *ibidem*, Oct. 1984, pp. 12 s.

(42) Decreto 2875 del 13 de octubre de 1983, art. 2. Ver LEAVY, “Colombian Decree...”, *supra* nota 41; SLAUGHTER & MAY, “English Law for Colombia”, *International Financial Law Review*, Jan. 1984, p. 10; cf. también LINARES CANTILLO, *supra* nota 39, p. 138, n. 30 sobre la actitud de los bancos extranjeros.

(43) Cf. CAVELIER y otros, “Legal Ingenuity in Colombian Loans”, *International Financial Law Review*, Jan. 1985, p. 5; ver las leyes citadas *supra*, nota 39.

rizando el Consejo de Estado para dictaminar sobre la validez de cada contrato de crédito externo en particular <sup>(44)</sup>.

En esas circunstancias, una nueva decisión de la Corte Suprema estalló como una bomba <sup>(45)</sup>. Por ocasión de los tristes eventos en las zonas afectadas por la actividad volcánica del Nevado del Ruíz, un decreto de emergencia había permitido la captación de recursos extranjeros, con la posibilidad de someter la ejecución de los respectivos contratos de empréstito a la ley y jurisdicción extranjeras <sup>(46)</sup>. Esta autorización luego fué declarada inconstitucional por la Corte Suprema, poniendo en duda el estado legal de todos los contratos de crédito externo, lo que causó gran perturbación en los círculos bancarios <sup>(47)</sup>. El Consejo de Estado, en un dictamen sobre un contrato entre el Estado colombiano y un sindicato de bancos extranjeros, mantuvo la postura de que el fallo de la Corte Suprema en nada afectaría la autorización general contenida en el Decreto n.º 222, de 1983 <sup>(48)</sup>.

Esta opinión poco después fué corroborada por una otra decisión de la propia Corte Suprema, dejando en claro que el Decreto n.º 222 sólo autoriza el pacto de la ley y jurisdicción extranjeras en relación con la ejecución de los contratos en el exterior, lo que no está vedado por la Constitución <sup>(49)</sup>. Con esto el Tribunal ha mostrado finalmente una salida a los

---

(44) Ley 55 del 18 de junio de 1985, art. 59. Ver LEAVY, James, "Decree 222 and Foreign Law", *International Financial Law Review*, Oct. 1985, p. 48; IDEM, "Colombie, Actualités juridique, fiscale et financière", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Paris, 1985, pp. 985 ss., 988. Cf. *infra*, nota 48.

(45) Sentencia de la Corte Suprema del 20 de marzo de 1986, *Foro colombiano*, t. XXXIV, 1986, pp. 331 ss.; también en *Diritto del commercio internazionale*, Milano, 1987, pp. 650 ss., con nota crítica de Antonio CRIVELLARO.

(46) Decreto 3614 del 10 de diciembre de 1985, art. 3.

(47) *Supra*, nota 45. Ver los comentarios de HERNANDEZ M., Hector, "Se está violando la Constitución", *El tiempo* del 22 de marzo de 1986; LEAVY, James, "Court puts Foreign Loans in Danger", *International Financial Law Review*, July 1986, pp. 7 s.; ARENAS, Ismael Enrique, "La Corte podrá dejar el país sin crédito externo", *El tiempo* del 11 de julio de 1985.

(48) Dictamen del Consejo de Estado del 3 de junio de 1986, *Foro Colombiano*, t. XXXV, 1986, pp. 58 ss., sobre un empréstito *jumbo* de mil millones dólares. Ver el salvamento de voto del consejero Humberto MORA OSEJO, *ibidem*, pp. 63 ss., 65: "... la soberanía del país queda supeditada a los intereses extranjeros."

(49) Sentencia de la Corte Suprema del 30 de octubre de 1986, *Foro Colombiano*, t. XXXVI, 1987, pp. 44 ss., sobre la base de los argumentos presentados en el proceso a favor de la constitucionalidad y necesidad de la norma en cuestión, *ibidem*, t. XXV, 1986, pp. 15 ss.; confirmada por sentencia posterior del 5 de febrero de 1987, en *Ley y jurisdicción extranjera en contratos de empréstito externo*, Bogotá, Banco de la República, 1987, pp. 194 ss.

bancos, porque éstos pueden determinar libremente el lugar de ejecución de los contratos de empréstito <sup>(50)</sup>.

#### 4. Chile

En Chile, la posición nacionalista encontró su rotunda afirmación en la Declaración Presidencial del 9 de noviembre de 1971, del presidente constitucional Salvador Allende, sobre la renegociación de la deuda externa. Este documento no dejó ninguna duda de que la refinanciación de la deuda externa no podría realizarse sino bajo el control del Derecho chileno <sup>(51)</sup>.

Sin embargo, esta posición fué terminantemente superada con la toma del poder por el Gobierno militar en 1973, con su abierta inclinación para el capital extranjero. Así, el Decreto-Ley n.º 2.349, de 1978, de la Junta, firmado por el general Augusto Pinochet, dice en su art. 1:

“Decláranse válidos los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, celebrados o que se celebren por organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas.

Son igualmente válidas las estipulaciones por las cuales se haya sometido o se sometan diferendos derivados de tales contratos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales previstos en mecanismos de arbitraje preestablecidos o en el respectivo contrato, como también las estipulaciones por las que se haya fijado o se fije domicilio especial y se haya designado o se designe mandatario en el extranjero para los efectos del contrato.

---

(50) Este argumento fué resaltado por el magistrado Gustavo GOMEZ VELASQUEZ, quién en su salvamento de voto criticó los términos de negociación de la deuda externa en general, *Foro Colombiano*, t. XXXVI, 1987, pp. 62 ss., 66. En sentido positivo ver los comentarios de LEAVY, James, “Colombian Supreme Court Saves Foreign Loans”, *International Financial Law Review*, Feb. 1987, p. 47; LINARES CANTILLO, *supra* nota 39, pp. 129 ss., con la confesión algo resignada, p. 136: “La verdad es que la realidad económica de los mercados internacionales de capitales no permite al gobierno nacional ejercer sus prerrogativas para asegurar la supremacía del interés público en los préstamos externos”.

(51) Cf. WESLEY, Roger C., “The Procedural Malaise of Foreign Investment Disputes in Latin America: From Local Tribunals to Factfinding”, *Law and Policy in International Business*, Washington, vol. VII, 1975, pp. 813 ss., 850 n. 199. Ver también GERMANY G., María Cristina, y SIERRA C., Enrique, “La renegociación de los servicios de la deuda externa de 1972”, *Boletín Mensual*, Banco Central de Chile, año XLVI, 1973, pp. 245 ss., 254.

Lo dispuesto en los incisos anteriores igualmente es aplicable a los actos y contratos por los cuales el Estado de Chile o sus organismos, instituciones y empresas hayan otorgado u otorguen en cualquier forma su garantía a terceros en los contratos a que se refiere el inciso primero.

En virtud del sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero, cesará el derecho a invocar la inmunidad de jurisdicción, a menos de estipulación expresa en contrario.”

El Decreto 1.009 del mismo año contiene una enumeración global de las entidades estatales, que están autorizadas a pactar en los términos del Decreto-Ley n.º 2.349. Desde entonces, esta autorización ha sido religiosamente prolongada año por año <sup>(52)</sup>, hasta que la autorización expresa fué declarada incesaria para ciertos contratos y operaciones en el mercado financiero internacional <sup>(53)</sup>. Según parece, no se ha manifestado, en contra de estas normas legales, ningún comentario crítico en la doctrina y práctica chilenas.

## 5. Ecuador

En el Ecuador, la *doctrina Calvo* tiene rango constitucional. Así la Constitución de 1945, que fué reintroducida en 1972, disponía que “en los contratos que en el Ecuador celebraren los extranjeros con el Gobierno o con entidades de Derecho Público, *no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña*” <sup>(54)</sup>. No obstante, en varias oportunidades, el Gobierno ecuatoriano ha aceptado la cláusula arbitral en contratos de préstamos internacionales <sup>(55)</sup>. Para esto se aprovechó del argumento algo sofisticado de que el precepto constitucional sólo prohibía la declinación de la jurisdicción nacional, si el contrato se suscribía “en el Ecuador” <sup>(56)</sup>, lo que no era del caso en este tipo de contratación. Con todo, ante las críticas en contra de esta interpretación, la reforma constitucional de 1978 ha modificado expresamente el texto de la norma en cuestión, que ahora es el siguiente:

“Los contratos celebrados por el Gobierno o por entidades públicas con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán

(52) Ver Decreto 1009 del 13-12-1978; Decreto 1104 del 10-12-1979; Decreto 946 del 2-12-1980; Decreto 869 del 1-12-1981; Decreto 857 del 17-11-1982; Decreto 840 del 14-11-1983; Decreto 1039 del 20-12-1984; Decreto 1096 del 9-12-1985; Decreto 930 del 2-12-1986.

(53) Ley 18233 de 1983, art. 4 inc. 2; Ley 18375 de 1984, art. 2 inc. 2; Ley 18442 de 1985, art. 3 inc. 2; cf. también la Ley 18550 de 1986.

(54) Art. 153 inc. 2; en las Constituciones de 1946 y 1967 faltaba una norma similar.

(55) JIMENEZ SALAZAR, Carlos, “National Report: Ecuador”, *Yearbook Commercial Arbitration*, Deventer, Kluwer, vol. III, 1978, pp. 76 ss., 77.

(56) *Ibidem*, p. 79.

implícita la renuncia a toda reclamación diplomática; *si tales contratos fueren celebrados en el territorio de Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña*" (57).

De tal manera, ha quedado muy fácil burlar el precepto constitucional, celebrando el contrato fuera del país (58). En la práctica, basta la autorización a un funcionario del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, para que él suscriba el contrato de crédito en el extranjero (59).

## 6. México

México siempre ha seguido una posición pragmática. Por un lado, la *doctrina Calvo* fué aquí expresamente corroborada por la *doctrina Carranza*, y no faltan las voces que defienden estos principios especialmente en relación con los problemas de la deuda externa (60). Por otro lado, el propio Estado mexicano se ha sometido sin escrúpulos a la ley y jurisdicción extranjera en los contratos de crédito externo, si el lugar del pago y reembolso contractual estaba situado fuera del país (61). Así en el año 1983, en la reestructuración de la deuda mexicana con la banca internacional, se ha pactado la aplicación de la ley de Nueva York, la renuncia a la inmunidad y, a elección de los acreedores, la jurisdicción de los tribunales de Nueva York, de Londres, de México y de la sede principal de cada banco en particular (62).

Sin embargo, la validez de estas cláusulas en el Derecho mexicano es dudosa. Primer, la autonomía de las partes para elegir la ley aplicable en la negociación contractual, no está claramente definida en la doctrina

---

(57) Art. 16 de la Constitución de 1978, en la redacción por la Ley Reformatoria de 1983; ver el texto vigente en *Registro Oficial*, núm. 763, del 12 de junio de 1984.

(58) En este sentido la crítica de LARREA HOLGUIN, Juan, "La nueva Constitución de Ecuador", *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia, Medellín, vol. XXXVIII, 1979, pp. 431 ss., 442.

(59) Ver p. ej. el Decreto 3585-A de 1987, *Registro Oficial*, núm. 840, del 28 de diciembre de 1987.

(60) Cf. en general CASILLAS VELEZ, "La soberanía de los Estados y el Fondo Monetario Internacional", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, núm. 10, 1986, pp. 169-180, citando art. 27 de la Constitución; sobre otros problemas constitucionales en relación con la deuda externa mexicana ver VAZQUEZ PANDO, *supra* nota 4, pp. 175 ss.

(61) Cf. RITCH, James E., "Legal Aspects of Lending to Mexican Borrowers", *The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. VII, 1982, pp. 315, 318 ss., 324; LEAVY, *supra* nota 6, p. 34; sobre cláusulas arbitrales en préstamos internacionales ver BRISEÑO SIERRA, Humberto, "National Report: Mexico", *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. III, 1978, pp. 94 ss., 97.

(62) Ver VAZQUEZ PANDO, *supra* nota 4, pp. 200-201; más general sobre la renegociación STOAKES, Christopher F., y WILSON, Chase de, "The deals of 1983", *International Financial Law Review*, jan. 1984, pp. 9 s.

y práctica mexicanas <sup>(63)</sup>. Según, realmente no se sabe cuál es la autoridad mexicana competente para renunciar a la inmunidad del Estado <sup>(64)</sup>.

Finalmente, las cláusulas de jurisdicción en el contrato de 1983, que obran de modo unilateral en favor de los bancos, han sido calificadas de "abusivas" por un renombrado jurista mexicano <sup>(65)</sup>. Al parecer, sin embargo, cuando se incluyeron las mismas cláusulas en los más recientes contratos de renegociación en 1985 y 1987, no se presentó ninguno de estos argumentos por parte de México <sup>(66)</sup>.

## 7. Perú

La Constitución peruana de 1936, como una reacción a los eventos en el caso de *La Brea y Pariña*, consignó la *doctrina Calvo* en su art. 17, exigiendo la sumisión a las leyes y tribunales de la República en todo contrato del Estado con extranjeros <sup>(67)</sup>. Esta norma fué rigurosamente aplicada también en los contratos que celebraron las empresas públicas peruanas <sup>(68)</sup>. Sin embargo, con el tiempo tal posición nacionalista fué conside-

(63) Cf. CORSE, C. Thorne, "International Term Loan Agreements and Loan Syndications", in *The Journal of Commercial Bank Lending*, Philadelphia, March 1978, pp. 12 ss., 13; BAYTCH, S.A., y SIQUEIROS, José Luis, *Conflict of Laws: Mexico and the United States*, University of Miami Press, 1968, pp. 135 ss.; RITCH, *supra* nota 61, pp. 320 ss.; QUALE, *supra* nota 26, p. 293; en favor de la autonomía de las partes VAZQUEZ PANDO, *supra* nota 4, p. 207 n. 232; con salvedades también PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "Las obligaciones convencionales en el Derecho internacional privado mexicano", *El Foro*, México, Colegio de Abogados, Sexta época, núm. 6, 1976, pp. 43 ss., 48 ss.

(64) Cf. VAZQUEZ PANDO, *supra* nota 4, p. 206.

(65) *Idem*, pp. 206 s. En el mismo sentido ahora el art. 567 del Código Federal de Procedimientos Civiles, reformado por Decreto del Congreso del 11 de diciembre de 1987, *Diário Oficial* del 12 de enero de 1988, p. 9.

(66) Sobre el Convenio de Reestructuración del 20 de marzo de 1987 ver SIQUEIROS, José Luis, "Deuda pública externa, Aspectos jurídicos de una posible moratoria", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 18, 1986/87, pp. 573 ss., 583 s.; sobre las renegociaciones anteriores CASTRO TAPIA, Enrique, "Mexico's Debt Restructuring: The Evolving Solution", *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, vol. XXIII, 1984/85, pp. 1-9; VAZQUEZ PANDO, *supra* nota 4, pp. 215-218; generalmente SUAREZ DAVILA, Francisco, "La crisis de la deuda externa y el desarrollo", *Comercio Exterior*, México, Banco Nacional de Comercio Exterior, vol. XXXVI, 1986, pp. 1109-1113.

(67) Cf. RUBIO Marcial, "Sujeción a los tribunales y leyes peruanos en los contratos del Estado con extranjeros", *Apuntes*, IIMA, Universidad del Pacifico, año II, núm. 3, 1974, pp. 115-130; para el trasfondo histórico ver CASTANEDA, Jorge Eugenio, "Análisis del Laudo que pretendió poner término a la controversia sobre 'La Brea y Pariñas'", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, año XXVIII, 1964, pp. 5-24.

(68) Ver p. ej. el contrato de PETROPERÚ con Occidental Petroleum Corp. del 22 de junio de 1971, citado por CARDENAS, Emilio J., "Nuevas características del marco jurídico de la explotación de los recursos naturales en el contexto latinoamericano", *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo, INTAL, núm. 22/23, 1976, pp. 67 ss., 70 ss., 72 s.

rada un obstáculo para la creciente participación del Perú en mercado comercial y financiero internacional<sup>(69)</sup>. Parece que, ya en los comienzos de los años setenta, ante la urgencia del crédito externo, se firmaron contratos de empréstito en el extranjero que no cumplieron con el precepto constitucional, recurriéndose al argumento de que el art. 17 sólo regía dentro del territorio de la República<sup>(70)</sup>. Después, ganaron gran notoriedad los contratos sobre el Oleoducto Nor-Peruano, firmados en Tokyo en 1974, sometidos en la parte de los préstamos a la ley y jurisdicción japonesas, en la parte de la compra-venta a la ley y arbitraje inglesas<sup>(71)</sup>. Estos contratos se basaron en dos Decretos-Leyes del año 1973, que habían expresamente autorizado las empresas públicas a adaptarse en sus operaciones a la "práctica internacional", siendo el alcance y la validez de estas normas muy controvertidos<sup>(72)</sup>.

Con la Constitución de 1979, la materia ha hallado una nueva regulación, que, por un lado, extiende la *doctrina Calvo* claramente a las empresas públicas, y, por otro lado, prevé dos excepciones para el sector financiero y lo establecido en tratados internacionales. Dice ahora el art. 136 de la Constitución:

"Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las concesiones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquéllos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

*Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.*

El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribu-

---

(69) MAC LEAN U., Roberto, "El Derecho internacional privado y la Constitución", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. XLIII, 1979, pp. 59, 73 ss.; IDEM, *Derecho de Comercio Internacional*, Lima, 1980, pp. 43 ss.

(70) RUBIO, *supra* nota 67, p. 124; similarmente en otras áreas de comercio internacional, según NORBERG, Charles R., "Inter-American Commercial Arbitration Revisited", *Lawyer of the Americas*, University of Miami, vol. VII, 1975, pp. 275 ss., 279; ver también ARAMBURU MENCHACA, Andrés A., "El arbitraje comercial en el Perú", *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, año XXXVII, 1978, pp. 456 ss., 462.

(71) Partes en los contratos del 28 de agosto de 1974 eran por un lado PETROPERÚ y Corporación Financiera de Desarrollo, por otro lado Japan Petroleum Development Corporation y Japan-Peru Oil Co.; ver el texto completo en *International Legal Materials*, Washington, vol. XV, 1976, pp. 1295-1342.

(72) Decreto-Ley 19988 del 13 de abril de 1973 y Decreto-Ley 20050 del 5 de junio de 1973, en *Normas Legales*, Trujillo, t. LXVII, 1973, pp. 51 y 315; ver la discusión en RUBIO, *supra* nota 67, pp. 126 ss.; QUALE, *supra* nota 26, pp. 292 s., 300; MAC LEAN, *supra* nota 69, pp. 74 s. respectivamente pp. 45 ss.



nales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.”

Pero esta norma no ha puesto fin a las controversias, dejando abiertas las siguientes cuestiones: ¿El inciso 1 ha derogado definitivamente las autorizaciones dadas por los mencionados Decretos-Leyes de 1973? <sup>(73)</sup> ¿El inciso 2 — especialmente discutido en relación con los contratos de refinanciación — al admitir la sumisión a una jurisdicción extranjera, también autoriza la aplicación de la ley extranjera y la renuncia a la inmunidad? <sup>(74)</sup> ¿El inciso 3 sólo alude a tribunales judiciales y arbitrales creados por tratado <sup>(75)</sup> o abarca p.ej. un arbitraje fundado en la Convención de Nueva York, recientemente ratificada por el Perú? <sup>(76)</sup> Hasta ahora no se ha formulado un criterio definido sobre estos interrogantes en la doctrina y práctica peruanas.

## 8. Venezuela

En Venezuela la *doctrina Calvo* fué sancionada por primera vez en la Constitución de 1893, debido a reclamaciones diplomáticas por deudas que el Estado venezolano había asumido frente a acreedores extranjeros <sup>(77)</sup>. Es

---

(73) Lo niega MAC LEAN, *Derecho de Comercio Internacional*, *supra* nota 69, p. 48, quien defiende la tesis de “que la interpretación dada por los Decretos Leyes 19988 y 20050 es la interpretación que ha predominado en el texto de la nueva Constitución”.

(74) Esto se discute en el Informe “La legalidad de los contratos de refinanciación de la deuda externa”, elaborado por encargo de miembros del Congreso, en *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, año LXXI, 1984, núm. 1, pp. 71 ss., 79 ss. La sumisión a la ley extranjera es admitida expresamente por la Segunda Disposición Complementaria de la Ley General de Endeudamiento Público Externo, Decreto Legislativo nº 5 del 30 de diciembre de 1980, *Normas Legales*, t. CV, 1980, pp. 270 ss.; en torno a esta norma ver la discusión en *Actualidad Económica del Perú*, Lima, núm. 88, 1987, pp. 6 ss. Más detalladamente ZUNIGA PAZ, Agosto, “La deuda pública externa: Aspectos económicos y jurídicos”, en *Deuda externa, Problemas y soluciones*, Lima, 1985, pp. 99 ss., 144 ss., sobre los contratos de refinanciación de 1983.

(75) Como el Tribunal Andino o el Centro del Banco Mundial; cf. MAC LEAN, “El Derecho internacional...”, *supra* nota 69, p. 77; ARAMBURU MENCHACA, Andrés A., “International Commercial Arbitration in the Andean Pact”, en *The Art of Arbitration, Liber Amicorum Pieter SANDERS*, Deventer, Kluwer, 1982, pp. 27 ss., 31 n. 3.

(76) Resolución Suprema 24810 del 24 de mayo de 1988, *El Peruano* del 25 de mayo de 1988. Sobre cláusulas arbitrales pactadas por el gobierno peruano ver LLITERAS, Juan Andres, “El arbitraje internacional entre Estados y particularidades”, *Comparative Juridical Review*, Coral Gables Florida, vol. XX, 1983, pp. 111 ss., 115; cf. también Decreto Supremo 502-84-EFC del 23 de noviembre de 1984, *Normas Legales*, t. CXXXI, 1984, pp. 99 s., en relación con un contrato de préstamo entre Perú y el Kreditanstalt für Wiederaufbau de la República Federal de Alemania.

(77) Art. 149 de la Constitución de 1893; cf. sobre esto OROPEZA, Ambrosio, *La Nueva Constitución Venezolana 1961*, Caracas, 1971, pp. 381 s.

interesante notar que fueron estos mismos hechos los que después llevaron al bloqueo de los puertos venezolanos por las potencias europeas, de donde se originó la llamada *doctrina Drago* <sup>(78)</sup>. Desde entonces, todas las Constituciones venezolanas han incluido una norma similar hasta el art. 127 de la Constitución vigente de 1961, cuyo tenor es el siguiente:

“En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes *serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes*, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.”

A base de este precepto constitucional, el Gobierno venezolano por mucho tiempo ha defendido la posición de que toda sumisión a una ley y jurisdicción extranjeras en un contrato de empréstito, celebrado por la República o sus entidades estatales, sería nula. Pero esta actitud se ha flexibilizado en los años setenta ante la necesidad del crédito externo.

La Procuraduría General de la República en diferentes oportunidades se ha pronunciado sobre el asunto, llegando a opiniones contradictorias, debido a los cambios de la administración.

Finalmente, en las más recientes renegociaciones de la deuda externa, el Gobierno venezolano ha abandonado su posición anterior, valiéndose del argumento de que los contratos de préstamo son de naturaleza comercial y por eso están exceptuados de la regla del art. 127 <sup>(79)</sup>. Este cambio de posición tal vez pueda basarse en el nuevo art. 58 de la Ley Orgánica del Crédito Público, agregado en 1983, que autoriza al Gobierno a negociar la refinanciación de la deuda pública “dentro de las condiciones existentes en los mercados financieros internacionales” <sup>(80)</sup>. Pero no corresponde de ningún modo al origen histórico del precepto constitucional.

---

(78) *Supra*, nota 7.

(79) Sobre las variaciones de la posición venezolana ver *QUALE*, *supra* nota 26, pp. 293 s., refiriéndose al discurso nacionalista del presidente Herrera Campins de septiembre de 1979, publicado en el *Diario de Caracas* del 7 de noviembre de 1979, pp. 16 s.; además *HUGHES*, Thomas L., “Venezuela's Restructuring and 1981 Law”, *International Financial Law Review*, Sept. 1983, pp. 9, 11 s.; *LEAVY*, *supra* nota 6, p. 34.

(80) Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Crédito Público, promulgada el 22 de agosto de 1983, *Gaceta Oficial*, núm. 3253 extraordinario, del 14 de septiembre de 1983. Sobre los motivos de esta reforma ver *HUGHES*, *supra* nota 79, pp. 10 s.

#### IV. Observaciones finales

El mundo financiero internacional es un sistema complejo. En este estudio nos hemos limitado a tratar la deuda externa del sector público con los bancos comerciales extranjeros. Sin embargo, la deuda externa la constituyen también, por un lado, los créditos entre empresas o personas privadas y por otro lado, los convenios financieros entre los gobiernos o los préstamos otorgados por organismos públicos internacionales o extranjeros, para los cuales sería necesario un estudio separado<sup>(81)</sup>. Pero estos segmentos de la deuda externa sólo en teoría pueden distinguirse tan nítidamente, porque en realidad hay varios modos de conexión, como se ve también en las negociaciones sobre la refinanciación. Para dar una solución justa a los asuntos que hemos tratado anteriormente, sería necesario un análisis de cada caso en particular. No obstante, debemos limitarnos a presentar a continuación algunas conclusiones generalizadas e simplificadas.

##### 1. La invalidez de las cláusulas impuestas

En resumen, la situación actual en la negociación de la deuda pública externa en América Latina puede describirse como un triunfo de los acreedores sobre la *doctrina Calvo*, la cual todavía vive en otros campos de la contratación estatal. Una legislación especial para el campo financiero ha creado las condiciones para que los créditos externos pueden ser exceptuados de la jurisdicción y legislación de los Estados deudores, a pesar de mucha resistencia en el área política. En años anteriores, la aceptación o no de la *doctrina Calvo* por los bancos extranjeros ha sido una parte de la valoración del riesgo<sup>(82)</sup>. Hoy, por una práctica constante, ellos suelen exigir que estos contratos cautelosamente redactados se sujeten a la jurisdicción y leyes de sus propios países, porque no hay otra salida para los Estados deudores.

Pero esta casi uniformidad despierta la duda de si no falta aquí el fundamento que únicamente pueda dar validez a las cláusulas contractuales: la libre voluntad de las partes contratantes. El principio universalmente aceptado *pacta sunt servanda* se basa en el supuesto de que las partes están en iguales condiciones para determinar libremente el contenido del contrato<sup>(83)</sup>. Consecuentemente, donde falta este equilibrio, se puede defender la tesis de que todas las cláusulas onerosas impuestas unilateralmente

(81) Ver OJEDA MARIN, *supra* nota 14, pp. 127 ss., 146 ss., 193; VAZQUEZ PANDO, *supra* nota 4, pp. 173 ss., 190 ss.; ZIMBLER, *supra* nota 27, p. 513; CAICEDO CASTILLA, *supra* nota 37, pp. 201 ss.; LEAVY, *supra* nota 47, p. 7.

(82) Sobre los criterios de esta valoración ver QUALE, *supra* nota 26, pp. 290 ss., 300 ss.; cf. también CORSE, *supra* nota 63, p. 14.

(83) Cf. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, "Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge", *Juristenzeitung*, Tübingen, año XIX, 1964, pp. 441-446.

por una de las partes son inválidas. Así, puede haber casos en los cuales las cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable resultan de una verdadera negociación entre las partes<sup>(84)</sup>. Pero donde no hay libertad negociadora, una demanda basada en estas cláusulas podría correr el riesgo de ser rechazada por tratarse de cláusulas abusivas, establecidas sólo en favor de una parte, o aun de un *forum non conveniens* <sup>(85)</sup>. La práctica cautelar ya ha tomado en consideración este argumento, exigiendo una renuncia expresa del deudor a tales excepciones <sup>(86)</sup>. Además, la banca internacional ha logrado una reforma legislativa en el Estado de Nueva York que reduce allí la aplicación de la teoría del *forum non conveniens* al mínimo <sup>(87)</sup>.

Pero también en el caso de que el acreedor gane el proceso en el foro contractual, los efectos de una tal sentencia están limitados a los bienes que el Estado deudor tiene dentro de esta jurisdicción. Ya en terceros Estados, donde el acreedor quiere ejecutar la sentencia, puede ser confrontado de nuevo con el argumento de la incompetencia del foro convenido de donde proviene aquélla. Y una ejecución en el propio Estado deudor no sólo tropezaría con la excepción del orden público, sino también con

---

(84) Ver p. ej. los contratos de construcción y financiamiento entre la República Dominicana y un conjunto de bancos y empresas extranjeros para el proyecto termoeléctrico Itabo II, *Gaceta Oficial*, 1986, pp. 376-502, donde el contrato de construcción quedó sujeto a la legislación dominicana, los contratos de financiamiento a diferentes legislaciones extranjeras.

(85) Cf. para las "cláusulas abusivas" VAZQUEZ PANDO, *supra* nota 8 y 65; también el Informe, *supra* nota 74, p. 80. Sobre la "inconveniencia" del foro contractual ver GRUSON, Michael, "Controlling Site of Litigation", en *Sovereign Lending ...*, *supra* nota 2, pp. 29, 36-39, citando a *Kline v. Kawai America Corp.*, 498 F. Supp. 868, 872 (D. Minn. 1980): "Thus, the inconvenience factor is tied to the final factor, whether the clause was equally bargained for".

(86) Modelo en WOOD, *supra* nota 3, p. 87: "The Borrower hereby irrevocably waives any claim that it may have that any such legal proceedings have been brought in an inconvenient form"; cf. también CATES, Arnel C., y ISERN-FELIU, Santiago "Governing Law and Jurisdiction Clauses in Euroloan Agreements", *International Financial Law Review*, July 1983, pp. 28, 31-33. Otras cláusulas someten la validez de la elección del foro a la propia ley del contrato; ver p. ej. el Convenio de Préstamo, celebrado por Honduras con un banco suizo, en *La Gaceta*, núm. 24779 del 22 de noviembre de 1985, art. 14.

(87) Cf. GRUSON, *supra* nota 85, p. 50. La nueva ley de 1984 ya se aplicó en el caso de un banco venezolano que había renunciado a "any right which it may now or hereafter have under the Laws of the Republic of Venezuela to have any action or proceeding ... brought only before a court or tribunal in the Republic of Venezuela"; *Crédit Français International, S.A. v. Sociedad Financiera de Comercio, C.A.*, 490 N.Y.S. 2d 670, 678 s. (1985). Ver más detalladamente sobre esta reforma EBENROTH, Carsten-Thomas, y TZESCHLOK, Regina, "Rechtswahlklauseln in internationalen Finanzierungsverträgen nach New Yorker Recht" *Praxis des Internationalen Privat — und Verfahrensrechts*, Bielefeld, Gieseking, año VIII, 1988, pp. 187, 199 ss.

las varias limitaciones de una ejecución en los bienes del Estado<sup>(88)</sup>. Por consiguiente, parece que una sentencia pronunciada en el país del acreedor en estas condiciones tiene primordialmente fines políticos: sirve para presionar al Estado deudor y es por esto por lo que los acreedores insisten en incluir estas cláusulas en sus contratos.

## 2. "Forum rei" y ley del Estado deudor

Si aceptamos la idea de que las mencionadas cláusulas contractuales pueden ser invalidadas por abusivas, la jurisdicción de los tribunales en cada caso tendrá que ser aceptada o denegada según las reglas generales de competencia, que varían de país a país. Un criterio universalmente reconocido en esta materia es el adagio *forum rei sequitur*, de cuya aplicación resulta aquí que el Estado deudor debe ser demandado ante sus propios tribunales. No valdrá el argumento de que el acreedor puede desconfiar de la neutralidad de este foro, sin que con eso al mismo tiempo quedaría justificado el recelo que tienen viceversa los países deudores en contra de los tribunales extranjeros<sup>(89)</sup>. Evidentemente, los bancos prefieren la justicia de su propio país, porque están familiarizados con ella y tienen todas sus facilidades prácticas allí. Pero, de hecho, en las cláusulas de jurisdicción que ellos utilizan para sus contratos de préstamo siempre suelen reservarse el derecho, que pueden accionar también ante los tribunales del Estado deudor, lo que muestra que su desconfianza no es insuperable.

Esas mismas preguntas se ponen en relación con la ley aplicable, una vez invalidada la cláusula que designa la ley del país del acreedor. Hay que buscar una conexión objetiva para el contrato conforme a las reglas del derecho internacional privado que se aplican en el país del foro. No es posible aquí entrar en detalles<sup>(90)</sup>.

---

(88) Ver en general QUALE, *supra* nota 26, pp. 302 s., 305 s., 312 s.; en Argentina el reciente Decreto 679 del 26 de mayo de 1988 (B.O. 7-6-88); para Brasil ZIMBLER, *supra* nota 27, pp. 530 ss., 538 ss., 552 ss.; para Colombia LEAVY, James, "Council of State Decision Causes Concern", *International Financial Law Review*, febr. 1988, p. 48; para México VAZQUEZ PANDO, *supra* nota 4, pp. 206 s., 223 ss.; SIQUEIROS, *supra* nota 66, p. 585; para Perú el editorial "Bringing it All Back Home", *International Financial Law Review*, abril 1986, p. 2, y el comentario *ibidem*, may 1986, p. 4.

(89) Cf. QUALE, *supra* nota 26, p. 302 ss., quien glosa "the natural tendency to believe that one's own courts are objective and free from influence whereas the other's courts are biased and subject to manipulation" (303). Más explícitamente en Colombia el magistrado GOMEZ VELASQUEZ, *supra* nota 50, p. 65, denunciando "una mutua desconfianza: los países en vía de desarrollo dudan tanto de la justicia foránea, en la definición de esta clase de asuntos económicos multinacionales, como los prestadores, a su turno, de la justicia nacional del que recibe el empréstito."

(90) Para un panorama general de los diferentes elementos de conexión en el derecho comparado ver RABEL, Ernst, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2ª ed., Ann Arbor, vol. III, 1964, pp. 3-16.

En muchos países el contrato de préstamo se sujeta a la ley del domicilio del banco, lo que equivale a atribuir fuerza normativa a la práctica contractual de los propios bancos. Lleva al mismo resultado la conexión al lugar de la celebración del contrato o al lugar del pago y reembolso, porque estos lugares se eligen arbitrariamente para coincidir con el domicilio de los bancos, como hemos señalado en relación con los intentos de burlar ciertas prohibiciones constitucionales de los países latinoamericanos (91).

Sin embargo, frente a estas conexiones, hay argumentos válidos que militan en favor de la ley del propio Estado deudor, porque es en este Estado donde se necesita y utiliza el capital prestado. El interés legítimo del Estado soberano de sujetar sus obligaciones a su legislación interna ya fué reconocido en 1929 por la Corte permanente de Justicia internacional, en el *caso de los empréstitos brasileños* (92). Y también los propios bancos respetan este interés, cuando el Estado contratante mantiene una fuerte posición negociadora (93).

Contra la aplicación de la ley del Estado deudor se ha aducido que, con esto, el contrato de préstamo queda expuesto a los cambios legislativos y políticos dentro del propio Estado prestatario. Pero, este argumento sólo tiene valor relativo. Por un lado, tampoco el Derecho de los países acreedores está libre de estas influencias políticas, como lo han mostrado las medidas del Gobierno de los EE.UU. durante la crisis iraní o del Gobierno británico en el conflicto de las Malvinas, medidas cuya aplicación ha afectado directamente al mercado financiero (94). Por otro lado, hay que subrayar el destacado lugar que tiene en el Derecho de los países latino-

---

(91) *Supra*, notas 30, 50, 55s., 58s., 70. El gobierno de Honduras en varios contratos de préstamo ha aceptado la legislación y jurisdicción del país, "donde se suscriba este convenio", firmándolo en el lugar de la sede del banco; ver *La Gaceta*, núm. 24581, de 28 de marzo de 1985, p. 9, y núm. 24780, del 23 de noviembre de 1985, p. 10.

(92) Sentencia del 12 de julio de 1929, C.P.J. Sér. A, n.ºs 20/21, pp. 91 ss.121: "... c'est, dans l'espèce, un Etat souverain, qui ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui à ce sujet à une loi autre que sa loi propre." Este argumento, aplicado por la Corte a un caso de bonos emitidos por el Estado, puede también servir de base para una regla especial de conflictos de leyes para los préstamos entre gobiernos y empresas privadas extranjeras; cf. GARCIA CALDERON, Manuel, "Los conflictos de leyes y los préstamos internacionales", *Revista del Foro*, Lima, año L, 1963, pp. 11 ss., 24.

(93) Ver los casos citados por HINSCH, *supra* nota 3, pp. 152, 154; BOSCH, *supra* nota 9, p. 124 n. 12; WOOD, *supra* nota 3, p. 25.

(94) Cf. OJEDA MARIN, *supra* nota 14, pp. 190 s.; CATES y ISERN-FELIU, *supra* nota 86, p. 29. Los bancos suelen protegerse contra tales medidas de sus propios gobiernos por la llamada "illegality clause"; cf. WOOD, *supra* nota 3, p. 143; HINSCH, *supra* nota 3, pp. 109 ss.

americanos la *doctrina de los derechos adquiridos*, o sea el postulado de que una situación legalmente consolidada no puede ser afectada por un acto posterior del legislador<sup>(95)</sup>.

Finalmente, no se debe olvidar que los actos monetarios y cambiarios de los Estados se rigen, según la doctrina moderna del Derecho internacional privado, por reglas especiales que de todas maneras se aplican independientemente de la ley del contrato<sup>(96)</sup>.

En el fondo, el verdadero riesgo para el acreedor no está en la aplicación de la ley del Estado deudor sino en el hecho de que éste, por razones económicas, se puede ver imposibilitado de cumplir con sus obligaciones financieras. En este caso, empero, también el Derecho internacional público reconoce su derecho a declarar una moratoria<sup>(97)</sup>.

### 3. Soluciones alternativas

Existe en general acuerdo en que el problema de la deuda externa no se puede resolver en términos de Derecho estricto. Por eso hay que buscar una fórmula, que facilite a lo máximo posible una solución adecuada y flexible, y que evite la frustración que cada procedimiento judicial puede causar en las relaciones entre acreedores y Estados deudores. Por razones prácticas y psicológicas, ni los tribunales de una ni de otra parte pueden cumplir con esta función. En cambio, como ha señalado un jurista peruano, si las partes someten el contrato a la jurisdicción y legislación de un tercer país, esto puede ser considerado como un aspecto positivo y una mayor garantía de neutralidad, mitigando los recelos de las partes<sup>(98)</sup>. Pero, generalmente, los bancos comerciales de los países acreedores se aferran

---

(95) Ver SAMTLEBEN, Jürgen, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, Buenos Aires, Depalma, vol. I, 1983, p. 258; QUALE, *supra* nota 26 p. 295. Cf. en relación a la conversión forzosa de los depósitos de dólares en bancos mexicanos RENDELL, *supra* nota 12; VAZQUEZ PANDO, *supra* nota 4, p. 189.

(96) Sobre las tendencias modernas en la materia, excepto en la jurisprudencia inglesa, ver HORN, Norbert, "Aktuelle Rechtsfragen internationalen Konsortialkredite", *Juristische Blätter*, Wien, año CIX, 1987, pp. 409 ss., 417, con especial referencia al art. VIII par. 2 (b) del convenio de Bretton Woods. Esta norma ordena respetar las leyes cambiarias de los otros Estados contratantes, pero no impide la aplicación de semejantes medidas del propio Estado del foro, como parece insinuar la reciente decisión de la Corte Suprema argentina en el caso *Citibank v. Narbaitz Hnos. y Cia.*, 17-9-1987, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1987-IV, p. 713.

(97) Cf. en detalle VAZQUEZ PANDO, *supra* nota 4, pp. 220 ss. Sobre las consecuencias legales y prácticas ver SIQUEIROS, *supra* nota 68, pp. 582 ss.; ALBINO, *supra* nota 34, pp. 22 s.; HORN, Norbert, "The Restructuring of International Loans and the International Debt Crisis", *International Business Lawyer*, IBA, London, 1984, pp. 400 ss., 406 s.

(98) Ver RUIZ-ELREDGE, Alberto, en *Actualidad Económica del Perú*, núm. 86, 1987, p. 9, con alusión a los contratos sobre el Oleoducto Nor-Peruano (*supra* nota 71).

a la jurisdicción y legislación de sus propios Estados, porque una legislación *neutral* no es considerada idónea para los contratos de préstamo<sup>(99)</sup>.

Otra solución posible sería la vía del arbitraje, como la incluyen los bancos internacionales y nacionales de desarrollo en sus contratos con los Estados prestatarios. El Banco Interamericano de Desarrollo, p.ej., prevé en sus contratos de préstamo un procedimiento arbitral "en conciencia", sin relación a legislación de país determinado<sup>(100)</sup>. Sin embargo, en el mundo de la banca comercial tal procedimiento no se recomienda para los contratos financieros<sup>(101)</sup>. Igualmente, en los países latinoamericanos tradicionalmente hay mucha resistencia en contra del arbitraje como forma de solucionar los conflictos, especialmente cuando el propio Estado se ve involucrado. Pero esta posición ya ha cambiado en los últimos tiempos. Como lo muestra el ejemplo del Brasil, un Estado puede preferir someterse más bien a un arbitraje internacional que a una jurisdicción extranjera, lo que en el caso de la renegociación de la deuda brasileña también fué tomado en cuenta por los bancos<sup>(102)</sup>.

Como el gran problema de la deuda externa, también la cuestión de cómo solucionar los conflictos jurídicos derivados de ella queda por ahora sin solución definitiva. En todo caso, es evidente que en ambos casos se debe buscar una solución conciliadora y equitativa. Si no se llega a una conciliación entre las partes ¿cuál será la autoridad para imponer tal solución?

(99) WOOD, *supra* nota 3, p. 25. No es una excepción el contrato de préstamo entre Honduras y un banco danés (de capital norte-americano?), sometido a las leyes y tribunales de Nueva York; *La Gaceta* núm. 25329, del 28 de septiembre de 1987, p. 5. Efectivamente, tal foro no se puede considerar neutral en este juego, como advierte CARTY, Anthony, "The Third World Debt Crisis: Towards New International Standards for Contracts of Public Debt", *Verfassung und Recht in Übersee*, Hamburg, año XIX, 1986, pp. 401 ss., 405

(100) Cf. el contrato tipo, Parte Primera, cláusula 8.03: "Los derechos y obligaciones establecidos en este Contrato son válidos y exigibles, de conformidad con los términos en él convenidos, sin relación a legislación de país determinado." El procedimiento arbitral está regulado en la Parte Segunda, Capítulo IX, que prevé en caso de desacuerdo la designación del Dirimente por el Secretario General de la OEA.

(101) Ver RYAN, Reade H., "Defaults and Remedies", en *Sovereign Lending* ..., *supra* nota 2, pp. 157 ss., 184 ss.; WOOD, *supra* nota 3, pp. 71 ss.; BOSCH, *supra* nota 9, pp. 136 s.; OJEDA MARIN, *supra* nota 14, p. 178; PERALTA, D. Javier, "Ley y jurisdicción aplicables", en *Seminario* ..., *supra* nota 14, pp. 73 ss., 90 s.; cf. también CATES y ISERN-FELIU, *supra* nota 86, pp. 34 s. En contra de esta opinión PEARCE, Michael, "The 'Internationalisation' of Sovereign Loan Agreements", *Journal of International Banking Law*, Oxford, vol. I, 1986, pp. 165 ss., 174 s.; MEYER, *supra* nota 14, p. 110.

(102) Ver *supra*, III 2. En el mismo sentido, en Argentina, la Procuración del Tesoro de la Nación en un dictamen del 13 de abril de 1983; cf. *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, núm. 12, marzo de 1986, pp. 193 ss., 206. También la República Dominicana ha celebrado varios convenios de crédito con cláusula arbitral, pero sometidos a la legislación del país del banco extranjero; ver *Colección de Leyes, Resoluciones, Decretos y Reglamentos*, 1980, t. I, parte 1, pp. 56 ss., 72; 1980, t. I, parte 2, pp. 195 ss., 225; 1981, t. I, pp. 15 ss., 31; *Gaceta Oficial*, 1986, pp. 91 ss., 1007. Para los otros países ver *supra*, notas 55, 61, 76.



# No Centenário da República: um balanço econômico

MIRCEA BUESCU

## SUMÁRIO

1. *Periodização.* 2. *Crônica do século: 1889/1913; 1914/1918; 1919/1929; 1930/1932; 1933/1939; 1940/1945; 1946/1973; 1974/1988.* 3. *Alterações dimensionais e estruturais: população; crescimento econômico; estrutura do produto; formação de capital; capitais estrangeiros; estatização; inflação; industrialização; agricultura; comércio exterior; balanço de pagamentos; dívida externa; disparidades regionais da renda; disparidades da renda pessoal.* 4. *Conclusão. Anexos estatísticos. Bibliografia.*

### 1. *Periodização*

O presente trabalho foi concebido em dimensões limitadas: não se trata de uma verdadeira "História Econômica", no seu sentido mais abrangente, embora o estudo cubra um longo período, sob vários ângulos. O título "um balanço econômico" indica tratar-se de uma síntese, propositadamente esquematizada, da evolução econômica durante os 100 anos da República.

As reduzidas dimensões do estudo impuseram um certo disciplinamento da matéria, a fim de oferecer ao leitor, de forma direta, uma visão global dos grandes rumos da economia nacional no período focalizado, assumindo, embora, as dificuldades e limitações decorrentes da magnitude do tema.

Um primeiro fio condutor nesta exploração sintética é constituído pela periodização, isto é, a divisão artificial do curso da História em fases que se caracterizaram de um certo modo, segundo critérios peculiares, não apenas econômicos, mas também políticos e culturais. Esses condicionamentos foram ou de natureza exógena, configurando a inserção do País no complexo cultural e político mundial, ou endógena, ligada às condições internas.

Assim, a evolução econômica da República, nos seus primeiros 100 anos, foi marcada por três eventos mundiais de capital importância: a Primeira Guerra Mundial (1914/1918), a Grande Depressão (para o Brasil: 1930/1932; para outras partes do mundo a fase depressiva foi ligeiramente mais extensa), a Segunda Guerra Mundial (1939/1945) — aos quais se poderia acrescentar a crise marcada pelos choques do petróleo de 1973/1979. Os eventos mencionados exerceram profunda influência sobre o desenrolar da economia nacional. Alguns autores acham que esses abalos externos tiveram efeitos benéficos, mas tal alegação não pode ser aceita sem sérias restrições: a rigor, os abalos agiram apenas como incentivos de reações *posteriores*, a favor do desenvolvimento econômico. O problema será abordado mais adiante, no lugar oportuno.

A periodização ligada aos fatores externos deve ser completada por outros marcos de caráter político, mas de procedência interna: houve, assim, a República Velha até a revolução de 1930, quando emergiu a República Nova (com a passageira subdivisão do Estado Novo), a recomposição democrática de 1945, os governos da Revolução a partir de 1964 e uma nova recomposição democrática em 1985, principiando a chamada Nova República. Muitas vezes as transformações políticas carregaram alterações de caráter econômico, mas as mudanças de rumo da economia foram provocadas mais pelo comportamento dos agentes públicos e privados — pelas suas decisões em face do problema do progresso econômico — e menos pela natureza do regime político. Antecipando a exposição, é suficiente lembrar que duas fases de inegável progresso econômico — 1955/1961 e 1967/1973 — ocorreram em regimes políticos totalmente diferentes. (Como bibliografia mais abrangente, v. VILLELA — SUZIGAN; BAER — I; 25 anos . . .; SIMONSEN, M. H. — I e II; BUESCU — II e III; GALVEAS — III.)

Vale, portanto, assinalar, como elemento substancial na tomada dessas decisões econômicas, a filosofia que determinou, em vários momentos, o comportamento dos agentes. Como se trata de idéias predominantes que apareceram e cresceram dentro do corpo social, às vezes espontaneamente, às vezes em imitação a realidades culturais externas, é possível, sem dúvida, identificar limites precisos das correntes dominantes de pensamento econômico. Pode-se contudo lembrar que a República surgiu quando o liberalismo econômico — com seus subprodutos: livre-cambismo e sistema do padrão-ouro — constituía a nota dominante no mundo ocidental, embora em fins do século XIX o pensamento econômico já tenha evoluído para certas limitações do liberalismo, com boas doses de intervencionismo, em matéria de regime de trabalho, moeda, comércio e, mais especificamente, com a acentuação do protecionismo, ao mesmo tempo que se fortalecia o nacionalismo econômico. (Como bibliografia v. POMMÉRY; MAURO; BARNES; NIVEAU.)

Fundamentalmente, o liberalismo nunca foi abandonado, mas o intervencionismo estatal se acentuou sob o impacto das dificuldades criadas

pela Primeira Guerra Mundial e seus reflexos e, ainda mais, após a Grande Depressão que provocou, no mundo inteiro, um sensível aumento da intromissão do setor público na economia, chegando-se a uma verdadeira economia mista, ainda com empresa livre e mercado, porém com uma forte dose de estatização. Paralelamente, o surgimento de uma experiência socialista na Rússia ofereceu um apoio, embora às vezes espúrio, ao dirigismo estatal. Vale assinalar, ademais, que depois da Segunda Guerra Mundial o problema do subdesenvolvimento se colocou no primeiro plano das preocupações econômicas em nível internacional, de modo que, aqui como alhures no mundo livre, se criou nova corrente de pensamento desenvolvimentista cujo principal modo de ação foi o planejamento. Muitas vezes essas idéias foram associadas a vagos objetivos socialistas. Mais recentemente, num movimento pendular que tantas vezes se repete, firmaram-se tendências a favor de uma privatização maior da economia.

Pode-se ir mais longe e identificar os modelos econômicos prevaletentes nas diversas fases da evolução, sem contudo, mais uma vez, ser possível determinar separações estancas entre essas fases. Durante muito tempo, talvez quase metade do período em foco, prevaleceu o modelo exportador de produtos primários — a forma em que o Brasil se inserira, desde a sua Independência, no sistema comercial internacional, baseado no livre-cambismo e na divisão internacional do trabalho, em que os países subdesenvolvidos, como o Brasil, deviam participar como exportadores de produtos primários, de vez que estes exigiam, para sua produção em condições competitivas, fatores de produção de que estes países mais dispunham: terra e mão-de-obra não qualificada. Existia aqui, já desde meados do século XIX, um certo interesse pela indústria (veja-se, entre outros, o exemplo do Visconde de Mauá), mas a ênfase colocava-se na exportação — principalmente do café: os fatores de produção eram absorvidos principalmente por esse setor, as políticas econômicas o visavam em primeiro lugar, e era esse setor o principal responsável pela geração de renda, diretamente ou através de seus reflexos no resto da economia (1).

Paulatinamente — e este processo se acentuou desde o início da República — surgiu maior interesse pelo modelo industrialista (v. DEAN; LUZ), na medida em que havia melhores condições para a sua expansão (níveis de renda e poupança; mercado; mão-de-obra qualificada; infra-estrutura de transporte, comércio e crédito). Ao longo desta exposição histórica

---

(1) Alguns autores, inclusive isentos de suspeição ideológica, falam em "dependência externa" para caracterizar o período. (v. LORENZO-FERNANDES). No tempo em que a exportação era responsável por, talvez, 80% da geração da renda monetária, como no século XVII-XVIII, a qualificação se justificaria, mas não para épocas mais recentes quando, como no início da República, a exportação contribuía com cerca de 20% na formação da renda nacional. Por outro lado, a noção de "independência" econômica é muito relativa e o ideal de auto-suficiência é ilusório.

aparecerá esta passagem, entre o início e meados do século XX, sem ser possível apontar um momento ou mesmo uma pequena fase bem definida de transformação (2).

Esse modelo industrialista, quando realmente se firmou no Brasil, depois da Segunda Guerra Mundial, se apresentou como um modelo substitutivo de importações, isto é, o ímpeto industrial se efetivou através da criação de indústrias cuja produção visava a produzir bens até lá importados. Nos anos 60 falou-se no "esgotamento" do modelo substitutivo de importações, mas, na realidade, a substituição continuou, só que o dinamismo industrial passou para outros setores. A mudança ocorrida caracterizou-se (sobretudo a partir de 1964) pelo fato de que a economia, ao invés de se organizar de forma "fechada", querendo dispensar, na medida do possível, o recurso ao setor externo, se tornou, "aberta", contando com o respaldo da economia mundial como fornecedora de capitais e tecnologia, bem como compradora de produtos da indústria nacional (GALVEAS, IV). O processo está, ainda, em curso, com seus efeitos positivos e elementos aleatórios.

No que se segue, será apresentada, numa primeira parte, como fio condutor da pesquisa, uma exposição sucinta da evolução econômica do Brasil nas fases mencionadas, destacando os principais condicionamentos externos e internos dessa evolução. Na segunda parte do trabalho, serão expostos os resultados quantitativos, identificando as mudanças de dimensão e estrutura ocorridas no período.

## 2. Crônica do século

1889/1913

O primeiro quartel do século da República desenrolou-se num ambiente internacional muito favorável, num equilíbrio político que, por cima das tensões nacionalistas latentes, se realizava através de um sistema de pactos, bem como num certo equilíbrio social, apesar da explosão crescente de descontentamento. Nem o anticolonialismo, nem o socialismo tinham bastante força para representarem perigos imediatos à ordem estabelecida. Ademais, foi um período de grandes progressos tecnológicos e institucionais, assim como de grande expansão da produção, principalmente nos países mais avançados, apesar das flutuações cíclicas (1892/1894, 1907), e do movimento internacional de fatores da produção — mão-de-obra e capitais — e de mercadorias. Foi uma época de bem-estar e relativa tranqüilidade que mereceu o rótulo de *Belle Époque*.

---

(2) Contestou-se, por exemplo, (JEAN MARCZEWSKI) a existência de uma verdadeira "revolução industrial" na França. A asserção seria válida para o Brasil, e para outros países. O fenômeno apresentou-se mais como uma lenta evolução e transformação. Como se verá mais adiante, pode-se identificar apenas "surto" industriais.

A expansão econômica deu-se dentro de um sistema de liberdade econômica, no livre-cambismo e na unidade monetária garantida pelo padrão-ouro. Crescia, entretanto, o protecionismo e, de modo geral, mas ponderado, o intervencionismo estatal de caráter normativo.

No Brasil domina, também, o liberalismo, ao lado de um protecionismo crescente (tarifa-ouro de Rui Barbosa e Joaquim Murinho). Continuou a controvérsia entre os metalistas e os papelistas (correspondendo à *Currency School* e à *Banking School*), resolvida muitas vezes dentro de uma concepção pragmática, como já acontecera no passado. A política monetária, cambial e comercial foi amiúde questionada em nome de um industrialismo cada vez mais acentuado e que teve seus paladinos em Rui Barbosa, Américo Werneck, Serzedelo Corrêa — uma posição que teria sido mais tarde rotulada como desenvolvimentista<sup>(3)</sup>, reforçada pela corrente do nacionalismo econômico — Alcindo Guanabara, Alberto Torres (LIMA — I; LUZ).

O liberalismo econômico e sua complementação representada pela divisão internacional do trabalho, garantiram a permanência do modelo exportador de produtos primários — principalmente, o café que, em 1891/1900, foi responsável por 64,5% do valor da exportação — modelo para o qual o Brasil possuía vantagens absolutas e comparativas, de modo que a exportação podia constituir, ainda, o grande setor dinâmico em termos de mobilização de fatores de produção e geração de renda. O excesso nocivo constituiu em forçar, de modo artificial, a preeminência do café, impedindo-se uma alocação natural dos fatores. Essa política de valorização do café representou, para prazo mais longo, um fator altamente negativo. Acrescente-se, no final desta fase, o auge do ciclo da borracha cuja queda vertical começou apenas após 1912.

---

(3) Alguns autores afirmaram que somente após 1930 ou mesmo 1950 houve uma política desenvolvimentista "consciente". Acho que, em primeiro lugar, se trata de uma questão semântica: a palavra "desenvolvimento", no seu sentido técnico, é de origem mais recente; antes, falava-se simplesmente em "progresso". Segundo, a política desenvolvimentista ou progressista tomou mais consistência com o aumento do intervencionismo estatal. Numa concepção liberal pura, o progresso devia resultar naturalmente do livre funcionamento da economia. A preocupação com o progresso econômico, entretanto, já existia na época em foco. Rui Barbosa — 1889: "Carecemos, não menos imperiosamente, de impulsionar o espírito de progresso. Não nos encerremos nas teorias estritas de certos utopistas ... que pretendem modelar o mundo por fórmulas abstratas ... querem reduzir o papel do Estado ... e negam a vantagem, para as nações, da interferência discutida da administração ..." (apud AGUIAR, p. 487). Joaquim Murinho — 1900: "Já temos ganho bastante terreno no caminho da reconstrução econômica e financeira da República ..." (*Idéias* ... p. 224). E o mesmo, em 1901: "Não devemos, pois, ficar à espera do desenvolvimento do País para corrigir a depreciação atual, que falseia a medida dos valores, que entorpece o crescimento das indústrias, e tornou-se onerosa para todas as classes." (*Ibidem*, p. 230).

De fato, no início da República já havia condições mais favoráveis de crescimento, sobretudo graças ao impulso anteriormente dado pelo café em termos de níveis de renda e capacidade de investimento, mercado, classe empresarial, infra-estrutura de transporte, comércio e bancos, políticas econômicas. Decisiva foi a abolição da escravidão na véspera da República e, a este fato ligada, a entrada maciça de imigrantes europeus (1.198 mil em 1890/1899, 622 mil em 1900/1909). Na medida em que o café perdeu parte da sua força, os investimentos procuraram novos caminhos, mais especificamente na indústria. Finalmente, não deve ser menosprezado o otimismo despertado pela mudança do regime político — entendida como um sinal de modernização do País.

Esse otimismo, aliado a uma tendência tradicional para o jogo (MELLO FRANCO, pp. 157-171) resultou na fase de especulação bursátil, e inflação acelerada, conhecido como “Encilhamento” (1890-1893). O fenômeno foi possibilitado pela implementação desordenada da reforma bancária de 1890 que, acertadamente, tinha introduzido a pluralidade emissora a fim de refazer a liquidez do sistema, comprometida pela política contencionista do fim do Império. Passada a fase especulativa, a inflação recrudescceu devido ao desequilíbrio do Tesouro Nacional, pressionado pelas perturbações políticas.

Muitos autores, misturando a expansão formal, especulativa, dos negócios e o crescimento vegetativo da indústria, sustentam a existência de um surto industrial durante o “Encilhamento” e, mais, “graças” à expansão bursátil e monetária, mas não há evidência empírica dessa asserção<sup>(4)</sup>. Se houve progresso, explica-se bastante pelos fatores antes mencionados.

O quadriênio 1898/1902 da presidência Campos Salles (com Joaquim Murtinho na Fazenda) caracterizou-se por uma política ortodoxa, de contenção monetária e financeira, destinada a eliminar os males da inflação acelerada do decênio anterior. Esse objetivo salutar — apesar dos inconvenientes da deflação — tinha como ingrediente a idéia algo esdrúxula de uma valorização cambial para se voltar à paridade legal de 1846. Isso não sucedeu, mas o câmbio se fortaleceu substancialmente, inclusive graças ao *funding-loan* de 1898, ao mesmo tempo que as finanças públicas se equilibravam e a inflação se eliminava.

A política de Murtinho foi muito criticada (por exemplo: LIMA — I, pp. 129-193; PELAÉZ — SUZIGAN, pp. 180-186) por ter retardado o desenvolvimento econômico, mas, afinal, o saneamento monetário e financeiro era indispensável: os seus efeitos benéficos se patentearam na década seguinte. A ação saneadora visava também o superdimensionado setor

(4) Vale citar um testemunho valioso: “... Não concordo com a recente visão revisionista ... de uma significativa contribuição do Encilhamento ... para o desenvolvimento econômico do Brasil e em particular para sua industrialização. ... Sua contribuição para o crescimento da indústria e o desenvolvimento da economia parece ter sido pequena”. (GOLDSMITH, p. 109).

cafeeiro, e Murtinho, embora realmente não um industrialista, não pode ser acusado de ter protegido o café: a valorização cambial só podia prejudicar os cafeicultores, que aliás iriam reagir pouco depois. Quanto aos efeitos recessivos da deflação de 1898/1902 não parece haver evidência empírica a respeito das suas alegadamente grandes dimensões.

A fase final deste período, caracteristicamente chamada "Reerguimento Econômico" (1903/1913), constituiu o fruto positivo da amarga operação de saneamento empreendida por Murtinho. Com as finanças públicas equilibradas, com a inflação praticamente eliminada, com uma boa balança comercial, lastreada no café e na borracha, os capitais estrangeiros foram atraídos seja sob a forma de investimentos diretos, seja de empréstimos públicos. Estes permitiram ao governo ampliar substancialmente a parcela de suas despesas destinadas à formação de capital fixo, sobretudo no setor de transportes (VILLELA — SUZIGAN, pp. 414-417). Tudo isso contribuiu para o fortalecimento da posição cambial da moeda nacional. Ademais, os condicionamentos internos e externos já mencionados garantiram, nesse ambiente equilibrado, uma taxa de crescimento econômico e de expansão industrial superior à dos períodos anteriores. Como medida específica, vale lembrar a lei do similar nacional, já em 1914.

Entretanto, os fortes interesses ligados ao café provocaram, em face da debilitação da renda do setor devido à superprodução e à valorização cambial, uma ação de defesa através da retenção de estoques e limitação da oferta — o que foi feito pela Convenção de Taubaté (1906), iniciando um longo período de políticas de valorização artificial do produto. Ademais, para evitar as perdas, em moeda nacional, decorrentes da tendência ascendente do mil-réis no mercado de câmbio, criou-se a Caixa de Conversão (1906), que impedia a valorização da taxa de câmbio, dentro de um mecanismo de padrão-ouro. Esta desvalorização forçada constituiu, até certo ponto, uma proteção à indústria nacional. O conjunto de medidas de defesa do café teve eventualmente efeitos benéficos a curto prazo, porém a prazo mais longo agiu de modo nocivo, perpetuando o superdimensionamento do setor e permitindo aos países produtores concorrentes a entrada no mercado (5).

### 1914/1918

O setor externo deteriorou-se profundamente devido às perdas humanas e materiais provocadas pela guerra, à mobilização da produção dos

---

(5) "As operações de defesa foram bem sucedidas enquanto contaram com a conjugação de um grande número de fatores favoráveis, mas, dada a sua natureza, elas continham elementos de alta instabilidade, que, mais cedo ou mais tarde, teriam de se manifestar. A estabilidade cambial, concomitante com as operações de defesa, visava a impedir que a melhoria da taxa cambial diminuísse a remuneração dos agricultores em moeda nacional e, dessa forma, trabalhava eficazmente contra a diversificação da produção nacional e contra o desenvolvimento industrial" (DELFIN NETTO, p. 153).

países industrializados para os objetivos bélicos, às dificuldades de transporte (conversão da marinha mercante, guerra submarina), à retração de movimentos de capitais, praticamente bloqueados nos grandes países capitalistas — beligerantes. A revolução russa devia acrescentar mais um elemento de perturbação mundial. Por outro lado, perdeu-se parte da confiança no sistema político e econômico, e as exigências da guerra resultaram no aumento do intervencionismo estatal, uma vez que o liberalismo não pudera evitar a guerra e não era capaz de solucionar os problemas criados por ela.

Essa deterioração do setor externo não podia deixar de afetar um país, como o Brasil, fortemente dependente da exportação para geração de renda, e da importação de mercadorias e capitais para sustentação do desenvolvimento. De fato, o Brasil, graças à sua posição geográfica, não foi totalmente afetado no seu comércio exterior, principalmente graças à possibilidade de exportar dentro da área não atingida pela guerra. Por outro lado, foi necessário repetir as operações de valorização do café (1917-1920). E, como cessou o fluxo de capitais estrangeiros, determinou-se a suspensão do serviço da dívida externa (1914-1917). Ademais, as importações sofreram uma drástica redução. As dificuldades cambiais e financeiras provocaram o desequilíbrio orçamentário, a intensificação da inflação e a deterioração da posição cambial da moeda nacional (1914: fechamento da Caixa de Conversão). Não obstante, os investimentos públicos se mantiveram em nível elevado.

A propósito desse fechamento compulsório das importações surgiu a teoria dos “choques externos” (SIMONSEN R.; BAER; FURTADO; TAVARES), segundo a qual a escassez de produtos manufaturados importados ou, sob outra forma, a elevação dos preços relativos dos produtos importados em comparação com os nacionais constituiu uma verdadeira proteção e um incentivo para o desenvolvimento da indústria nacional. As estatísticas, contudo, indicam uma redução do ritmo de crescimento global e industrial e uma retração dos investimentos (VILLELA — SUZIGAN, pp. 145-150), — pelas razões antes expostas. Daí, a rejeição, pelo menos parcial, da tese tradicional (6). A rigor, pode-se admitir que o “choque externo” funcionou como uma advertência que incitou os agentes econômicos, depois de normalizada a situação internacional, a cuidar mais do crescimento da indústria. De modo geral, deve-se admitir que os surtos industriais não ocorreram durante os choques externos (as duas guerras mundiais e a Depressão), mas sim, nos períodos intermediários, de abertura do setor externo, tal como as estatísticas o identificam claramente.

(6) “... A Primeira Guerra Mundial aumentou consideravelmente a procura de artigos manufaturados nacionais, mas tornou quase impossível a ampliação da capacidade produtiva para satisfazer a essa procura... Poder-se-á até perguntar se a industrialização de São Paulo não se teria processado mais depressa se não tivesse havido guerra” (DEAN, p. 144).



O período de dez anos que se seguiu à Primeira Guerra Mundial foi, passada a crise de 1920, de volta progressiva à normalidade política e econômica e de reconstrução geral da economia internacional, embora sem a confiança e o otimismo anteriores. Em 1929 os níveis de produção nos principais países e para os principais produtos já haviam igualado, senão ultrapassado, os vigentes antes da guerra. As trocas internacionais expandiram-se fortemente acima dos valores de 1913, e o movimento internacional de capitais foi retomado, embora tenha sido prejudicial a mudança do centro financeiro de Londres para Nova York. Foi neste período que se intensificaram as relações econômicas do Brasil com os Estados Unidos.

Durante alguns anos sofreram-se, ainda, os reflexos da guerra, principalmente os perigos da inflação, a qual, aliás, ocorreu de forma violenta sobretudo na Alemanha, porém a idéia dominante foi a do retorno para o liberalismo, a ortodoxia monetária e financeira, o livre-cambismo e o padrão-ouro: este foi especificamente indicado como solução no *Cunliffe Report* de 1919, repetindo-se a recomendação no *MacMillan Report* de 1929. O sistema internacional sofreu pelo afastamento temporário da Alemanha, pelo fechamento da URSS e pelas alterações estruturais decorrentes da guerra, mas um esforço maior de cooperação internacional foi feito — com êxitos duvidosos através da Liga das Nações, e várias conferências internacionais (Gênova 1922 — Genebra 1927 etc.). As políticas econômicas nacionais orientaram-se dentro desses moldes, para a estabilização monetária e a integração no sistema internacional.

O Brasil seguiu a mesma orientação e, aproveitando a expansão do comércio internacional, conseguiu aumentar, principalmente a partir de 1924, as suas exportações (7). Embora o governo tenha se omitido em termos de investimentos (a parcela da despesa federal destinada a este fim foi insignificante), o crescimento acentuado da receita da exportação — ainda o setor dinâmico da economia — as oportunidades de importação, a atitude mais positiva dos empresários (depois da “advertência” do choque externo), as facilidades concedidas aos investimentos estrangeiros (sobretudo na siderurgia e na indústria do cimento) garantiram bons níveis de investimento e taxas favoráveis de crescimento global e industrial. Por outro lado, continuou-se a política da valorização do café (já aceitando-se a idéia “de defesa permanente” do café após a valorização de 1921/1924), o que contribuía para uma inadequada alocação de fatores de produção e para o superdimensionamento do setor cafeeiro, situação crítica já antes da Grande Depressão.

---

(7) “Entre 1922 e 1929 ainda se registraria um período de grande dinamismo da economia internacional, o que permitiu ao Brasil realizar grande volume de importações de bens de capital para as indústrias têxteis e de alimentos, principalmente, viabilizando-se desse modo o crescimento da produção industrial nos anos 30 ...” (CARLOS VON DOELLINGER — Introdução — in: SIMONSEN — GUDIN, p. 4).

Não obstante o comportamento relativamente satisfatório da indústria e da economia como um todo — de qualquer maneira, muito melhor do que durante o “choque” da Guerra Mundial — considera-se que o progresso foi prejudicado pela insegurança da política monetária e financeira e, sobretudo, pela insistência da volta ao padrão-ouro: Caixa de Estabilização — 1926 — criada nos moldes da Caixa de Conversão de 1906. Como então, a estabilização foi feita a um nível subvalorizado, o que pode ter favorecido a indústria. Obviamente, pode-se censurar muitos conceitos da ortodoxia monetária (VILLELA — SUZIGAN, pp. 153-159), porém as estatísticas mostram que, apesar de tudo, o período foi positivo. De fato, as manchas do quadro podiam ser detectadas, também, em dimensões internacionais.

### 1930/1932

Depois do *crash* na Bolsa de Nova York em outubro de 1929, os Estados Unidos mergulharam numa profunda e prolongada depressão até 1935 ou mais, a qual, devido à interdependência econômica e ao papel preponderante dos Estados Unidos na economia internacional, se espalhou, afetando a maioria dos países via retração do movimento de mercadorias e capitais. Vários setores da produção, principalmente na indústria, sofreram drásticas reduções: é suficiente citar o aço com queda de 58%, a hulha com 28%, o petróleo com 12%, os automóveis com 69% — entre 1929 e 1932. O produto interno bruto caiu verticalmente em todos os países industrializados, o comércio internacional teve reduzido em 65% o seu valor (exportação, mais importação) entre 1929 e 1935. Por outro lado, o crédito internacional ficou desorganizado e paralisado, contribuindo para o encolhimento do comércio. A reação a esses percalços foi o aumento do intervencionismo estatal (por exemplo, o *New Deal* norte-americano) e a adoção de políticas nacionais de defesa, as quais contribuíram, ainda mais, para o estancamento e retraimento das relações econômicas internacionais.

O Brasil ressentiu-se, obviamente, dessa grave mudança de cenário. Entre 1929 e 1932 (pois a depressão foi aqui de menor duração) o PIB acusou uma taxa de crescimento ligeiramente negativa, acontecendo o mesmo com a produção industrial. A receita da exportação caiu 61% e as relações de troca se deterioraram, reduzindo drasticamente a capacidade de importação, condição indispensável para manter o ritmo dos investimentos (no mesmo período a despesa de importação caiu 75%). Ademais, estava fechado o acesso aos capitais internacionais, o que exigiu uma série de medidas de defesa, culminando, mais tarde, com a suspensão do serviço da dívida externa. O “choque” foi desta vez mais duro, pois a recessão mundial não permitiu acharem-se oportunidades locais de comércio exterior como durante o “choque”, anterior, da Primeira Guerra Mundial.

No plano interno, o País conheceu uma revolução que pretendeu mudar o estilo de governo, com uma orientação mais nacionalista, com

uma participação mais ativa do Estado na economia — aliás como em outros países — com mais atenção para a industrialização e o desenvolvimento<sup>(8)</sup>, bem como para os problemas trabalhistas (1930: Ministério do Trabalho; 1934: Consolidação das Leis Trabalhistas). O espírito de renovação criou um clima favorável ao desempenho econômico.

Não se pode dizer, contudo, que, com esses novos rumos, o governo tenha abandonado os interesses do café. Pelo contrário, a grave crise que afetou o setor cafeeiro promoveu um plano de defesa mais ousado do que anteriormente através da compra a preço baixo, e do armazenamento e da queima dos excedentes. Certos analistas consideraram as operações como de caráter keynesiano, para defesa de renda do café (FURTADO, pp. 220-224), mas a tese foi combatida (PELAÉZ — I — pp. 75-108) sob o argumento de que a compra de excedentes foi feita com meios ortodoxos — créditos — e não com criação artificial de moeda. Pode-se, entretanto, admitir que a política de valorização manteve um certo dinamismo do importante setor cafeeiro. A saída da depressão não teria uma explicação na defesa do café e, sim, nas emissões de moeda provocadas pela revolução de 1932, bem como na moratória agrícola instituída pelo chamado "Reajustamento Econômico". Papel expansionista tiveram, também, os saldos comerciais e a permanente desvalorização da moeda no mercado de câmbio.

1933/1939

Continuando a tendência manifestada logo depois do agravamento da Grande Depressão, o período se caracterizou pelo aumento do intervencionismo estatal e pelas políticas nacionais de defesa, que acentuaram a ruptura do sistema internacional. Num intrincado processo de causas e efeitos, as dificuldades econômicas foram acompanhadas pela deterioração do quadro político e as perspectivas de uma inevitável nova guerra se refletiram no aumento do dirigismo e do nacionalismo econômico. A revolução keynesiana ofereceu apoio teórico à intervenção estatal, mas, sob os golpes dos fatos adversos, o próprio liberalismo passou por uma crise de que começou a se recuperar somente depois da Segunda Guerra Mundial. As poucas tentativas de cooperação econômica internacional mais importante (Conferência de Londres — 1933) foram fadadas ao fracasso. Por outro lado, os sucessos da experiência soviética, obtidos com sacrifícios desconhecidos na época, pareciam testemunhar a favor de um sistema de intervenção mais profunda através da planificação centralizada. Nessas condições precárias, a economia mundial recuperou-se apenas parcialmente, de modo que, na eclosão da guerra, em 1939, as atividades econômicas, na maioria dos casos, ainda não haviam atingido os níveis de 1929.

(8) "Na era de Vargas, verificou-se um acentuado aumento na autoridade e na capacidade do governo nacional. Os responsáveis pelas diretrizes políticas do Brasil traçaram uma orientação para o futuro e suscitaram uma confiança nos destinos da nação que, em seu sentido mais amplo, configuram o que se poderia denominar "nacionalismo desenvolvimentista" (WIRTH, p. 193).

O panorama foi parecido no Brasil, mas a recuperação foi mais acentuada, podendo-se falar de um verdadeiro surto industrial (mais uma vez, depois do choque externo), garantido graças a um equilibrado aproveitamento do setor externo, (importações seletivas), malgrado os níveis, ainda baixos, da exportação, da importação, das relações de troca e da capacidade de importar (VILLELA — SUZIGAN, pp. 439-441).

Como linha-mestra do pensamento econômico, verificou-se também, no Brasil, o intervencionismo estatal, sustentado nos preceitos do nacionalismo econômico, da auto-suficiência (logo, do esforço industrialista), bem como do populismo, com maior atenção pelos problemas trabalhistas, como já foi aludido. O governo, sem tornar-se ainda empresário, acentua sua atuação direta na economia, não apenas de forma normativa, mas também através de instituições, como, por exemplo, no setor ainda prioritário da exportação, os Institutos do Açúcar e Alcool, do Mate, do Cacau. Multiplica-se a legislação econômica (Código de Minas, Código de Aguas, etc.), bem como os órgãos de orientação e controle (Departamento Nacional do Café, Conselho Nacional do Petróleo, etc.). Acentua-se, também, atividade empresarial do governo, que em 1937 chegou a deter 71% das ferrovias. No mesmo ano foi fundado o Lloyd Brasileiro. Quanto ao amparo direto à indústria e à economia em geral, vale mencionar a criação da Carteira de Crédito Agrícola e Industrial do Banco do Brasil (1937) e, no fim da guerra, da Superintendência da Moeda e Crédito (1945). O intervencionismo torna-se mais sistemático através dos primeiros órgãos normativos de planejamento (Conselho Federal de Comércio Exterior — 1934, Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Econômica — 1939), mas essa tendência vai firmar-se na época seguinte (LORENZO — FERNANDES, pp. 154-165). Os resultados foram satisfatórios, dadas sobretudo as circunstâncias, com um bom crescimento da economia e particularmente da indústria, que aproveitou a capacidade ociosa deixada pela depressão. Surgiu também a idéia da criação de uma grande siderurgia nacional.

1940/1945

A Segunda Guerra Mundial teve, mais que a primeira, o caráter de guerra total, tanto no sentido do envolvimento de quase todas as nações, quanto pela mobilização de toda a população — militares e civis — e de todos os recursos dos países envolvidos. Verificou-se, mais uma vez, uma ruptura do sistema econômico internacional não apenas devido às destruições provocadas pela guerra (guerra submarina, aérea etc.), mas também devido ao fato de que a produção dos países beligerantes, sobretudo do Centro, se destinava prioritariamente à guerra — o mesmo acontecendo com o sistema de transporte e o movimento de capitais.

O comércio internacional retraiu-se e o produto real diminuiu entre os países envolvidos, com a grande exceção dos Estados Unidos, devido à sua posição geográfica e ao seu poderio econômico. Os problemas da escas-

sez e da canalização dos recursos para os objetivos bélicos exigiram maior interferência dos governos na economia e incentivaram as práticas do planejamento estatal como medida de emergência, embora o pensamento liberal resistisse no plano teórico. Cresceu, também, com vistas ao pós-guerra, a idéia de cooperação internacional, não apenas no plano político, mas também no econômico. Daí, a preparação, desde antes do fim da guerra, da ONU, do BIRD, do FMI e outros.

A guerra teria representado outro “choque externo” no sentido de um colapso das relações com o exterior, protegendo a indústria nacional e beneficiando o desenvolvimento. Mas não foi exatamente isso. Em primeiro lugar, os índices de produção global e industrial caíram no período. Os índices de investimento industrial, também, visto que se perderam as fontes de recursos necessários — capitais, equipamentos e tecnologia. Em compensação, embora se tornasse inacessíveis muitos dos parceiros comerciais do Brasil, o País não ficou isolado: o seu comércio de exportação se manteve graças as linhas abertas de abastecimento aos Aliados via Estados Unidos e de fornecimento de produtos industriais às zonas não industrializadas ainda acessíveis (América Latina e África do Sul). Esta última circunstância — de abertura e não de fechamento — se constituiu em bom suporte para a indústria nacional, que, utilizando ao máximo a capacidade disponível, atendeu à demanda. Mas não houve verdadeira substituição de importações. Ademais, a utilização intensiva dos equipamentos representou um desinvestimento (BUESCU, IV, pp. 92-100). Bloqueado de importar, o País acumulou grandes saldos de divisas que foram pouco aproveitadas no pós-guerra.

Com o setor público intensificando sua atividade empresarial (Cia. Vale do Rio Doce, Cia. Siderúrgica Nacional, etc.), respaldado numa filosofia de autarcia e nacionalismo econômico<sup>(9)</sup>, firmou-se a tendência planejadora em âmbito nacional, malgrado as resistências liberais (SIMONSEN — GUDIN, *passim*).

1946/1973

No ambiente internacional, o período foi marcado, sob o ângulo político, por duas características conflitantes que agiram em sentido diferente sobre a economia: a cooperação internacional e a divisão do mundo em dois grupos, capitalista e comunista. A primeira característica teve como manifestação a criação da organização das Nações Unidas e suas complementações: Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento, Fundo Monetário Internacional e outras (GATT, UNCTAD, etc.) que dentro de um ambiente relativamente pacífico (paz atômica), contribuam para a recons-

---

(9) “Foi dentro dessa acentuação do espírito nacionalista e autárquico — que ficaria contabilizado no ativo da guerra — que se continuou o processo (de desenvolvimento) iniciado nos tempos anteriores ... mas, contrariamente à teoria tradicional, não se deve esquecer que o próprio setor externo não sofreu paralisa total. Pelo contrário, foi fonte ainda aproveitável de recursos” — e de oportunidades (BUESCU — IV, p. 165).

trução no pós-guerra (como instrumento adicional, o Plano Marshall) e para a sustentação do desenvolvimento econômico. Organismos regionais se acrescentaram, tais como a Comunidade Econômica Européia, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, a Associação Latino-Americana do Livre Comércio, etc.

O problema do desenvolvimento no Terceiro Mundo se tornou preocupação de primeiro plano. Infelizmente, a organização do sistema financeiro internacional mostrou-se cada vez mais deficiente.

Por outro lado, a divisão do Mundo resultou em tensões perpétuas, em aumento das despesas armamentistas, em limitações da cooperação internacional (os países comunistas não participaram em muitas das organizações econômicas internacionais) e até em conflitos regionais (Coreia, Indochina, Vietname) que agravaram os aspectos negativos apontados.

Não obstante, o crescimento econômico continuou firme, lastreado nos progressos tecnológicos, na possibilidade de mobilizar fatores de produção e na capacidade de capitalização em escala internacional. Continuou, no mundo livre, a predominância do sistema de economia mista, misturando-se o fortalecimento do liberalismo e o intervencionismo com objetivos sociais (*Welfare State*).

O Brasil, que já tinha alcançado certa base para deslanchar um desenvolvimento mais acelerado (arranco), aproveitou as condições externas e internas, ingressando numa fase, de quase um quarto de século, de excelente desempenho econômico, interrompido apenas por um triênio infeliz, de fins de 1961 até início de 1964, devido às perturbações políticas e sociais. O período abrangido por este capítulo deve ser, portanto, dividido, em três fases: 1946/1961, 1962/1964 e 1965/1973.

A primeira fase, abrangendo as presidências Dutra, Vargas e Kubitschek caracterizam-se por excelentes resultados, sobretudo na parte final, em termos de crescimento econômico e de alterações estruturais, embora com uma boa dose de potencial inflacionário. A conjuntura externa — política e econômica — foi favorável e a situação política interna foi equilibrada, exceto entre 1954 e 1956. Os investidores nacionais e estrangeiros foram mais ativos — a confiança e o otimismo foram fatores psicológicos de um certo peso —, mas também o governo teve uma atuação mais decidida, uma consciência mais nítida de seu papel desenvolvimentista<sup>(10)</sup>. Sem dúvida, isso conferia um impulso ao intervencionismo e à estatização. Entre as instituições criadas para sustentar a expansão econômica destacou-se o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (1952). A atividade empre-

---

(10) "O núcleo da política econômica de Kubitschek consistiu na congregação da iniciativa privada — acrescida substancialmente de capital e tecnologia estrangeiros — com a intervenção contínua do Estado, como orientador dos investimentos através do planejamento. O governo se transforma em instrumento deliberado e efetivo do desenvolvimento econômico" (BENEVIDES, p. 202).

sarial do Estado manifestou-se na criação da Petrobrás (1953) e Eletrobrás (1961), seguida de muitas outras, em vários setores industriais. Menores cuidados mereceram a agricultura, o desenvolvimento social e a educação.

O desenvolvimento, confundido em grande parte, sobretudo nesta fase, com o industrialismo, foi matizado, em vários momentos, por um certo nacionalismo econômico, como no caso da campanha "o petróleo é nosso" (WIRTH; BRESSER PEREIRA). Para atingir objetivos propostos desenvolveu-se, cada vez mais, a técnica de planejamento, em formas crescentemente abrangentes, desde o Plano SALTE (1950), o Relatório da Comissão Mista Brasil — Estados Unidos COMBEU — (1953) e o plano de Reaparelhamento Econômico (1954) até o Plano de Metas (1956) (MALAN; LAFER). Um importante instrumento de dirigismo centralizado foi o Conselho Nacional de Desenvolvimento (1956).

A ênfase anteriormente dada às exportações de produtos primários foi nitidamente abandonada, adotando-se um modelo industrialista que funcionou na base da substituição de importações — um modelo que apresentava várias facilidades para os investidores. A industrialização concentrou-se sobretudo no setor de produção de bens de consumo duráveis, no qual se destacou a indústria automobilística, com maciça contribuição do capital e tecnologia estrangeiros, mas a adoção de tecnologia capital-intensiva pode ter prejudicado a criação de empregos.

O modelo funcionou graças a uma série variada de medidas de proteção; principalmente de caráter cambial e comercial: licenças de importação; ágios na importação e bonificações na exportação, para compensar a desatualização do câmbio oficial; taxas de câmbio preferenciais: Instrução n.º 70/1953, da SUMDC e Lei de tarifas n.º 3.244/1957 — "custo de câmbio" para importações preferenciais; incentivos setoriais, não dispensando o aporte dos capitais estrangeiros (Instrução n.º 113/1955). Entretanto, o Plano de Metas, sem respaldo financeiro, propiciou o início de um processo inflacionário que iria agravar-se subseqüentemente por razões pouco válidas. O problema das relações entre a inflação e o desenvolvimento desatou uma prolongada controvérsia em que se manifestou, com bastante força durante um tempo, a corrente estruturalista, combatida, com sucesso, pelos economistas ortodoxos (uma exposição concisa em: SIMONSEN M. H. — I).

Foi um modelo, em grande parte, fechado, que cuidou muito pouco da expansão das exportações — o que criou estrangulamentos no balanço de pagamentos, produtos de exportação gravosos, atrasados comerciais, logo dificuldades com os credores externos. Contudo surgiram idéias de cooperação internacional no Continente (Operação Pan-Americana, Aliança para o Progresso, ALALC).

Por outro lado, o modelo continuava a tendência de concentração regional da renda, mas intenções redistributivas tornaram-se mais atuantes (SPVEA — Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Ama-

zônia — 1951; e sobretudo SUDENE — Superintendência do Desenvolvimento Econômico do Nordeste — 1958).

Depois da mencionada fase de perturbações políticas e sociais de 1962 a 1964, cujo resultado foi a queda do crescimento econômico, o agravamento da inflação e a deterioração das relações internacionais, e a malograda tentativa de ordenação econômica, consubstanciada no Plano Trienal (1963), uma nova fase de recuperação começou em 1964, mas, devido às medidas de saneamento e a indecisão dos agentes econômicos, o crescimento foi retomado somente a partir de 1966. O conjunto de medidas foi arquitetado dentro de um planejamento mais consistente, cristalizado no PAEG — Programa de Ação Econômica do Governo, (1964) — típico do sistema misto da economia<sup>(11)</sup>. Esse saneamento abrangeu, em primeiro lugar, o combate à inflação através de equilíbrio orçamentário e da contenção monetária e creditícia: depois de dois choques, em 1965 e 1966, a inflação caiu do patamar de 80-90% a.a. para 25-30% a.a., continuando, depois, uma lenta descida. Foi, entretanto, criado o instituto da correção monetária como defesa das rendas reais, enquanto se procedia ao estancamento da inflação.

Este novo modelo, continuado nos planos subsequentes (Plano Estratégico de Desenvolvimento — 1968; Metas e Bases — 1970; I Plano Nacional de Desenvolvimento — 1972) consistia, diferentemente da fase anterior, num modelo aberto que visava captar a poupança e a tecnologia externas, sob forma de investimentos e empréstimos, com vistas à aceleração do desenvolvimento econômico (GALVÊAS — II). A abertura para o exterior exigiu um especial cuidado com a expansão e diversificação das exportações através de uma política cambial realista e de incentivos fiscais e creditícios, sobretudo para exportações de produtos manufaturados, além da negociação da dívida externa (SILVA — BUESCU, pp. 171-204). Quanto aos seus riscos, manifestaram-se apenas mais tarde, após 1973, devido à deterioração do cenário internacional (choques do petróleo 1973 e 1979). Os recursos internos e externos permitiram investimentos substanciais pelo governo (infra-estrutura) e pelos particulares (indústria).

Merece destaque o esforço de renovação institucional, com a organização do sistema bancário (bancos de investimento, etc.) e a criação do Banco Central (Lei n.º 4.535/1964) e a organização do mercado de capitais (Lei n.º 4.728/1965), bem como as medidas visando à redistribuição da renda pessoal e regional (Plano Nacional de Habitação, Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, PIS, incentivos regionais — PIN, Proterra. Entretanto,

---

(11) "O programa não tem a pretensão de se apresentar como um plano de desenvolvimento, mas apenas um programa de ação coordenada do governo no campo econômico ... Procurou-se formular uma estratégia de desenvolvimento... A ação governamental complementa, mas, não necessariamente, substitui os mecanismos do mercado... Numa economia onde predomina a livre empresa, esse conteúdo (de decisões governamentais) forçosamente se restringe à esfera de decisão dos poderes públicos" (PAEG, pp. 13-16).



no que tange ao distributivismo, os resultados foram muito modestos e às vezes negativos (LANGONI — II). Isso deu lugar a uma árdua discussão nos meios econômicos e políticos (uma breve exposição em: LORENZO — FERNANDES, pp. 263-269).

De qualquer modo, o País passou, entre 1967 e 1973, por uma fase de forte crescimento econômico, lastreado sobretudo na indústria que começou a firmar-se no ramo de bens intermediários, energia e bens de capital e passou para a conquista de mercados externos.

### 1974/1988

Em fins de 1973, o panorama econômico mundial mudou por completo em decorrência do primeiro "choque do petróleo", a brusca e forte elevação dos preços de venda do petróleo pelo cartel da OPEP. Isso desencadeou uma série de efeitos nocivos em todos os países importadores de petróleo, inclusive países industrializados, a começar pela criação de um foco inflacionário generalizado, desequilíbrio do balanço de pagamentos e políticas nacionais de defesa, protecionistas, tendo como resultado a recessão — desaceleração ou mesmo recuo do crescimento — e desemprego. Entretanto, os petrodólares alimentaram a liquidez internacional, baixando as taxas de juros — o que propiciou um forte endividamento externo dos países em desenvolvimento.

O segundo choque do petróleo, em 1979, acentuou esses aspectos negativos, no momento em que o Mundo se dirigia para a normalização, principalmente os países industrializados, graças ao seu potencial econômico. Por outro lado, houve, além da aludida divisão política do Mundo, desequilíbrios decorrentes de guerras locais, porém não desprovidas de gravidade (Vietname, Oriente Médio, Afeganistão), bem como da inadequada política monetária e financeira dos Estados Unidos e da ineficiência da organização financeira internacional (SAMPSON, SOLOMAN). Os desequilíbrios se manifestaram, entre outras, na alta vertical das taxas de juros, onerando os países em desenvolvimento, já fortemente endividados. Seguiram-se graves perturbações, ao mesmo tempo que o sistema financeiro internacional entrou praticamente em colapso (reunião do FMI, Toronto, 1982).

Mais uma vez, entretanto, os países industrializados superaram a crise, o crescimento foi retomado, os preços do petróleo caíram e igualmente as taxas de juros. No final do período acentuou-se a volta para um sistema econômico mais liberal, inclusive em vários países socialistas (China, Hungria, URSS após a *perestroika*).

O Brasil, como os demais países em desenvolvimento, sentiu duramente as mazelas do novo cenário após 1973. Em primeiro lugar, o desequilíbrio da balança comercial devido ao aumento da despesa com a compra de petróleo. Daí, compressão das demais importações necessárias ao desenvolvimento, desequilíbrio do balanço de pagamento, desvalorização cambial e pressões

inflacionárias. Dentro da técnica do planejamento, continuada e acentuada pelo II Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico (1974), o governo agiu no sentido de manter, malgrado as condições adversas, um razoável ritmo de desenvolvimento através de um esforço maior de substituição de importações, prioritariamente de bens de capital, (merece destaque, contudo, o Plano Nacional do Alcool para substituir o petróleo), ao mesmo tempo que se empenhava em planos de maior integração nacional. Em face da escassez de recursos provocada pela crise, optou-se para o recurso à poupança externa, aproveitando as taxas internacionais de juros baixos, às vezes negativas em termos reais. As medidas antiinflacionárias foram menos bem sucedidas, mas o fato é que o País conseguiu manter, até 1980, boas taxas de crescimento <sup>(12)</sup>.

Infelizmente, esses esforços foram frustrados pelo segundo choque do petróleo e, ainda mais, pela brusca e vertical escalada das taxas de juros que começaram a incidir sobre uma dívida externa acumulada durante a fase de juros baixos. A manutenção do equilíbrio do balanço de pagamentos exigiu a rolagem da dívida, num processo em bola de neve, que pesou, cada vez mais, sobre a economia do País. Ademais, como os mesmos problemas afetavam uma porção de países endividados, o sistema financeiro internacional se mostrou incapaz de enfrentar e solucionar o impasse.

O Brasil conseguiu, ainda, defender-se e manter um ritmo razoável de crescimento econômico, ao mesmo tempo que lutava, um tanto ineficazmente, contra a inflação crescente. Dentro deste cenário, o planejamento tornou-se mais flexível, mais pragmático, como se mostrou no III Plano Nacional de Desenvolvimento (1980) que procurou resolver três problemas parcialmente conflitantes: equilíbrio do balanço de pagamentos, manutenção de crescimento e combate antiinflacionário <sup>(13)</sup>. Essas medidas foram objeto

(12) "A opção de captar a poupança externa para enfrentar o hiato de recursos sem frear demasiado o desenvolvimento encontrava uma justificativa técnica no fato de que com a inflação crescente, as taxas reais de juros (internacionais) ou, pelo menos, algumas delas eram negativas... Entretanto, as limitações do balanço de pagamentos exigiram uma atenção especial para os problemas da área externa, dentro dos horizontes vislumbrados, a partir de 1973... Assim, preferiu-se implementar uma política gradualista, procurando-se absorver paulatinamente os efeitos da crise mundial, mediante o aproveitamento de nossas potencialidades e a mobilização de nossas riquezas naturais" (GALVEAS — I, pp. 95-96).

(13) "Dentro da estratégia do III PND, a compatibilidade dos três objetivos básicos, parcialmente conflitantes (crescimento, balanço de pagamentos e inflação), devia efetivar-se através da concentração dos esforços em três setores prioritários: energia para redução da dependência externa, graças ao aumento da produção nacional de petróleo e ao desenvolvimento de fontes energéticas alternativas (sobretudo álcool); exportação — para garantir a cobertura das importações essenciais e criar superávit comercial destinado a aliviar o balanço de pagamentos; e agricultura e mineração — para sustentar o crescimento sem ônus sobre as importações, para aumentar a receita de divisas com maior oferta de produtos de exportação e para reduzir as pressões inflacionárias sobre os gêneros alimentícios" (GALVEAS — I, pp. 153-154).

de acirradas críticas, sobretudo por considerações políticas (v. GALVÊAS — I).

No último lustro do século focalizado, apesar da nítida melhora da economia internacional como já foi mencionado, a economia brasileira se debateu com enormes dificuldades, necessitando enfrentar permanentes e penosas negociações para administrar a dívida externa. Por outro lado, a mudança do regime político e as instabilidades dela decorrentes, bem como as práticas demagógicas, agravaram o processo inflacionário, principalmente em decorrência do crescente déficit público. A tentativa de debelar a inflação, erroneamente diagnosticada como inflação puramente inercial, através do Plano Cruzado (14), teve aparentemente um resultado positivo, de curtíssima duração, perturbando, entretanto, toda a estrutura da economia, de modo que, ao voltar a inflação com ímpeto redobrado, foi acompanhada de uma forte desaceleração do crescimento econômico. As negociações, a respeito do reescalonamento da dívida externa foram afetadas pela questionável declaração de moratória externa (fevereiro de 1987), cancelada em 1988 — o que permitiu subsequente o bom encaminhamento do problema. Abandonando, com razão, o planejamento de longo prazo num ambiente inseguro e flutuante, o governo adotou planos limitados em alcance e duração, às vezes conflitantes, sem conseguir, por enquanto, debelar a inflação (ainda lastreada num forte déficit público) e sem mostrar suficiente força e credibilidade para assegurar a retomada do desenvolvimento. O processo está em curso (despacho de 1988).

### 3. Alterações dimensionais e estruturais

Em 98 anos, entre 1889 e 1987, a população brasileira cresceu 10,2 vezes, de 13,9 milhões para 141,3 milhões de habitantes. A taxa geométrica média foi de 2,6% ao ano: até meados do atual século oscilou entre 2,1 e 2,4% ao ano, intensificou-se até a média anual de 3,0% nos anos 50, caindo para 2,9% nos anos 60 e 2,5 na década 1970/1980. Como detalhes do crescimento demográfico, anote-se que a fecundidade feminina se reduziu de 6,2-6,3% em 1940/1960 para 5,8% em 1970 e 4,4% em 1980, mas a

(14) "O Plano Cruzado representa, simplesmente, um congelamento de preços e salários, objetivando terminar com a inflação inercial, no pressuposto de que o processo de realinhamento através dos mecanismos de correção monetária generalizada é que sustentava a inflação elevada no Brasil... Entretanto, como o congelamento puro e simples não dava solução permanente aos problemas estruturais e não cuidava diretamente da eliminação das causas fundamentais da inflação — que não era simplesmente inercial, como alardeado — essa medida inicial, esse tratamento de choque deveria ser, necessariamente, acompanhado de outras medidas complementares" (GALVÊAS — II, pp. 61-62). "A importância excessiva atribuída à inflação inercial obscureceu o valor de outras causas clássicas de pressão sobre os preços, atribuindo-se às antecipações dos agentes econômicos o poder explicativo do aumento de preços. Vale a respeito relembrar que entre 1964 e 1978, a despeito da indexação (correção monetária), as taxas anuais de inflação foram constantemente cadentes" (CHACEL — p. 53).

mortalidade infantil caiu progressivamente de 15,8% em 1930/1940 até 8,8% em 1970/1980. Quanto à esperança de vida, cresceu de 42,7 anos em 1930/1940 para 52,4 anos em 1950/1960 e 60,1 anos em 1970/1980.

Comparada com a de outros países em desenvolvimento, a taxa de crescimento demográfico não parece exorbitante — por exemplo, são as da Argentina, Colômbia, México em meados do século (KUZNETS — I, p. 17, BAIROCH — I, pp. 252-253), porém são excessivas em cotejo com as atingidas pelos países desenvolvidos, inclusive na sua fase de arranco — por exemplo, 1,5% para a Inglaterra e 0,6% para a França no período 1800/1830 (BAIROCH — II, pp. 216 e 279). O efeito em termos de crescimento *per capita* foi diferente. Por exemplo, o PIB da Inglaterra cresceu de 1800 a 1889, apenas 2,4% a.a., mas com o crescimento populacional de 1,0% a.a., o PIB *per capita* aumentou à razão de 1,4% a.a. No Brasil, de 1889 a 1939, o PIB cresceu 3,8% a.a., mas, devido à expansão demográfica anual de 2,2%, o PIB *per capita* mal conseguiu a taxa de 1,6% ao ano.

O fato constitui um elemento negativo, não apenas pelo efeito aritmético sobre a renda *per capita*, mas, também mais, nos demais reflexos: aumento da parcela de população economicamente inativa, necessidade de fortes investimentos em infra-estrutura e educação, forte necessidade de criação de empregos.

Essa carga foi parcialmente aliviada no início do século em pauta graças ao grande contingente de imigrantes, o qual, na década 1890/1899, somou 1,2 milhões de pessoas, ou seja, 8,6% sobre a população inicial. O fluxo se reduziu paulatinamente, com um recrudescimento parcial em 1913/1919 e 1950/1959. Mas as entradas decenais não representaram mais do que cerca de 1% do volume da população.

Apesar do aumento da área cultivada, a expansão demográfica fez com que a densidade real (população/área cultivada) crescesse de 182 pessoas/100 ha em 1900 para 243 pessoas/100 ha em 1980. Deve-se levar em conta, entretanto, que a área cultivada representava em 1980, 13,3% da área ocupada e esta, por sua vez, abrangia 43,4% da área total. A densidade demográfica global subiu de 1,64 hab/km<sup>2</sup> em 1889 para 14,1 hab/km<sup>2</sup> em 1987.

Uma alteração estrutural, normal em si, foi o crescimento da população urbana, intensificado nas últimas décadas devido, por um lado, à forte expansão demográfica e, por outro, à incapacidade do campo de reter sua população. Mais adiante, se verá o efeito em termos de distribuição da população ativa e produtividade. Por enquanto, anote-se que em 1900 as capitais dos 21 estados somavam 2,0 milhões de habitantes — 11,6% da população total. Em 1980 as mesmas capitais englobavam 26,0 milhões de habitantes — 21,8% do total. Incluindo as capitais dos estados criados no intervalo, a população somava 28,6 milhões — 24,0 do total. De fato, os critérios da “urbanização” são bastante relativos e faltam dados a respeito do início da República, mas, de acordo com o critério oficial, a

população urbana, que representava 31,2% do total em 1940, passou para 44,7% em 1960 e 67,6% em 1980. Mais grave é o modo desordenado e inconsistente em que se processou tal evolução.

### *Crescimento econômico*

Ao longo dos anos em foco, o produto real brasileiro cresceu a uma taxa geométrica de 4,8% ao ano. Sem dúvida, não foi — nem podia ser — uma evolução linear. Observando as taxas das várias fases delimitadas de acordo com a periodização adotada, aparecem as flutuações, como se vê no Quadro I (as taxas para o período 1890/1913 foram tiradas de GOLDSMITH/HADDAD; para 1924/1946, HADDAD; depois, FGV e IBGE). A observação básica é que as menores taxas, às vezes negativas, surgem nos momentos de crise do sistema político mundial ou nacional ou nas fases depressivas da economia internacional: 1914/1918 — Primeira Guerra Mundial; 1930/1932 — a Grande Depressão; 1940/1946 — Segunda Guerra Mundial; 1963/1966 — perturbações sociais e políticas internas — Revolução de 1964; 1981 — crise do sistema financeiro internacional, em seguida aos choques do petróleo. A informação constitui um primeiro desmentido à conhecida teoria dos “choques externos”, isto é, que os surtos industriais, com efeito desenvolvimentista, teriam ocorrido durante e devido ao colapso do mercado internacional. Pelo contrário, as melhores taxas se verificaram em períodos de relativo equilíbrio político e econômico interno e externo: 1903/1913, 1919/1929, 1933/1939, 1947/1962, 1967/1980 e 1984/1987 (neste último caso, um tanto paradoxalmente, pois as mencionadas condições sofreram sérias limitações — a explicação seria que o organismo econômico se tornara bastante forte para resistir aos abalos).

As informações macroeconômicas disponíveis a partir de 1947 (FGV) e as estimadas para os períodos anteriores (BUESCU — II, pp. 160-165; BUESCU — IV, pp. 159-163) indicam que o período do arranco se situaria entre as décadas de 30 e 50 — mais provavelmente após a Segunda Guerra Mundial — quando a formação líquida de capital teria subido para 10-15% do PIB, segundo o critério de W. W. ROSTOW, embora, evitando uma visão simplista, seja mister anotar terem-se firmado na época outras condições estruturais, tais como “um arcabouço político, social e institucional ... que imprima ao desenvolvimento um caráter constante” (ROSTOW, p. 52).

Outrossim, as taxas de crescimento do PIB são favoravelmente comparáveis com as registradas pelos países industrializados na época de seus arrancos (dados detalhados em KUZNETS — I, p. 14) ou pelos países subdesenvolvidos em épocas mais recentes: em 1960/1968 América Latina, 5,0% a.a.; Ásia 4,5% a.a.; África 4,0% a.a. (BAIROCH — I, pp. 252-253).

Apesar da elevada taxa de expansão demográfica, o produto *per capita* registrou, também, um crescimento razoável, com flutuações, e a taxas baixas ou negativas nos seis momentos de crise, já mencionados. A média geométrica anual foi de 2,3%, mas as taxas variaram entre —3,9% (1981/1983) e 5,8% (1967/1980) — (v. Quadro I). Essas taxas, também, compararam-se favoravelmente com as atingidas pelos países industrializados na fase do seu arranco, (BAIROCH — II, pp. 272 e 346), porém, em tempos mais recentes, os resultados *per capita* do Brasil se viram prejudicados pela forte taxa de crescimento populacional, como já indicado.

No Quadro II foram calculados, por extrapolação, a partir do resultado efetivo registrado em 1970, o PIB global e *per capita*, em dólares norte-americanos (de 1970 a fim de eliminar as subseqüentes distorções inflacionárias). Em valores correntes, informa-se que o PIB de 1987 teria sido de US\$ 325 bilhões, correspondente a US\$ 2.300 *per capita*. Mesmo descontando a desvalorização do dólar, ficam muito distantes os US\$ 88 de 1889.

As comparações internacionais de longo prazo são aleatórias, mas parece que, afinal, se reduziu o hiato entre o Brasil e os países desenvolvidos tradicionais. Em 1900, a relação de renda *per capita* Inglaterra/Brasil era de 12,0:1, EUA/Brasil 15,1: 1. Em 1970 as proporções teriam caído para 5,4: 1 e 11,3: 1 (BUESCU — I, p. 111; GALVÊAS — III, pp. 175-177). O progresso foi pequeno, mas, pelo menos, parece ter sido afastado o espantinho do *gap* crescente em relação aos países mais avançados.

#### *Estrutura do produto*

O desenvolvimento, implicando em crescimento assimétrico dos vários setores da economia, resulta em alterações setoriais, tanto no que tange à estrutura do produto como à da população economicamente ativa.

Um aspecto fundamental a ser identificado é o crescimento do setor industrial, constantemente superior ao resto da economia. Somente nas fases negativas, a indústria, mais sensível aos abalos depressivos, caiu mais do que a economia como um todo. A evolução foi a seguinte (taxas médias % a.a.):

	<i>PIB</i>	<i>Ind.</i>		<i>PIB</i>	<i>Ind.</i>
1903/1913	4,0	6,4	1940/1945	2,4	5,8
1914/1918	2,4	4,7	1946/1962	7,1	8,8
1919/1929	4,2	6,2	1963/1966	0,3	0,6
1930/1932	—0,4	—1,4	1967/1980	8,6	9,4
1933/1939	4,8	10,0	1981/1983	—1,7	—3,6
			1984/1987	6,3	6,9

As únicas fases negativas foram de 1930 a 1932 e de 1981 a 1983. Pode-se concluir que o processo de industrialização foi contínuo, pois, crescendo mais a indústria do que o resto da economia, a sua participação no PIB aumentou sistematicamente.

Estatísticas parciais, visualizando apenas os dois primeiros setores — primário e secundário — cuja proporção caracteriza a industrialização — mostram a modificação paulatina dessa relação — embora se possa admitir a precariedade dos dados, às vezes não coincidentes nas várias fontes (VILLELA — SUZIGAN; 25 anos...). A evolução apresentou-se como segue (participação % no universo dos dois setores):

	1907	1919	1939	1950	1960	1980
Setor 1.º	79	79	57	54	47	22
Setor 2.º	21	21	43	46	53	78

A inversão das posições deu-se na década de 50, justamente após o momento que foi identificado como arranco.

Por extrapolação, a partir das posições atuais através das respectivas taxas de crescimento, identificam-se os seguintes perfis dos três setores (em % do produto total):

	I	II	III
1903	47,1	12,1	40,8
1913	37,2	15,7	47,1

Segundo outras fontes (GOLDSMITH), a evolução prosseguiu assim (em % do total):

	I	II	III
1929	36,9	20,3	42,8
1939	32,7	24,7	42,6
1945	28,0	28,6	43,4

Comparando com a distribuição setorial em países industrializados na fase do pré-arranco, por exemplo, Inglaterra e França (BAIROCH — II, pp. 267 e 347), o que parece mais característico no caso do Brasil é a forte parcela representada pelo setor terciário. Isso verificou-se, ainda mais, em tempos recentes (1985), quando a proporção foi de 9,8% — 34,4% — 55,8%. A reduzida participação do setor primário e a excessiva contribuição do setor terciário são, aqui, mais fortes do que em países desenvolvidos no período posterior à Segunda Guerra Mundial (KUZNETS — I, p. 33).

Aspectos semelhantes aparecem na composição da população economicamente ativa. No início, forte concentração no setor primário e reduzíssima parcela no secundário. Mais tarde, excessiva parcela do terciário, explicando-se pelo referido êxodo do campo para a cidade, onde o cres-

cimento quantitativo não foi acompanhado por uma elevação da produtividade. Os dados (VILLELA — SUZIGAN; BAER — I) apresentam-se como segue (em % do total):

	1920	1940	1960	1980
1.º	70	66	54	30
2.º	14	12	14	21
3.º	16	22	32	49

É interessante observar que a distribuição de 1920 se parece com a dos países subdesenvolvidos em 1970: 68-13-19 (BAIROCH — I, p. 94) e, até certo ponto, com a dos países desenvolvidos em 1960: 59-24-17 (ibidem). Nestes últimos países, entretanto, a transferência da população ativa na época do arranco se fez mais do setor primário para o secundário e muito menos para o terciário. Por exemplo, Inglaterra — 1811: 35-45-20; França — 1856: 51-31-18 (BAIROCH — II, pp. 267 e 342).

### Formação de capital

A pesquisa a respeito dos níveis de poupança e investimento apresenta-se extremamente precária, pelo menos até a implantação da contabilidade nacional (1947).

Uma reconstituição macroeconômica para o ano de 1907 (BUESCU — II, pp. 189-199) conclui, com as devidas restrições, que a taxa de formação bruta do capital era, aproximadamente, de 9,0% do PIB — resultado que parece coerente, pois, segundo KUZNETS, tal taxa corresponde a uma renda *per capita* perto de US\$ 100 — o que era o caso do Brasil naquele ano. Imputando uma depreciação de 3%, compatível com uma economia de pouca intensidade de capital, a taxa líquida de formação de capital seria de 6% do PIB, compatível, por sua vez, com o crescimento de cerca de 4% do PIB. A relação capital/produto de 1,5 também parece coerente, pois, com a sofisticação da economia, ela pôde aumentar para 2, como verificada diretamente em 1947/1961 e, mais, em época posterior (2,4 em 1980).

De qualquer forma, a pesquisa mostra um baixo nível de formação capital, o que explica, entre outras, o modesto crescimento na época. Para o período seguinte até 1940, só se dispõe de indicadores indiretos e incompletos. A série destes tipos de indicadores — consumo aparente de aço e cimento e quantum de importação de bens de capital para a indústria (VILLELA — SUZIGAN, p. 437) — sem oferecer indicações quanto à taxa de investimento, sugere, sem nenhuma exceção, que a atividade investidora se intensificou *não durante* os famigerados choques externos, mas *entre* eles, nas épocas de normalidade das relações com o exterior: 1903/1913, 1919/1929, 1933/1939.



No que diz respeito à ação investidora do setor público, não há a mesma coincidência e nem devia haver forçosamente, visto que vários fatores autônomos podiam condicionar essa atividade. Observando a parcela de despesa federal destinada à formação bruta de capital fixo (VILLELA — SUZIGAN, pp. 414-415), aparece uma intensificação entre 1904 e 1922 e uma nítida retração nos anos seguintes até a Segunda Guerra Mundial — quase com certeza em virtude dos preceitos contencionistas do padrão-ouro — inclusive durante a Grande Depressão.

Para todo o período anterior à contabilidade nacional é difícil admitir que se tenha atingido, a não ser esporadicamente, uma taxa líquida de formação de capital compatível com o arranço (segundo ROSTOW, 10-15% do PIB), de vez que, considerando as taxas de crescimento do PIB, aquela proporção de poupança teria exigido uma relação capital/produto inexplicavelmente alta.

Ainda durante a Segunda Guerra Mundial (BUESCU — IV, pp. 160-161), segundo vários autores, a taxa bruta da formação de capital se situava em torno de 9,6% do PIB — a qual, de acordo com diversas hipóteses da taxa de depreciação, tornaria compatível o crescimento do PIB com uma formação líquida de 5,1-6,8% e uma relação capital/produto de 1,5-2.

Depois da guerra, as taxas de poupança e investimento situaram-se em níveis relativamente altos, explicando, em parte, a boa taxa média de crescimento na época. Com uma sociedade mais amadurecida, um ambiente político — salvo pequenas exceções — equilibrado, com uma renda *per capita* mais elevada, e, daí, uma propensão maior para poupar, com uma classe empresarial mais dinâmica, com um governo mais atuante para o desenvolvimento, com a ajuda não desprezível da poupança externa e — sobretudo no quartel final — com a sofisticação institucional da captação e canalização da poupança, a taxa de formação bruta de capital situou-se, de forma geral, em torno de 17-18% do PIB nas duas primeiras décadas do pós-guerra, subiu para 20-23% nos anos de expansão antes dos choques do petróleo (20,3% em 1970) e caiu para 15-18% nas circunstâncias agitadas do último decênio (17,1% em 1987). De qualquer modo, um progresso acentuado em comparação com a primeira metade do século, exceto a deterioração na fase final.

Na despesa nacional, a poupança bruta oscilou entre 13,3% (1947) e 20,2% (1965) da renda nacional disponível bruta, com uma média em torno de 17% ficando uma parcela de 79,8-86,7%, com média 83%, para o consumo. Foi a poupança interna que mais financiou, em grandes proporções, os investimentos: em 1970 ela cobria 93,7% desse financiamento, cabendo os restantes 6,3% à poupança externa. Em 1980 as proporções foram de 76,3% e 23,7% e em 1985 de 99,4% e 0,6% respectivamente (correspondendo os últimos números à fase crítica do balanço de pagamentos).

Quanto à distribuição entre a poupança privada, governamental e externa, a primeira teve participação muito maior. Em anos relacionados apresentou-se da forma seguinte (em % da formação líquida de capital):

	1947	1957	1967	1977
Poupança privada	61,3	74,2	83,4	61,7
Poupança do governo	26,6	15,8	5,2	25,7
Saldo em % do bal. pag.	12,1	10,0	11,4	12,6

### *Capitais estrangeiros*

A entrada dos capitais estrangeiros como apoio ao crescimento foi uma constante na evolução econômica do Brasil. Ela foi forçosamente menor nas fases de carência da economia mundial (1914/1918, 1930/1932, 1940/1945, 1981/1985) ou de resistências internas, algo xenófobos (1961/1964), quando, aliás, o crescimento econômico foi menor. Em face da falta de informações sobre épocas mais remotas, é preciso limitar a pesquisa a um único ano, 1907, quando de acordo com uma estimativa própria — o déficit em conta corrente do balanço de pagamentos teria contribuído com 2,6% do total da formação líquida de capital (BUESCU — II). Em 1941 essa participação subiu a 9,7%, em 1959 a 10,0%, em 1969 a 7,4%, em 1979 a 20,6%, refletindo as condições da conjuntura e as políticas adotadas.

De forma geral, houve sempre maior interesse pelos capitais de empréstimo do que pelos capitais de risco. É impossível quantificar essa caracterização para o período anterior à introdução da contabilidade nacional, mas no início do período posterior a diferença é nítida: em 1947/1953, entradas brutas de empréstimos US\$ 1.341 milhões, investimentos US\$ 105 milhões; em 1954/1960 US\$ 3.047 milhões e US\$ 608 milhões, respectivamente. Para o triênio mais recente (1983/1985), empréstimos brutos de US\$ 23.916 milhões, investimentos de US\$ 2.779 milhões — numa época em que, por um lado, havia necessidade de rolar uma dívida externa considerável, por outro, se reduziam os investimentos devido às condições internas desfavoráveis — políticas e econômicas.

No que tange aos investimentos diretos, foi identificado, entre 1886 e 1913, um volume de £ 248 milhões, (CASTRO, Ana C.), a maior parte na fase expansionista de 1903 a 1913. Mais da metade (59,8%) foram aplicados em serviços básicos (infraestrutura: ferrovia, navegação, portos, serviços urbanos) e uma boa parcela (13,6%) em empresas bancárias e de seguros. As aplicações na indústria de transformação não passaram de 6,4%.

Após a Primeira Guerra Mundial até a Grande Depressão, os investimentos começaram a procurar também as indústrias de base — siderurgia e cimento — graças aos incentivos recebidos. A indústria, entretanto, e conseqüentemente os investimentos estrangeiros, também, se concentra-

vam na indústria de bens de consumo não duráveis e somente após a Segunda Guerra Mundial, sustentadas por vários incentivos cambiais e fiscais (Instrução 113/1955 da SUMOC, Lei n.º 3.204/1957), dirigiram-se para a produção de bens de consumo duráveis (indústria automobilística) e, mais tarde, para a produção de bens de capital.

Até 1964, a distribuição setorial dos investimentos estrangeiros (desde o início do registro na SUMOC/Banco Central em 1957) cobria 26,7% em indústrias leves, dos quais 10,5% na indústria mecânica e elétrica, e 73,3% na indústria de base, dos quais 44,8% no material de transporte e 8,4% na indústria química. O total registrado foi de US\$ 539,5 milhões.

Em 1986 o valor total dos investimentos estrangeiros atingia US\$ 26,2 bilhões dos quais, segundo a nova classificação, 74,7% na indústria de transformação (14,0% na indústria química, 13,9% no material de transporte, 9,1% na mecânica). Quanto à origem dos capitais, não mudou a ordem de importância dos países, mas a participação relativa se alterou — o que indica uma diversificação maior (em % do valor total):

	1964	1985
EUA	42,1	31,4
Alem. Ocidental	20,1	13,8
Japão	8,4	9,3
Suíça	7,4	9,0
Reino Unido	4,1	5,6

Embora deva se repelir a idéia de desnacionalização da economia, haja vista sobretudo a detenção, pelo setor público, dos setores estratégicos, as empresas estrangeiras chegaram a deter uma parcela substancial do mercado, principalmente em alguns ramos (fumo, material elétrico, produtos farmacêuticos). Segundo uma amostragem para 1977 (VILLELA — BAER, pp. 4-5), as empresas multinacionais detinham 21,9% do patrimônio líquido, 31,5% do pessoal ocupado e 41,6% do faturamento total.

#### *Estatização*

Ao longo da exposição histórica observou-se o crescimento paulatino da intervenção do setor público na economia, no início em termos de ação normativa, através de instituições intervencionistas no mercado, e, finalmente, como empresário em organizações estatais ou de economia mista. O crescimento do setor público refletiu-se no aumento de sua despesa no total da despesa nacional e na maior absorção da poupança através de sua dívida interna, tudo correspondendo ao aumento das instituições econômicas governamentais, seja de disposição e controle, seja de oferta de produtos e serviços.

Infelizmente, as informações são extremamente escassas para o período anterior à introdução da contabilidade nacional e amiúde incompletas ou distorcidas para o período posterior. De qualquer forma, elas demons-

tram ou, pelo menos, sugerem a expansão relativa do setor público na economia — expansão essa que se deu, como foi indicado na exposição histórica, sob o impacto das crises e dos percalços do sistema liberal, o que levou para uma crescente filosofia intervencionista.

Uma ilustração do processo aparece na evolução da participação da despesa corrente do governo no PIB: de uma estimativa de 12,7% em 1907, subiu para 17,0% em 1950, 19,5% em 1960, 21,8% em 1970 e 23,5% em 1980 — tendo provavelmente crescido, ainda mais, nos anos recentes, apesar das promessas de privatização da economia.

Os órgãos públicos se multiplicaram, identificando-se (cf. *Conjuntura Econômica*), em 1952, 443 entidades de caráter econômico sob a autoridade governamental, mais 166 comissões, autarquias, etc. com funções econômicas. O progressivo crescimento do governo na ação empresarial manifesta-se no ritmo de criação de empresas estatais: 25 no período 1900/1930, 96 em 1930/1960, 180 em 1960/1970, 259 em 1970/1980, num total de 560 unidades (cf. *A Crise do Bom Padrão*).

De acordo com uma amostragem de 1977 (cf. VILLELA — BAER) as empresas governamentais detinham 59,3% do patrimônio líquido, 30,8% do pessoal ocupado e 29,5% do faturamento. No mesmo ano, assinalava-se (*The Economist — apud Conjuntura Econômica*) que eram praticamente 100% propriedade pública os setores do correio, telecomunicações, eletricidade, gás, extração de petróleo, carvão, ferrovias; com uma participação de cerca de 75%, a siderurgia; com 25%, as linhas aéreas. Não havia participação estatal nos estaleiros e na indústria automobilística. É patente que, contrariamente à alegação de desnacionalização da economia, tal processo não ocorreu, pois o governo detém o controle dos setores estratégicos.

Uma outra amostragem revela o aumento do funcionalismo público: entre 1950 e 1973 o número de empregados públicos subiu de 1.027 mil para 3.351 mil, ou seja, em termos relativos, de 6,0% para 8,5% da população economicamente ativa.

Um levantamento feito em 1986 (*Conjuntura Econômica*) mostra que entre as 50 empresas principais, 22 eram públicas (44,0%), 12 estrangeiras e 16 de capital privado nacional.

Do ponto de vista do patrimônio das 20 principais empresas, 81,3% eram detidas pelas empresas públicas, contra 12,7 pelas empresas privadas nacionais e 6,0% pelas estrangeiras.

A presença do governo na economia manifestou-se, também, na sua forte participação nos investimentos, mas a quantificação é aleatória devido aos critérios de classificação nas contas nacionais. Estimativas admitem que essa participação teria sido de 18,0% em 1939 (COMBEU), teria crescido para 38,4% em 1960 (IBRE) e 46,5% em 1981, mas há quem sustente que a proporção teria chegado a níveis superiores.

O crescimento e o desequilíbrio do setor público resultaram no seu forte endividamento. A dívida pública subiu de 0,3% do PIB em 1964 para 2,6% em 1968, 7,0% em 1979, 11,8% em 1983, 31,7% em 1986 (incl. estadual e municipal). O endividamento externo foi, cada vez mais, de responsabilidade do setor público: em 1983, no auge do recente desequilíbrio externo do Brasil, 70,2% da dívida externa registrada pertencia ao setor público. O déficit público foi sempre elemento perturbador na economia nacional, mas, com o crescimento do setor, o impacto desse elemento se tornou mais oneroso: em 1982, o déficit consolidado do setor público representava 5,7% do PIB e, malgrado todas as promessas, não parecia apto a ceder, continuando com principal fonte inflacionária.

### *Inflação*

A rigor, o processo inflacionário não poderia entrar neste capítulo que trata de "alterações" na economia, haja vista que foi um fenômeno permanente: em 100 anos, as únicas fases deflacionárias foram de 1898 a 1902 e pouco depois (ação contencionista de Murtinho e, parcialmente, Leopoldo de Bulhões) e de 1930/1933 (durante a Grande Depressão). Fora disso, é difícil admitir que tenha havido, mesmo em anos isolados, situações deflacionárias não detectadas pelas estatísticas.

Se se quisesse caracterizar uma "evolução" dentro desse quadro inflacionário permanente, deveria apontar-se para a tendência secular de agravamento da inflação: uma desaceleração deu-se após a operação saneadora de Murtinho, durante o período de política econômica relativamente ortodoxa entre a Primeira Guerra Mundial e a Grande Depressão e nos anos de decidida política antiinflacionária dos governos militares até os choques do petróleo. O interlúdio do Plano Cruzado foi passageiro e insignificante a não ser pelos desastrosos efeitos subseqüentes.

A evolução das taxas anuais da variação dos preços foi a seguinte:

1890/1898	11,2	1919/1929	5,3	1947/1961	18,8
1899/1902	-7,6	1930/1933	-3,3	1962/1966	63,1
1903/1913	3,3	1934/1939	6,6	1967/1973	20,5
1914/1918	8,3	1940/1946	12,1	1974/1978	38,2

Os anos 1986/1987 presenciaram uma intensificação do processo inflacionário, até a taxa de 416% em 1987.

As dimensões e intenções deste trabalho não permitem entrar numa discussão dos fatores do processo. Poder-se-ia apontar como traço característico da evolução, a permanência da responsabilidade do setor público,

por exemplo na inflação crescente de 1894/1898 e de 1907/1913, em todo o processo de agravamento de 1947 a 1964 e na fase final do período. A expansão creditícia foi importante em 1890/1893 e 1947/1964, talvez também em outras fases passageiras menos detectáveis. As pressões salariais foram mais acentuadas em 1961/1963 e após 1984. Quanto aos fatores externos, manifestaram-se mais fortemente, além das duas guerras, durante os choques do petróleo (e a inflação mundial delas decorrente) e os abalos do sistema financeiro internacional. Entretanto, como já foi dito, uma análise do processo inflacionário e de suas causas ultrapassa totalmente o objetivo do presente relato. (Alguns parâmetros inflacionários no Quadro IV.)

### *Industrialização*

Como foi dito num capítulo anterior, o setor secundário cresceu sistematicamente a uma taxa superior à do produto global (invertendo-se as posições apenas nas fases de taxas negativas), de modo que a parcela relativa daquele setor aumentou no conjunto da economia — alteração estrutural específica do processo da industrialização. Para o período “estatístico” — isto é, após a introdução da contabilidade nacional —, constata-se que, entre 1947 e 1983, para um crescimento global de 8,4 vezes, o produto agrícola cresceu 4,6 vezes e o industrial 12,2 vezes.

O crescimento da indústria aparece, também, nas dimensões do parque industrial (v. Quadro V). Entre 1907 e 1980 o número de estabelecimentos industriais cresceu 73,6 vezes e o número de operários na indústria 31,4 vezes (omite-se a posição de 1889, cujos dados são muito questionáveis): de modo geral, pode-se interpretar essa evolução díspar pelo fato de se passar mais para tecnologia capital-intensivas.

Um indicador do progresso industrial encontra-se na evolução da potência instalada — térmica e hidráulica — que não passava de 0,75 megawatts em 1889, alcançando 244,2 Mw em 1913, 1.176 Mw em 1939, 6.840 Mw em 1964 e, num salto espetacular 45.945 Mw em 1986. Em termos *per capita*, de 54w em 1889 para 332w em 1986.

Incidentalmente, vale observar que o consumo energético se situou num nível médio entre os países industrializados e os subdesenvolvidos: em milhões de toneladas equivalentes de hulha, *per capita*, os primeiros registravam 5,34 e os segundos 0,38 (1970), enquanto o Brasil, pouco depois, atingia 2,88 (1983).

Como cenário complementar, pode-se lembrar a evolução do sistema de transportes. O ferroviário, por motivos que não cabe avaliar aqui, deixou praticamente de progredir desde o início do século: a rede ferroviária

cresceu de 9.583 km em 1889 para 16.010 km em 1903 e 24.614 km em 1913, mas, depois, o crescimento se desacelerou (31.851 km em 1928), chegou a 38.287 km em 1960 e se reduziu até 29.777 km em 1985. Em compensação a rede rodoviária cresceu de 302.147 km em 1952 para 1.501.950 km em 1976 e chegando a 1.583.172 km em 1986.

A frota de veículos registrou expansão muito maior (em unidades): 131.757 (1927); 510.612 (1950); 1.814.898 (1964); 10.826.198 (1980). Em termos *per capita* de 4 unidades por 1.000 hab. em 1927 para 91 em 1980.

É muito expressiva a composição setorial da produção industrial, passando da concentração em bens de consumo (inicialmente, os não duráveis; depois, os duráveis) para uma parcela crescente de bens de produção. A participação dos bens de consumo não duráveis caiu de 72,1% em 1907, para 69,2% em 1920; 58,0% em 1939, 49,9% em 1950, 29,1% em 1970 e 25,1% em 1980. A produção de bens de capital representava, em 1940, 25,2 do total, subindo para 30,3% em 1950 e 40,7% em 1960.

A composição da pauta de produção, em alguns ramos mais expressivos, em vários anos, ilustra bem a alteração estrutural do setor (em % do valor adicionado total da indústria de transformação):

	1919	1939	1959	1980
Minérios não metálicos	5,7	5,2	6,6	5,8
Metalúrgica	4,4	7,6	11,8	11,5
Mecânica	0,1	3,8	3,4	10,1
Material elétr. e comunic.	—	1,2	4,0	6,4
Material de transporte	2,1	0,6	7,6	7,6
Produtos quím. e farmac.	3,6	9,8	11,1	16,3
Têxtil	29,6	22,2	12,0	6,4
Produtos alimentares	20,6	24,2	16,4	10,0
Bebidas	5,6	4,4	2,9	1,2
Fumo	5,5	2,3	1,3	0,7

Deve-se ressaltar o recuo progressivo das indústrias tradicionais (alimentar, têxtil, bebidas, fumo) e o crescimento, já desde antes da última guerra, dos ramos da metalúrgica e da química e, em tempos mais recentes, da indústria de material de transporte, mecânica e de material elétrico e de comunicação. A alteração estrutural corresponde às fases definidas na introdução histórica.

Como dados absolutos mais relevantes anote-se a produção de alguns itens:

	1920	1940	1980	1985
Ferro-gusa (1.000 t)	14	186	12.685	18.899
Aço em lingotes (")	...	141	10.047	11.440
Laminados de aço (")	...	153	12.999	14.394
Cimento (")	—	745	27.193	20.635
Petróleo (1.000 bl.)	—	2	68.497	205.208

A expansão industrial permitiu reduzir paulatinamente o coeficiente de importação na oferta industrial total — redução essa reforçada às vezes pela retração do mercado externo: este coeficiente caiu de 46,6% em 1920 para 22,6% em 1932 e 11,2% em 1942, voltou para 24,4% em 1947 para, depois, cair progressivamente para 9,5% em 1955 e 4,1% em 1964, porém subindo para 11,5% em 1975.

Um aspecto peculiar, que deve ser notado, consiste na concentração regional da indústria (com reflexos sobre as disparidades regionais de renda, do que se falará mais adiante). De forma geral, observa-se uma certa diminuição dessas disparidades, como aparece a seguir (% do total):

*N.º de estabelecimentos*

	1907	1920	1940	1960	1980
N	4,7	1,8	1,8	1,6	3,4
NE	14,1	18,9	16,3	19,1	20,3
CS (sem SP)	69,7	48,4	51,5	44,0	38,8
SP	10,4	30,6	28,8	32,8	29,4
CO	1,1	0,3	1,6	2,4	2,1

*N.º de operários*

	1907	1920	1940	1960	1980
N	2,5	1,2	1,8	1,2	2,6
NE	24,8	23,6	17,8	12,3	11,0
CS (sem SP)	53,8	45,4	44,7	40,0	38,0
SP	16,2	29,1	34,9	45,6	46,3
CO	2,7	0,3	0,7	0,8	2,1

Devem ser feitas, como em outras ocasiões, reservas a respeito do censo de 1907. (Sobre a divisão territorial, v. nota 16.)



## Agricultura

Na primeira metade do período focalizado (1900/1947), o produto primário cresceu à razão de 3,1% ao ano, enquanto o produto real total registrou aumento anual de 3,5% — quer dizer, a agropecuária não contribuiu de modo positivo para o crescimento; foi mais um fator de atraso. Sem dúvida, a indústria constituiu-se no setor dinâmico da economia, com crescimento anual de 6,0%, mas os demais componentes do produto acusaram também taxas superiores à da agricultura. O atraso desta, cuja explicação exigiria análises mais amplas, resultou, inclusive, da ocorrência de taxas anuais negativas — em 13 anos dos 47 focalizados (HADDAD, p. 152).

Esses recuos aconteceram um pouco menos durante o período estatístico (1947/1986); 8 vezes em 39 anos. Mas a agricultura continuou crescendo menos que o produto total (2,2% contra 6,1% anuais) e não apenas muito menos que a indústria (6,9% a.a.) mas também que outros componentes principais do produto: comércio (3,4% a.a.), transporte e comunicações (4,6% a.a.); evidentemente, um setor atrasado.

Não obstante, a produção de vários produtos agrícolas de primeira necessidade (arroz, mandioca, milho, trigo) cresceu mais do que a população de modo que a produção *per capita* aumentou, para não falar da soja que disparou de praticamente zero para 96,3 kg *per capita* (1986). Quedas aparecem, em pouca medida, no feijão e, em proporção maior, em produtos de exportação: café, cacau.

Operou-se uma importante alteração estrutural, ligada ao crescimento do mercado interno e à interiorização da economia, no sentido da redução da parcela do produto agrícola destinada à exportação: em 1907 essa parcela era de 68% do total, caindo para 36% em 1939. Entretanto, numa fase intermediária (1920/1928) a produção agrícola para exportação cresceu à razão de 9,0% a.a., enquanto as culturas para o mercado interno cresceram 1,6% a.a. (VILLELA — SUZIGAN, p. 160) — mas foi uma fase de excepcional desempenho da exportação. Sob outro enfoque, considerando a participação (em valor) de 4 produtos principais de exportação — café, cacau, algodão e fumo — ela caiu de 70,2% em 1891/1900 para 49,6% em 1934/1943 e 12,4% em 1964.

Vale lembrar, também, que em 1901/1905 o Brasil era, ainda, importador líquido de arroz, batata, feijão e milho, por quantidades bastante expressivas. Já durante a Primeira Guerra Mundial os saldos se tornaram positivos e, salvo momentos passageiros de penúria, assim ficaram. Foi somente o trigo, o principal produto agrícola de importação constante, até 1987.

O quadro seguinte mostra a evolução global em quase meio século, com seus pontos positivos e negativos:

	<i>Produção global</i> (1.000 t)		<i>Produção per capita</i> (kg/hab.)	
	1939/41	1986	1939/41	1986
Arroz	1.496	10.405	36,3	75,2
Cacau	132	460	3,2	3,3
Café	1.040	1.954	25,2	14,1
Cana-de-açúcar	21.234	238.493	515,9	1.723,2
Feijão	811	2.219	19,7	16,7
Mandioca	7.406	25.556	174,9	184,6
Milho	5.236	20.541	127,2	148,4
Soja	...	13.335	...	96,3
Trigo	145	5.638	3,5	40,7

Foi sempre lamentada a reduzida produtividade agrícola em comparação à de outros países, inclusive os subdesenvolvidos. As comparações de prazo mais longo, no Brasil, são difíceis devido à falta ou à imprecisão dos dados. De forma global, observa-se que, entre 1920 e 1980, o índice da área cultivada subiu de 100,0 para 208,4 e o do pessoal ocupado na agricultura de 100,0 para 335,3 (*Estatísticas Históricas*, pp. 280-281). Como índice da produção agrícola atingiu 609,7, o impacto sugeriria uma certa diminuição da produtividade global, mas o cálculo parece bastante precário.

Para produtos específicos de maior relevância, pode-se anotar a seguinte evolução (ibidem, pp. 285-299):

		<i>(kg/ha)</i>	
		1931	1985
Amendoim em casca	(1944)	1.018	1.756
Arroz em casca		1.499	1.898
Batata inglesa		15.033	12.540
Cacau		499	664
Cana-de-açúcar		46.635	63.190
Feijão		1.316	479
Mandioca		22.934	12.379
Milho		1.498	1.866
Soja	(1952)	1.297	1.800
Trigo		1.000	1.614

Como se vê, os resultados foram muito assimétricos, entre quedas de produtividade e altas, às vezes espetaculares.

## Comércio exterior

O comércio exterior, que constituiu, na primeira metade do período em foco, o setor dinâmico da economia — uma economia voltada para o exterior dentro de um modelo exportador de produtos primários — expandiu-se com a economia como um todo, porém, em termos relativos dentro da economia, perdeu parte do seu significado. De fato, houve perturbações em que o modelo se fechou ou se abriu de acordo com a conjuntura ou com as políticas econômicas.

Em termos percentuais do PIB, pode-se admitir, por extrapolação, que no início da República a exportação podia ser responsável por 20-25% da geração da renda. As dificuldades do café devem ter reduzido esse coeficiente de exportação, mas ele pode ter-se recuperado no início do século XX, na fase expansionista que foi o Reerguimento Econômico. Uma nova retração durante a Primeira Guerra Mundial foi seguida por nova expansão, mais modesta, que pode ter-se prolongado durante a Segunda Guerra Mundial que ofereceu, ainda, boas oportunidades às exportações brasileiras. RAYMOND GOLDSMITH calcula o coeficiente de exportação de 0,172 em 1898, 0,189 em 1903 e 0,148 em 1913 — bastante perto dos valores aqui sugeridos.

Para o período “estatístico”, a partir de 1947, houve a evolução seguinte (em Cr\$ milhões — velhos):

	A. PIB	B. Exportação	B/A %
1947	179	21	11,7
1956	1.029	60	5,8
1961	4.626	245	5,3
1965	42.662	2.215	5,2
1973	487.151	37.828	7,8
1980	12.639.293	1.038.083	8,2
1985	1.406.077.084	148.571.718	10,6

De forma geral, o coeficiente da exportação nunca foi muito elevado, de modo que não é lícito falar em “dependência externa” (v. nota 1, supra). Outrossim, observa-se que o coeficiente caiu substancialmente durante a fase de substituição de importações (o coeficiente de importação

acompanhou o de exportação) e voltou a crescer na fase do modelo aberto, após 1965, inclusive nos anos difíceis posteriores aos choques do petróleo.

A concentração das atividades econômicas em torno do comércio exterior é ilustrada também pelo crescimento do valor *per capita* da exportação (em £): 2,05 em 1889; 2,77 em 1913; 2,88 em 1929 — seguido de uma queda vertical durante a Grande Depressão, a qual não se recuperou até a Segunda Guerra Mundial. Na fase seguinte, verifica-se uma variação semelhante à do coeficiente de exportação (em US\$ *per capita*): 23,78 em 1947; 23,90 em 1956; 19,75 em 1965; 29,41 em 1970. (Nos anos seguintes, a desvalorização do dólar torna as comparações irrelevantes.)

Em valores absolutos observam-se os seguintes valores e as correspondentes variações relativas que caracterizam as fases de expansão e contração das exportações, sem poder-se tirar uma conclusão definitiva quanto à relação com o ritmo do desenvolvimento, embora a evidência estatística pareça favorecer o modelo aberto:

(Médias anuais — Valores em £ 1000; após 1940/42 em US\$ milhões)  
 Variação % das médias:

1888/1890	—	22.582	1898/1900	—	22.502	—	0,4%
1901/1902	—	37.964	1911/1913	—	68.980	—	81,7%
1911/1913	—	68.980	1914/1918	—	56.283	—	18,4%
1914/1918	—	56.283	1927/1929	—	93.649	—	66,4%
1927/1929	—	93.649	1930/1932	—	50.640	—	45,9%
1930/1932	—	50.640	1937/1939	—	38.591	—	23,8%
1940/1942	—	409	1944/1946	—	738	—	84,0%
1947/1949	—	1.143	1961/1963	—	1.341	—	17,3%
1963/1965	—	1.477	1969/1971	—	2.651	—	79,5%
1976/1978	—	11.636	1984/1986	—	25.012	—	115,0%

O crescimento continuou nos últimos anos do centenário, porém os valores são distorcidos pela desvalorização do dólar.

As informações referentes às relações de troca e à capacidade de importação não permitem tirar conclusões rigorosas: houve muitas flutuações, cujo significado só poderia ser detectado através de análises pormenorizadas, não cabíveis aqui. Uma apresentação sintética das variações pode

identificar, não obstante, as fases em que esses parâmetros foram favoráveis ou não (índices: 1930/1944 = 100,0):

	<i>Relações de troca</i>	<i>Capacidade de importar</i>
1889/1896	247,1	72,0
1897/1903	155,2	73,0
1904/1913	186,2	108,0
1914/1923	104,6	75,0
1924/1929	180,5	139,0
1930/1944	100,0	100,0
1945/1949	113,2	142,2
1950/1958	179,0	161,3
1959/1968	154,2	165,1
1969/1979	159,8	372,0

(O último índice ilustra o grande esforço exportador empreendido após 1967).

São muito expressivas as alterações ocorridas na composição das pautas de exportação e importação, denotando a modificação da estrutura da economia e do comportamento dos agentes econômicos. Evidentemente, no início da República e por muito tempo, os produtos primários dominaram a pauta de exportação: em 1891/1900, 7 produtos (café, algodão, cacau, fumo, borracha, açúcar e mate) eram responsáveis por 93,3% da receita total, sendo a parcela do café de 63,8%. Embora mais tarde a borracha tenha perdido muito do seu peso, a concentração nos 7 produtos continuou forte: em 1921/1930, 83,9% dos quais 69,6% para o café. Em 1986 estes produtos não representavam mais de 13,7% (o café: 9,0%), mas o complexo da soja, recém-chegado à pauta, contribuía com mais 6,7%.

De acordo com outra classificação, as matérias-primas e os gêneros alimentícios ainda respondiam em 1939 por quase a totalidade da receita de exportação, mas somente na Segunda Guerra Mundial, devido à conjuntura regional favorável, os produtos manufaturados ganharam um certo espaço, perdido logo após a guerra. A evolução foi a seguinte (em % da receita total):

	1939	1943	1949
Animais vivos	0,0	0,0	0,0
Matérias-primas	41,5	34,3	29,3
Gêneros alimentícios	57,7	46,0	67,9
Manufaturados	0,8	19,7	2,8

A grande transformação estrutural, entretanto, veio depois de 1964 graças aos incentivos fiscais e creditícios concedidos às exportações de produtos industrializados, bem como devido à própria transformação da

indústria que procurou escoamento para seus produtos. Em 1972 os produtos manufaturados representavam 16,6% da receita, mas, depois, a escalada foi firme: em 1986 os produtos industrializados (nova classificação) representavam 64,1%, dos quais 11,0% para os semi-manufaturados e 53,1% para os manufaturados, ficando os produtos básicos com 35,9%.

Na importação assiste-se, também, à alteração da composição da pauta, refletindo os progressos da indústria nacional e de suas necessidades. A evolução foi a seguinte (em % do valor total):

	1901	1913	1929	1939	1949
Animais vivos	1,5	0,5	0,2	0,6	0,2
Matérias-primas	17,8	20,9	20,0	29,8	25,0
Gêneros alimentícios	42,9	22,5	19,7	12,6	17,5
Manufaturados	37,8	56,1	60,1	57,0	57,3

De acordo com outra classificação, tem-se a seguinte evolução, igualmente relevante, incluindo o aumento da despesa com combustíveis após o choque do petróleo:

	1961	1973	1980	1987
Matérias-primas	38,3	41,3	30,8	32,3
Combustíveis e lubrif.	22,7	12,4	44,4	31,3
Bens de consumo	7,4	11,6	5,7	10,1
Bens de capital	31,6	34,6	19,1	26,3

A alteração da distribuição geográfica do comércio exterior do Brasil dependeu das necessidades internas e, sobretudo, da mudança das correntes do comércio internacional, identificando, desde o início o século, a supremacia dos Estados Unidos na exportação e paulatinamente, mais tarde, na importação. A participação dos principais parceiros comerciais evoluiu como se segue (em % do valor total):

	<i>Exportação</i>			
	1901	1929	1964	1985
EUA	43,0	42,2	33,2	27,1
Alemanha	14,8	8,8	9,3	5,1
França	11,7	11,1	3,5	3,1
Argentina	2,2	6,4	6,4	2,1
Reino Unido	12,9	6,5	0,4	2,5
Países Baixos	4,9	4,9	5,5	6,1
Japão	—	0,0	1,9	5,5
Itália	0,9	4,7	4,5	4,5

### *Importação*

	1901	1929	1964	1985
EUA	12,4	30,1	34,5	19,5
Alemanha	9,4	17,2	8,5	6,5
França	8,0	7,2	4,2	3,0
Argentina	13,5	4,2	9,2	3,4
Reino Unido	31,4	19,2	1,2	1,9
Países Baixos	0,6	1,8	1,2	1,2
Japão	—	0,2	2,7	4,3
Itália	3,8	4,4	2,2	1,4

Na exportação, em tempos mais recentes, é preciso destacar o esforço por uma diversificação maior dos mercados — tentativa parcialmente bem sucedida: em 1964 as exportações para o Terceiro Mundo (África, Ásia sem Japão, Oriente Médio) alcançavam apenas 4,2% do valor total; em 1986 essa participação chegou a 19,2%. Ademais, devido à alta dos preços do petróleo a participação do Oriente Médio na despesa da importação subiu de 4,6% em 1964 para 33,9% em 1980, mas reduziu-se para 20,6% em 1987.

### *Balanco de pagamentos*

Faltam informações a respeito do comportamento do balanço de pagamentos antes da Segunda Guerra Mundial. Uma reconstituição baseada em dados oficiais, para o ano de 1907 (BUESCU II, pp. 189-195) oferece um panorama típico de país subdesenvolvido (embora num ano de equilíbrio externo): superávit comercial, déficit na conta de serviços, entrada líquida de capitais estrangeiros. A reconstituição de 1939 (COMBEU) apresenta-se de forma parecida; apenas a falta de entrada de capitais estrangeiros, explicada por motivos conjunturais, é compensada por uma administração mais cuidadosa da balança comercial, resultando daí um superávit em conta corrente (Quadro VI).

Nos primeiros 20 anos do pós-guerra assiste-se a uma certa deterioração da balança comercial, enquanto crescia o déficit dos serviços, bem como a parcela destinada a amortizações: daí, o recurso crescente aos empréstimos e financiamentos externos, graças aos quais se conseguiu o equilíbrio do balanço de pagamentos (1968).

Na fase seguinte, o desequilíbrio aparece primeiramente na balança comercial que, apesar de um bem sucedido esforço por exportar, se tornou deficitária em decorrência da elevada despesa de importação, oriunda da alta do preço do petróleo. Essa alta vai continuar com o segundo choque do petróleo, de modo que o valor da importação subiu até US\$ 23,0 bilhões em 1980. Somente a partir de 1981 foi possível comprimir a despesa de importação, ao mesmo tempo que se expandia a receita da exportação.

Entretanto, já em 1978 se manifesta o desequilíbrio na conta de serviços, onerada pelo serviço da dívida externa e, depois, pela escalada das taxas de juros internacionais. A convergência da evolução das contas de mercadorias e de serviços teve como resultado o agravamento do déficit em conta corrente, fonte de novo endividamento. Em 1985, já aparece equilibrada esta conta, graças ao esforço exportador e à compressão das importações, ajudada pelos preços mais baixos do petróleo. O peso da dívida externa reflete-se no volume das amortizações e na necessidade de empréstimos para a rolagem da dívida externa — operação essa que exigiu longas e penosas negociações cujos resultados ainda não são definidos.

### *Dívida externa*

São muito difíceis as comparações, a prazo mais longo, a respeito do endividamento externo do País. Os dados existentes até 1931 referem-se praticamente à dívida pública consolidada, demonstrando um crescimento progressivo (v. Quadro III), oriundo, em grande parte, da necessidade de rolagem da dívida: houve, sem dúvida, empréstimos destinados a investimentos em infra-estrutura, mas outros, em volume apreciável, serviram apenas para fazer face ao serviço da dívida. Desse modo, o total da dívida, que somava £ 31,1 milhões no início da República, atingiu £ 269,4 milhões em 1932, um aumento de quase 9 vezes (v. Quadro III).

No início, o único prestador era a Inglaterra, mas logo forneceram empréstimos a França e os Estados Unidos (em 1929, 331 milhões de FF e US\$ 152 milhões, respectivamente). Sob o impacto da Grande Depressão, resolveu-se suspender novos empréstimos (que, aliás, era problemático conseguir) e se procedeu a esquemas mais amplos de liquidação (planos Oswaldo Aranha e Souza Costa). A dívida velha desceu até níveis insignificantes (US\$ 7,5 milhões em 1966).

Para avaliar a grandeza do endividamento (embora a informação estatística abranja apenas uma parte da realidade), pode-se utilizar a relação da dívida externa/exportação e constatar que o grau de endividamento foi bastante forte, porém não excessivo no início: a referida relação passou de 1,09 em 1889 para 2,2 em 1913 e 2,66 em 1929. O crescimento vegeta-



tivo da dívida e a queda das exportações devido à Depressão elevou a dita relação a 7,33 em 1932. (A relação dívida/PIB teria sido mais relevante, mas faltam dados comparáveis sobre o PIB em valores correntes.)

Quanto ao serviço da dívida, sofreu evolução semelhante: a relação serviço da dívida/saldo da balança comercial subiu da média de 0,77 em 1890/1897 para 1,65 em 1915/1926 e 2,09 em 1927/1930.

Para a dívida "nova", isto é, a partir de 1947, dispõe-se de maiores detalhes porém ainda discrepantes, até 1966. A dívida bruta total teria crescido de US\$ 625 milhões em 1947 para US\$ 6 bilhões em 1966 — um crescimento de pouco mais de 8 vezes em 19 anos, logo proporcionalmente maior do que em 1889/1932.

Após 1966, a dívida continuou crescendo lentamente. Segundo outro critério de avaliação, subiu de US\$ 3,3 bilhões em 1967 para US\$ 9,5 bilhões em 1972 e, depois, sob o impacto dos choques do petróleo, para US\$ 49,9 bilhões em 1979. A escalada dos juros e a necessidade de *roll-over* levaram a dívida bruta a US\$ 103,8 bilhões em 1987. Com reservas internacionais de US\$ 7,3 bilhões, a dívida líquida alcançou US\$ 96,5 bilhões, 36 vezes mais que em 1964 (em termos nominais, sem considerar a desvalorização do dólar).

Em anos selecionados, a evolução foi a seguinte (em US\$ milhões):

	<i>Dív. bruta</i>	<i>Reservas</i>	<i>Dív. líquida</i>	<i>PIB</i>	<i>DL/PIB (%)</i>
1964	2,9	0,2	2,7	25,5	10,6
1972	10,2	4,2	6,0	46,4	12,9
1977	32,0	7,2	24,8	176,8	14,0
1987	103,8	7,3	96,5	325,0	31,9

Em termos relativos, a relação dívida bruta/exportação passou de 2,00 em 1968 para 2,15 em 1974, 2,68 em 1980 e 4,54 em 1986. A deterioração da situação aparece no fato de que, de 1970 a 1982, a balança comercial acusou sistematicamente saldos negativos, enquanto o serviço da dívida aumentava: este exigiu, entre 1973 e 1982, US\$ 87,9 bilhões e o saldo negativo acumulado somou US\$ 30,0 bilhões.

### *Disparidades regionais de renda*

As disparidades da renda regional vêm de longe, desde os tempos do modelo mercantilista, com a concentração das atividades econômicas em

torno do produto “cíclico” (açúcar, ouro e outros secundários) — modelo que se continuou com o ciclo do café. Através de um movimento de causação circular, cumulativo, a fase moderna da economia brasileira — a fase industrialista — herdou as condições que favoreciam o progresso, nas regiões privilegiadas. Esse dualismo entre as ricas e pobres levou a falar-se de verdadeiros “dois Brasis” (LAMBERT J.). Evidentemente, o fenômeno não se restringe ao Brasil (15).

Para o período anterior à introdução da contabilidade nacional, um cálculo através de elementos indiretos (BUESCU I, pp. 42-53) já detectava a concentração da renda na região Sudeste (16). As disparidades continuaram até os nossos dias, sendo a modificação mais expressiva a redução da participação relativa da região Sudeste e o aumento da parcela do Centro-Oeste e, ainda mais, do Sul.

A evolução foi a seguinte (em % da renda bruta):

	1900	1950	1980
Norte	5,2	2,2	3,1
Nordeste	13,6	11,3	12,0
Sudeste	78,2 (*)	36,4	62,4
Sul	2,8	48,2	17,0
Centro-Oeste	0,2	1,9	5,5

(\*) Inclusive Minas Gerais.

Durante muito tempo, o problema foi menosprezado: introduziram-se apenas instrumentos institucionais de alcance limitado tais como o DNOCS

(15) A idéia de dualismo — assaz indefinida, por ser complexa — pode detectar-se em vários planos. No nível continental, ela foi objeto de um livro de grande sucesso depois da Primeira Guerra Mundial: *Les Deux Europes*, de FRANÇOIS DELAISI. Após a Segunda Guerra Mundial, com o “Grande Despertar” de que falou GUNNAR MYRDAL, o problema tornou-se prioritário em nível internacional. Assim, por exemplo, MARIO HENRIQUE SIMONSEN referiu-se ao “Mundo dicotômico”, no seu livro *Brasil 2001* (SIMONSEN MH., — I).

(16) A divisão regional mudou várias vezes no Brasil. Em 1900 as regiões eram: *Norte*: Amazonas, Pará; *Nordeste*: Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas; *Leste*: Sergipe, Bahia, Minas Gerais, Espírito Santo, Distrito Federal; *Sul*: São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul; *Centro-Oeste*: Mato Grosso, Goiás. Atualmente são: *Norte*: como antes, mais Rondônia, Acre, Roraima e Amapá; *Nordeste*: como antes, mais Sergipe, Bahia e Fernando de Noronha; *Sudeste*: Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo; *Sul*: Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul; *Centro-Oeste*: como antes, mais Mato Grosso do Sul e Distrito Federal.

— Departamento Nacional de Obras Contra a Seca e SPVEA — Superintendência do Plano de Valorização da Amazônia. Uma obra mais articulada começou a partir da criação da Sudene (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste).

Pujança de alguns Estados pode ser assim observada entre 1900 e 1980 (participação % na renda total): São Paulo 35,7 — 37,5; Paraná 0,7 — 5,8; Santa Catarina 0,2 — 3,2; Rio Grande do Sul 3,7 — 8,0. Para Rio de Janeiro e Minas Gerais (inseparáveis por razões metodológicas), 56,4% em 1900 e 23,5% em 1980.

A concentração das atividades econômicas em alguns Estados de maior destaque (Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais) aparece, também, no quadro seguinte (em % do total do País):

	1960	1980
População	58,3	57,8
Renda interna	78,4	78,0
Área cultivada	58,9	32,0
Valor da prod. industrial	90,4	84,1
Rede ferroviária	69,3	...
Rede rodoviária	66,6	53,4
Consumo de energia elétrica	86,7	79,8

### *Disparidades da renda pessoal*

Mas difíceis são as comparações referentes à distribuição das rendas pessoais, a não ser para tempos muito recentes, quando o problema assumiu lugar de destaque entre as preocupações da opinião pública e dos órgãos oficiais.

Uma visão indireta, isto é, da distribuição da riqueza e não das rendas, e somente para o setor rural, pode-se obter através da repartição relativa dos estabelecimentos agrícolas segundo o tamanho e as áreas por eles possuídas. Numa classificação mais simplificada, ter-se-ia a seguinte evolução (em % do total):

Área total do estab.	1920		1980	
	n.º de estab.	área	n.º de estab.	área
Até 100 ha	71,5	9,9	50,4	2,4
Até 101 a 1000 ha	24,4	30,5	39,0	17,5
Mais de 1001 ha	4,1	59,6	10,6	80,1

Ainda que as informações pareçam inseguras, seria lícito concluir que entre 1920 e 1980 se reduziu a área das pequenas propriedades, porém

ao mesmo tempo que aumentou o número de estabelecimentos e área das grandes propriedades. A concentração até cresceu, considerando que o coeficiente de Gini se elevou de 74,5 em 1920 para 77,1 em 1980.

As análises sobre a concentração da renda pessoal são muito recentes, controversas e, particularmente, abrangem um período muito limitado, de 1960 até agora, de modo que não permitem as comparações de prazo mais longo que fazem o objeto da presente síntese (v. LANGONI, *passim* — onde se encontra uma bibliografia mais ampla; LORENZO FERNANDES, pp. 263-269). Em geral, admite-se que a concentração se agravou na década dos anos 60 (coeficiente de Gini: 0,50 em 1960, 0,57 em 1970), mas eventualmente melhorou no início dos anos 70, com possível deterioração na segunda metade do decênio.

#### 4. Conclusão

O que se pode dizer, em suma, da evolução econômica da República? Qual será, afinal, sem entrar em detalhes, o balanço econômico destes 100 anos? O que foi de positivo e negativo nesse desempenho e o que sobrou para as gerações futuras?

Sem dúvida, o progresso material, implicando na modernização e na alteração estrutural, já é incontestável: confirmam-no as fontes quantitativas, estatísticas, bem como as qualitativas — o testemunho da literatura, das crônicas, da Imprensa, em parte até dos testemunhos pessoais. Poder-se-ia dizer que houve um crescimento “vegetativo”, natural, ligado ao processo de causação circular, cumulativa.

Entretanto, não foi um processo linear, de crescimento a taxas constantes: houve aceleração do progresso, sobretudo a partir da fase que foi caracterizada como de *take-off* e, ainda mais, no último quartel do século focalizado. E houve, também, fases de estagnação ou mesmo de recessão, devidamente assinaladas no texto.

Por que o lento deslanchar e os percalços enfrentados no percurso, inclusive depois do arranco? Em primeiro lugar, trata-se de fruto da História, do destino traçado ao longo de séculos: afinal de contas, a causação circular funciona também no sentido negativo, como um freio ao progresso. E, em se tratando de um conjunto complexo de fatores, é normal que demore a remoção dos “grilhões do atraso”, em que pese à impaciência manifestada pelo corpo social, ávido do progresso.

Veza por outra este obstáculo é provocado pela própria sociedade, devido ao fenômeno, assaz generalizado, de inércia social ou devido à resistência de certos grupos cujos interesses estão ligados às estruturas antiquadas: um exemplo relevante encontra-se na luta dos cafeicultores na defesa do seu setor, resultando nas operações de valorização do café —

bem sucedidas a curto prazo, mas contraproducentes numa perspectiva mais ampla.

Os obstáculos ocorreram amiúde por causa de choques externos — alguns tão importantes que constituem marcos na evolução do País, como se viu já na Introdução deste trabalho: as duas Guerras Mundiais, a Grande Depressão, os choques do petróleo — mas, também, em dimensões mais reduzidas, as crises econômicas periódicas dos países industrializados, as políticas nacionais dos mesmos países entre a Grande Depressão e a Segunda Guerra Mundial, bem como depois dos choques do petróleo, o colapso do sistema financeiro internacional na década de 80 — e outros.

Obviamente, a culpa não deve ser procurada apenas nas estrelas — como advertiu o herói de Shakespeare — nem com exclusividade no estrangeiro, como quer um certo ufanismo extremado. O progresso econômico foi retardado ou prejudicado, em várias ocasiões, pelas convulsões políticas internas (embora até agora não se tenha procedido à tarefa, nada fácil, de quantificar as perdas daí resultantes). Numa visão mais objetiva, pode-se afirmar que muitas mazelas decorreram do próprio comportamento — às vezes obtuso ou irracional — do corpo social, o qual leva ao problema da educação como condição básica do desenvolvimento. Os dirigentes políticos puderam ter sua parcela de culpa por erros de avaliação frente aos problemas econômicos do País, contudo não é lícito responsabilizá-los por não terem aplicado, na sua época, soluções que a teoria econômica descobriu muito mais tarde: um exemplo típico são as críticas feitas *a posteriori* à falta de políticas econômicas anticíclicas, em tempos muito anteriores à obra de KEYNES.

Como fatores positivos, pode-se identificar *per a contrario* as fases de normalidade política e econômica externa e interna: no exterior, o período da *Belle Époque* até a Primeira Guerra Mundial, a fase eufórica depois desta guerra até a Grande Depressão e, de modo geral, após a Segunda Guerra Mundial, embora agitada por guerras locais (Coréia, Vietname, Oriente Médio) e minada pela grande ruptura persistente entre o mundo socialista e o mundo ocidental. Sem exagerar-se a tese, é lícito admitir que os choques externos agiram como incitações para uma ação positiva: expansão das exportações durante as duas Guerras, incentivos à auto-suficiência, tais como se manifestaram, sobretudo, após a Grande Depressão ou após os choques do petróleo (por exemplo, a substituição da gasolina pelo álcool de cana).

De modo geral, entretanto, pode-se verificar, ao longo da evolução secular, o papel benéfico da cooperação internacional, manifestada, em primeiro lugar, no livre movimento de pessoas, mercadorias e capitais, bem como nas tentativas, infelizmente muitas vezes frustradas, de colaboração econômica internacional (principalmente depois da última guerra: ONU,

FMI, GATT, UNCTAD, etc. — além das realizações de caráter regional: ALALC, BID, ALADI, etc.). Nas épocas de maior estabilidade e expansão da economia internacional, a possibilidade de mobilizar fatores de produção, o movimento mais livre dos capitais internacionais e a confiança dos investidores, tanto no plano interno como no externo, permitiram taxas mais elevadas de investimento e crescimento, tal como aconteceu em 1903/1913, 1920/1929, 1947/1961 (nesta fase, apesar de certas tendências contrárias, em caráter xenófobo ou de apego aos ideais autárquicos de isolamento econômico) e especialmente 1965/1973, quando vingou o modelo “aberto” da economia, não obstante os choques de petróleo tenham mostrado mais tarde os perigos da dependência quando não existe um consenso de solidariedade e cooperação entre as nações.

A existência de abundantes recursos naturais conferiu uma grande versatilidade às atividades econômicas: assim foi possível a substituição das importações de gêneros alimentícios e a cobertura razoável do consumo interno pela produção nacional, bem como a criação de indústrias com matérias-primas locais — especialmente, o caso da siderurgia na década dos anos 20 e sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. A mesma versatilidade garantiu a expansão da energia hidráulica e, na crise do petróleo, a substituição da gasolina pelo álcool de cana.

Como se viu, a agricultura passou a ter um papel discreto, senão negativo, em termos de produtividade, resposta à demanda interna e baixa dos preços. Houve progressos, mas ainda insignificantes: o atraso secular não foi recuperado. Um fator negativo que não foi debelado consiste na obsoleta estrutura agrícola que, junto ao atraso tecnológico, não permitiu a fixação do homem no campo, provocando uma urbanização desordenada e ineficiente, com um setor terciário hipertrofiado e de baixa produtividade, e a manutenção do desemprego camuflado.

A indústria manteve seu papel dinâmico, em proporções crescentes, embora a tecnologia capital-intensiva tenha limitado a criação de empregos. Entretanto, as alterações observadas na estrutura industrial demonstram a modernização do setor, a passagem para a indústria pesada e de ponta, malgrado o inevitável atraso tecnológico. Viu-se, também, que outro aspecto negativo — a concentração regional da indústria, resultado de um processo cumulativo de longo prazo — não recebeu, a não ser em pequena proporção, uma solução satisfatória.

Vale mencionar, sobretudo porque não aparecem, nas informações estatísticas, os progressos institucionais realizados no século: expansão e diversificação do sistema bancário (crédito agrícola e industrial, bancos de desenvolvimento, etc.), organização do sistema financeiro (instituições públicas e privadas para captação e canalização das poupanças), organi-

zação das instituições de classe, aprimoramento da organização trabalhista e sindical (embora com uma persistente interferência governamental).

Um século de experiência serviu para maior amadurecimento da classe empresarial, embora resistam vestígios de mercantilismo. Os órgãos governamentais aprimoraram, e diversificaram também, sua atuação. A sua interferência foi muitas vezes profícua, mas resultou, também, em excesso de estatização, com uma forte dose de ineficiência. As deficiências do setor público, completadas por fatores negativos do lado dos agentes econômicos, privados, mais as influências externas nocivas, contribuíram para a manutenção de um processo inflacionário permanente, o qual, sobretudo nos momentos de exacerbação, prejudicou o desempenho da economia.

Viu-se que os resultados foram modestos em torno de eliminação ou, pelos menos, atenuação das disparidades de renda, tanto em nível regional como em nível pessoal. A preocupação com estes aspectos cresceu somente em tempos recentes e não provocou uma atuação mais decidida, apesar das boas intenções. O mesmo se pode dizer a respeito do problema fundamental da educação. Os modestos progressos realizados ao longo do século da República, inclusive nas décadas mais recentes de ação mais intensiva, explicam provavelmente muitos dos percalços e das insuficiências da economia nacional.

Qual é o balanço final? Sem dúvida, positivo. Se não o foi mais, fica por conta do Destino ou da responsabilidade dos próprios atores do processo.

### Quadro I

Produto real global e per capita  
(variação percentual)

	Global			per capita		
	a.a no período	acumulado	acumulado	a.a no período	acumulado	acumulado
1890/1902	2,4	36,2	36,2	0,1	1,0	1,0
1903/1913	3,6	48,0	101,6	1,4	17,4	18,6
1914/1918	2,4	12,3	126,4	0,1	0,8	19,6
1919/1929	5,8	85,2	319,3	3,6	48,2	77,3
1930/1932	-0,4	-1,2	314,3	-2,3	-7,0	64,9
1933/1939	6,3	53,6	536,4	4,2	33,2	119,6
1940/1946	3,3	25,5	698,7	1,0	7,1	135,1
1947/1962	7,1	200,0	2296,1	4,2	91,6	350,5
1963/1966	0,3	1,2	2324,9	-2,6	-10,1	305,2
1967/1980	8,6	217,4	7596,6	5,8	121,9	799,0
1981/1983	-1,7	-5,0	7211,8	-3,9	-11,1	699,0
1984/1987	6,3	27,7	9237,2	3,6	15,0	318,6

*Quadro II*

PIB global e per capita

	<i>PIB global</i> (US\$ milhões de 1970)	<i>População</i> (1000 hab.)	<i>PIB per capita</i> (US\$ de 1970)
1889	1.228	13.932	88
1902	1.673	18.782	89
1913	2.476	23.660	105
1918	2.780	26.277	106
1929	5.149	32.894	157
1932	5.088	34.957	146
1939	7.815	40.289	194
1946	9.808	47.313	207
1962	29.424	73.951	398
1966	29.778	83.175	358
1980	94.514	119.003	794
1983	89.789	127.218	706
1987	114.661	141.302	811

*Quadro III*

Setor externo

	<i>Exportação</i> <i>Fob</i> (£ 1.000)	<i>Importação</i> <i>Cif</i> (£ 1.000)	<i>Dívida</i> <i>externa</i> (£ milhões)	<i>Taxa de</i> <i>câmbio</i> (mil-réis/£)
1889	28.552	24.002	31,1	9,075
1902	36.437	23.279	59,8	20,213
1913	65.451	67.166	144,2	15,000
1918	61.168	52.817	153,7	18,656
1929	94.831	86.653	252,3	40,710
1932	36.630	21.774	268,4	69,474
1939	37.298	31.801	242,7	153,541
1946	985 <sup>(1)</sup>	673 <sup>(1)</sup>	160,0	18,85 <sup>(2)</sup>
1962	1.214	1.475	4,0 <sup>(2)</sup>	304,50
1966	1.741	1.496	5,2	2.186,69
1980	20.132	24.961	53,8	88,66 <sup>(4)</sup>
1983	21.899	16.801	81,3	534,32
1986	22.393	11.730	101,8	14,94 <sup>(5)</sup>

(1) A partir de 1946: US\$ milhões

(2) A partir de 1967: US\$ bilhões

(3) A partir de 1946: Cr\$/US\$

(4) A partir de 1980: Cr\$ novos/US\$

(5) Cr\$/US\$



Quadro IV

Moeda e preços

(Variação decenal %)

	<i>Meios de pagamento</i>	<i>Preços (1)</i>	<i>Taxa de câmbio</i>
1889/1899	275,4	69,4	258,9
1899/1909	12,8	—18,3	—51,0
1909/1919	143,3	76,9	16,3
1919/1929	134,8	75,7	119,3
1929/1939	96,4	27,7	277,2
1939/1949	151,6	233,0	—5,0
1949/1959	1.671,0	425,4	449,4
1959/1969	5.558,3	3.620,2	3.800,6
1969/1979	2.729,5	1.272,4	6.313,0

(1) 1912/1938: ICV-RJ; 1939/1949: IPA; após 1950: IGP-DI.

Quadro V

*Evolução do parque industrial*

	<i>n.º de estab.</i>	<i>n.º de operários</i>	<i>potência (HP)</i>	<i>oper./ estab.</i>	<i>operário HP/</i>
1889 (*)	636	54.169	65.000	85	1,20
1907	3.250	150.841	109.284	46	0,72
1920	13.336	293.673	310.424	22	1,06
1940	49.418	713.314	1.186.358	14	1,66
1950	89.086	1.153.194	2.667.017	13	2,31
1960	110.339	1.513.713	...	14	...
1980	239.104	4.734.097	...	20	...

(\*) Simonsen R.; os dados são questionáveis sobretudo quanto à relação HP/operário.

Quadro VI

Balanço de pagamentos

(US\$ milhões)

	1907 <sup>(1)</sup>	1939 <sup>(2)</sup>	1947	1958	1968	1978	1985
Balança comercial	19,0	87,6	130	65	26	-1.024	12.471
— Exportação FOB	54,2	318,8	1.157	1.244	1.881	12.659	25.639
— Importação FOB	-35,2	-231,2	-1.027	-1.179	-1.855	-13.683	-13.168
Serviços	-19,4	-53,5	-257	-309	-556	-6.037	-12.893
— Fretes e seguros	-5,3	-30,2	-160	-108	-72	-1.032	-473
— Juros e lucros	-8,1	-11,7	-36	-89	-228	-4.232	-11.191
— Outros	-5,6	-11,6	-61	-112	-256	-773	-1.229
Transações correntes <sup>(1)</sup>	-0,4	34,1	-151	-248	-508	-6.990	-268
Capitais	10,0	-0,3	12	184	541	11.891	-2.729
— Invest. diretos <sup>(2)</sup>	...	...	36	110	61	2.047	1.253
— Emprést. e financ.	...	...	24	398	964	15.168	4.908
— Amortizações	...	...	-48	-324	-484	-5.324	-8.890
Saldo <sup>(3)</sup>	8,9	-0,8	-182	-253	32	4.262	-3.526

(1) Inclusive transferências unilaterais.

(2) Líquido: investimentos estrangeiros menos brasileiros.

(3) Inclusive Erros e Omissões.

(4) £ milhões.

(5) Cz\$ milhões (velhos)

## BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Pinto de. *Rui e a Economia Brasileira*. Rio de Janeiro, Fund. Casa Rui Barbosa, 1973.
- BAER, Werner — I. *A Industrialização e o Desenvolvimento Econômico do Brasil*. Rio de Janeiro, FGV, 1966.
- BAER, Werner — II. *Siderurgia e Desenvolvimento Brasileiro*. Rio de Janeiro, Zahar, 1970.
- BAER, Werner — VILLELA, Annibal Villanova. *Croissance industrielle et industrialisation in: L'Histoire Quantitative du Brésil de 1800 à 1930*. Paris, CNRS, 1973.
- BAIROCH, Paul — I. *Le Tiers Monde dans l'Impasse*. Paris, Gallimard, 1971.
- BARNES, Harry Elmer. *História de la Economía del Mundo Occidental*. México, UTEHA, 1955.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *O Governo Kubitschek*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976.
- BOUÇAS, Valentim. *Divida Externa*. Rio de Janeiro, Ministério da Fazenda, 1955.
- BRESSER PEREIRA, L. C. *Desenvolvimento e Crise no Brasil*. Rio de Janeiro, Zahar, 1968.
- BUESCU, Mircea — I. *Brasil: Disparidades de Renda no Passado*. Rio de Janeiro, APEC, 1979.
- BUESCU, Mircea — II. *Brasil: Problemas Econômicos e Experiência Histórica*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1985.
- BUESCU, Mircea — III. *Evolução Econômica do Brasil*. Rio de Janeiro, APEC, 1974.
- BUESCU, Mircea — IV. *Guerra e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, APEC, 1976.
- BUESCU, Mircea — TAPAJÓS, Vicente. *História do Desenvolvimento Econômica do Brasil*. Rio de Janeiro, Casa do Livro, 1967.
- CALÓGERAS, J. Pandiá. *A Política Monetária do Brasil*. São Paulo, CEN, 1968.
- CANO, Wilson. *Raízes da Concentração Industrial em São Paulo*. São Paulo, DIFEL.
- CARONE, Edgard. *A República Velha*. São Paulo, DIFEL, 1970.
- CASTRO, Ana Célia. *As Empresas Estrangeiras no Brasil 1860-1913*. Rio de Janeiro, Zahar, 1979.
- CASTRO, Antônio Barros de. *7 Ensaios sobre a Economia Brasileira*. Rio de Janeiro, Forense, 1969.

- CHACEL, Julian M. *A Fugaz Trajetória do Cruzado*. Rio de Janeiro, JMC, 1987.
- *Crise (A) do Bom Patrão* — ed. P. Rabello de Castro. Rio de Janeiro, CEDEC/APEC, s/d.
- DEAN, Warren. *A Industrialização de São Paulo*. São Paulo, DIFEL, 1971.
- DELFIN NETTO, Antônio. *O Problema do Café no Brasil*. São Paulo, USP, 1959.
- *Economia (A) Brasileira e suas Perspectivas*. Rio de Janeiro, APEC, 1962/1988.
- *Ensaio sobre o Café e Desenvolvimento Econômico*. Rio de Janeiro, IBC, 1973.
- *Estatísticas Históricas do Brasil*. Rio de Janeiro, IBGE, 1987.
- *Formação Econômica do Brasil*. — Org. F. R. Versiani — J. R. M. de Barros — São Paulo, Saraiva, 1977.
- FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1964.
- GALVÊAS, Ernane — I. *A Crise do Petróleo*. Rio de Janeiro, APEC, 1985.
- GALVÊAS, Ernane — II. *A Saga da Crise*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1985.
- GALVÊAS, Ernane — III. *Brasil: Desenvolvimento e Inflação*. Rio de Janeiro, APEC, 1978.
- GALVÊAS, Ernane — IV. *Brasil: Economia Aberta ou Fechada?* Rio de Janeiro, APEC, 1982.
- GASTALDI, J. Petrelli. *A Economia Brasileira e os Problemas do Desenvolvimento*. São Paulo, Saraiva, 1968.
- GOLDSMITH, Raymond W. *Brasil 1850-1984 — Desenvolvimento Financeiro sob um Século de Inflação*. São Paulo, Harper-Row, 1986.
- GUDIN, Eugênio. Notas sobre a economia brasileira desde a proclamação da República até nossos dias — in: *Revista Brasileira de Economia*. Rio de Janeiro, vol. 26, nº 3, jul./set. 1972.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro Séculos de Latifúndio*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, s/d.
- HADDAD, Cláudio. Crescimento do produto real brasileiro 1900/1947 — in: *Formação Econômica do Brasil*, op. cit.
- *Idéias Econômicas de Joaquim Murttinho* — Brasília/Rio de Janeiro, Senado Federal/Casa Rui Barbosa, 1980.
- KUZNETS, Simon — I. *Aspectos Quantitativos do Desenvolvimento Econômico*. Rio de Janeiro, Forense, s/d.

- KUZNETS, Simon — II. *O Crescimento Econômico do Pós-Guerra*. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1966.
- LAFER, Betty Mindlin. *Planejamento do Brasil*. São Paulo, Perspectiva, 1973.
- *La Préindustrialisation du Brésil* — dir. Fr. Mauro. Paris, CNRS, 1984.
- LAMBERT, Denis-Clair. Le degré de dualisme de l'économie brésilienne s'est-il atténué en un demi-siècle? — in: *L'Histoire Quantitative...* *op. cit.*
- LAMBERT, Jacques. *Os Dois Brasis*. São Paulo, CEN, 1969.
- LANGONI, Carlos Geraldo — I. *As Causas do Crescimento Econômico do Brasil*. Rio de Janeiro, APEC, 1974.
- LANGONI, Carlos Geraldo — II. *Distribuição da Renda e Desenvolvimento Econômico do Brasil*. Rio de Janeiro, Expansão e Cultura, 1973.
- LEFF, Nathaniel H. Uma perspectiva a longo prazo do desenvolvimento e do subdesenvolvimento — in: *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, vol. 26, nº 3, jul./set., 1972.
- LEVY, Maria Bárbara. *História da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, IBMEC, 1977.
- LIMA, Heltor Ferreira — I. *História do Pensamento Econômico no Brasil*. São Paulo, CEN, 1976.
- LIMA, Heltor Ferreira — II. *3 Industrialistas Brasileiros*. São Paulo, Alfa-Omega, 1976.
- LOBO, Eulália L. — I. Evolução dos preços e do padrão de vida no Rio de Janeiro — in: *Revista Brasileira de Economia*. Rio de Janeiro, vol. 25, nº 4, 1971.
- LOBO, Eulália L. II. *História do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, IBMEC 1978.
- LORENZO-FERNANDES, O. S. *A Evolução da Economia Brasileira*. Rio de Janeiro, Zahar, 1976.
- LUZ, Nícia Villela. *A Luta pela Industrialização do Brasil*. São Paulo, DIFEL, 1971.
- MALAN, Pedro S. *et alii*. *Política Econômica Externa e Industrialização no Brasil 1939/1952*. Rio de Janeiro, IPEA, 1977.
- MAURO, Frédéric. *História Econômica Mundial 1790-1970*. Rio de Janeiro, Zahar, 1973.
- MELLO FRANCO, Affonso Arinos de. *Conceito de Civilização Brasileira*. São Paulo, CEN, 1936.
- NEUHAUS, Paulo. *História Monetária do Brasil 1900/1945*. Rio de Janeiro, IBMEC, 1975.
- NIVEAU, M. *História dos Fatos Econômicos Contemporâneos*. São Paulo, DIFEL, 1960.

- NORMANO, J. F. *Evolução Econômica do Brasil*. São Paulo, CEN, 1975.
- ÓNODY, Oliver. *A Inflação Brasileira 1820/1958*. Rio de Janeiro, 1960.
- PALAZZO, José Truda. *Estudos de Economia Internacional*. Porto Alegre, Sulina, 1964.
- PELÁEZ, Carlos Manuel — I. *História da Industrialização Brasileira*. Rio de Janeiro, APEC, 1972.
- PELÁEZ, Carlos Manuel — II. *História Econômica do Brasil*. São Paulo, Atlas, 1979.
- PELÁEZ, Carlos Manuel — SUZIGAN, Wilson. *História Monetária do Brasil*. Rio de Janeiro, IPEA, 1976.
- POMMÉRY, Louis. *Aperçu d'Histotre Economique Contemporaine 1890-1939*. Paris, Médicis, 1945.
- REZENDE, Fernando et alii. *Aspectos da Participação do Governo na Economia*. Rio de Janeiro, IPEA, 1976.
- ROSTOW, W. W. *Etapas do Desenvolvimento Econômico*. Rio de Janeiro, Zahar, 1964.
- SAMPSON, Anthony. *Os Credores do Mundo*. Rio de Janeiro. Ricard, s/d.
- SILVA, Victor da — BUESCU, Mircea. *10 Anos de Renovação Econômica*. Rio de Janeiro, APEC, 1974.
- SIMONSEN, Mário Henrique — I. *Brasil 2001*. Rio de Janeiro, APEC, 1969.
- SIMONSEN, Mário Henrique — II. *Brasil 2002*. Rio de Janeiro, APEC, 1974.
- SIMONSEN, Mário Henrique — CAMPOS, Roberto de Oliveira. *A Nova Economia Brasileira*. Rio de Janeiro, José Olympio, 1974.
- SIMONSEN, Roberto C. *Evolução Industrial do Brasil*. São Paulo, CEN, 1973.
- SIMONSEN, Roberto C. — GUDIN, Eugênio. *A Controvérsia do Planejamento na Economia Brasileira*. Rio de Janeiro, IPEA, 1977.
- SOLOMON, Robert. *O Sistema Monetário Internacional 1945-1976*. Rio de Janeiro, Zahar, 1979.
- TAUNAY, Affonso de E. *Pequena História do Café no Brasil*. Rio de Janeiro, DNC, 1945.
- TAVARES, Marla da Conceição. *Da Substituição de Importações ao Capitalismo Financeiro*. Rio de Janeiro, Zahar, 1972.
- VILLELA, Annibal Villanova — BAER, Werner. *O Setor Privado Nacional*. Rio de Janeiro, IPEA, 1980.
- VILLELA, Annibal Villanova — SUZIGAN, Wilson. *Política do Governo e Crescimento da Economia Brasileira 1889/1945*. Rio de Janeiro, IPEA, 1973.
- *25 Anos de Economia Brasileira*. Rio de Janeiro, Record, 1965.
- WIRTH, John D. *A Política do Desenvolvimento na Era de Vargas*. Rio de Janeiro, FGV. 1973.

## Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

À venda no Anexo I do Senado Federal,  
22.º andar — Tels.: (061) 311-3578 e 311-3579

*Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal), ou pelo reembolso postal.*

### “REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 30 a 32, 34 a 39, 41, 43, 47 a 53, 55 a 100.

### “ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 90)” (distribuição gratuita aos assinantes da Revista).

### “CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

*Volume 1* — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85).

*Volume 2* — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

(No prelo: edição com a Constituição de 1988.)

---

*Não estão relacionadas as obras esgotadas.*

**"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL —  
QUADRO COMPARATIVO" (5.ª edição — 1986)**

Texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85, comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Constituição de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático.

(No prelo: edição comparativa da Constituição de 1988.)

**"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"  
(edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986**

Constituição da República Federativa do Brasil — texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85 (anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade). Remissões à Constituição Federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

**"CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS"  
(edição 1987) — 3 volumes**

*Volume 1* — Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

*Volume 2* — Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguai e Venezuela.

*Volume 3* — Índice temático comparativo de todas as Constituições.

**"CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS" (edições 1988) — 6 volumes**

*Volume 1* — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polónia, Romênia e Tchecoslováquia.

*Volume 2* — Costa Rica e Nicarágua.

*Volume 3* — Angola, Cabo Verde, Moçambique e São Tomé e Príncipe.

*Volume 4* — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia.



*Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.*

*Volume 6 — Coréia (República da), Filipinas e Suriname.*

Índice temático comparativo em cada volume.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

*Quadro comparativo:* Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto de 1969.

Notas.

Índice temático.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUENTES DO BRASIL”  
— obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal  
(edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição  
1985) — 3 volumes — com suplementos de atualização de 1987 e  
1988

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 58/88.

Legislação citada.

Histórico (tramitação legislativa).

Índice temático.

“LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (2.ª edição — 1987) —  
3 volumes

Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados-Membros da Federação brasileira.

Índice temático comparativo.

## “PROCESSO LEGISLATIVO” (4.<sup>a</sup> edição atualizada e ampliada — 1985)

Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Sanção, promulgação e veto.

Emendas à Constituição. Leis complementares. Leis ordinárias. Leis delegadas. Decretos-leis. Decretos legislativos. Resoluções.

Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.

Competência privativa do Senado Federal. Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Impedimento de parlamentar.

Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo n.º 79, de 1979).

Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

## “EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-84 — texto anotado e indexado.

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU).

Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto).

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

## “CÓDIGO DE MENORES” (2.<sup>a</sup> edição — 1984)

Lei n.º 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da lei (tramitação legislativa). Informações. Índice.

## “SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1984)

Lei n.º 7.170, de 14-12-83 — texto com índice temático.

*Quadro comparativo* da Lei n.º 7.170/83 com a Lei n.º 6.620/78.

Anotações.

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.170/83.

Subsídios para a elaboração da lei.

**“REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4.ª edição — 1984)**

Decreto-Lei n.º 200/67 — texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

**“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (6.ª edição — 1988) —**

2 volumes

*Volume 1* — Legislação: Constituição Federal (disposições eleitorais e partidárias), Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação, eleições municipais de 1988 (Lei n.º 7.664/88).

Textos consolidados, anotados e indexados.

Ementário.

*Volume 2* — Instruções do TSE para as eleições de 1988.

(No prelo: volume atualizado para as eleições de 1989.)

**ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da **Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal**).

Assinatura anual: n.ºs 97 (janeiro/março de 1988) a 100 (outubro/dezembro de 1988).

**Preço: NCz\$ 12,00**

Dirija seu pedido à

**Subsecretaria de Edições Técnicas**

**Senado Federal**

**70160 Brasília, DF**

# Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

**Biblioteca Nacional**

**Instituto Nacional do Livro**

**Senado Federal**

**Câmara dos Deputados**

**Tribunal de Contas da União**

**Presidência da República**

**Ministérios**

*Procuradoria-Geral da República*

*Consultoria-Geral da República*

**Supremo Tribunal Federal**

*Tribunal Federal de Recursos*

**Superior Tribunal Militar**

**Tribunal Superior Eleitoral**

*Tribunal Superior do Trabalho*

**Assembléias Legislativas**

**Tribunais de Justiça**

**Tribunais de Contas Estaduais**

**Tribunais Regionais Eleitorais**

**Tribunais Regionais do Trabalho**

**Procuradorias-Gerais dos Estados**

**Ordem dos Advogados do Brasil**

**(Conselho e Secções Regionais)**

**Faculdades de Direito**