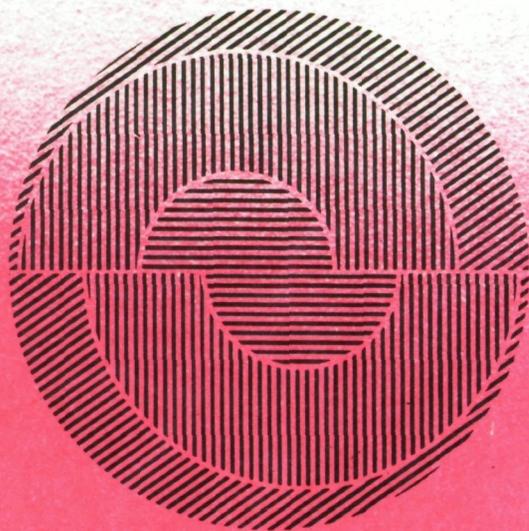


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1992

ANO 29 • NÚMERO 113

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 29 n. 113 jan./mar. 1992

**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 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**

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

ISS 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

	<i>Pág.</i>
Sistemas de Governo e controle do poder — <i>Eduardo K. M. Carrion</i> ..	5
A crise do Estado de Direito e Social e a Constituição Federal — <i>A. B. Cotrim Neto</i>	15
Ordem política. Direito e Estado — <i>Nelson Saldanha</i>	25
Organização do Estado brasileiro — <i>Torquato Jardim</i>	31
A reforma constitucional e o plebiscito — <i>Paulo Bonavides</i>	53
Os limites da revisão constitucional — <i>Inocência Mártires Coelho</i> ..	67
Revisão da Constituição Federal antes de 1993: porque não — <i>Gerardo Vieira Simões Filho</i>	77
A retroatividade das normas constitucionais e os efeitos da Constituição Federal sobre os direitos adquiridos — <i>Carlisle Popp</i>	87
A inobservância do princípio da continuidade das leis como fator de sua multiplicação — um exemplo — <i>Cássia Maria Senna Ganem</i>	99
Quinto Constitucional dos Tribunais de Alçada e acesso aos Tribunais de Justiça na Constituição de 1988 — <i>Xavier de Albuquerque</i>	119
A Constituição de 1988: um mito para resgatar — <i>Silvio Dobrowolski</i>	131
As chamadas “questões políticas” no Direito Constitucional Brasileiro — <i>Llewellyn Davies A. Medina</i>	143
A Constituição de 1968 e a liberdade de ensino — <i>José Bonifácio Borges de Andrada</i>	149
Medidas provisórias — <i>Giovani Clark</i>	153
Apontamentos sobre aspectos da constitucionalidade das proposições legislativas — <i>Afonso César</i>	171
Das fundações instituídas pelo Poder Público na Constituição de 88 — <i>Rômulo Paes Barreto</i>	177
Os empréstimos compulsórios e a Constituição de 1988 — <i>Valdir de Oliveira Rocha</i>	203
ICMS — Semi-elaborados — <i>Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho</i>	211
Espécies de desvio de poder — <i>Ronaldo Poletti</i>	217

As Guardas Municipais na Constituição Federal de 1988 — <i>Diógenes Gasparini</i>	229
Licitações (considerações em torno de alguns aspectos constitucionais) — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	243
As licitações no texto da Constituição de 1988 — <i>Palhares Moreira Reis</i>	257
Lei delegada — <i>Gastão Alves de Toledo</i>	269
Delegação normativa (limites às competências do CMN e BACEN) — <i>Geraldo Ataliba</i>	275
Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas — <i>Vitor Rolf Laubé</i>	307
Origem dos Tribunais de Contas. Evolução do Tribunal de Contas no Brasil — <i>Jarbas Maranhão</i>	327
Decisões dos Tribunais de Contas. Eficácia de título executivo — <i>Márcia Ferreira Cunha Farias</i>	321
O dirigente público e a gestão governamental dos fundos sociais na administração pública. — <i>Roberto Bocaccio Piscitelli</i>	345
Em defesa da propriedade — <i>Roberto Senise Lisboa</i>	359
Constituição Federal de 1891. Terras devolutas — art. 64: fronteira jurídica do campo de competência da União e dos Estados-Membros — <i>Odah Regina Guimarães Costa</i>	385
A ordem internacional contemporânea — <i>A. Machado Pauperio</i>	401
Reclamação trabalhista contra Estado estrangeiro — Imunidade de jurisdição — <i>Negi Calixto</i>	405
Hermenêutica da Constituição econômica — <i>Luis Afonso Heck</i>	415
Gramática translingüística do processo — <i>Gladston Mamede</i>	447
Babilônia em Luxemburgo — A lingüística jurídica no Tribunal de Justiça das comunidades européias — <i>Pascale Berteloot</i>	461
Ley de convertibilidad en Argentina y su repercusión en las locaciones urbanas — <i>Daniel E. Moeremans</i>	479
Considerações sobre o direito autoral chinês — <i>N. P. Teixeira dos Santos</i>	499
Suíça: 700 anos — Modelo de federalismo e democracia — <i>Ricardo Arnaldo Malheiros Ftuzza</i>	505
O Centenário da Faculdade de Direito de Belo Horizonte — <i>Silveira Neto</i>	515

DIREITO COMPARADO

Lei portuguesa de autonomia das universidades	521
Lei chinesa sobre direito autoral	537
Código do Trabalho da França	551

Sistemas de Governo e Controle do Poder

EDUARDO K. M. CARRION

Professor Titular de Teoria Geral do Estado
e de Direito Constitucional da Faculdade
de Direito da UFRGS

S U M A R I O

I — Introdução. II — Fortalecimento do Legislativo e Fiscalização do Executivo. III — Controle Social da Administração Pública.

I — Introdução

O regime parlamentarista de governo traduziu historicamente a supremacia do Parlamento, instrumento para a conquista do poder político por parte da burguesia emergente em sua luta contra a aristocracia, por um lado, e o Monarca, por outro. Nem sempre, porém, as assembléias representativas encarnaram a suprema autoridade no Estado. Isto seria obra de um longo processo, cujas origens remontam à Idade Média. Inicialmente, aquelas assembléias contentavam-se em apenas consentir novos subsídios e apresentar queixas ou petições ao poder real. Com o tempo, são associadas ao exercício da função legislativa, consumando-se o processo quando do deslocamento do exercício da função executiva do Monarca para um Gabinete politicamente responsável perante o Parlamento. A Coroa torna-se assim cada vez mais dependente do Parlamento. Esta evolução variaria consideravelmente conforme o país e segundo as alianças políticas estabelecidas pelos principais protagonistas da cena política.

A responsabilidade política do Executivo perante o Legislativo constitui o elemento essencial do parlamentarismo. Como se sabe, o Executivo, num regime parlamentarista, é dualista: o Chefe de Estado — Monarca, numa Monarquia, e Presidente, numa República — e o Chefe de Governo ou Primeiro-Ministro, verdadeiro centro político do Executivo num parlamentarismo clássico. Nesta forma de governo, o Primeiro-Ministro é indica-

Texto apresentado no 12.º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), Águas de São Pedro, SP, outubro de 1988.

do pelo Chefe de Estado dentro da maioria parlamentar, devendo submeter seu programa de governo ao Legislativo. Este pode, a qualquer tempo, destituí-lo através da aprovação de uma moção de desconfiança. Convém lembrar que este jogo da responsabilidade política é exercido pelos representantes diretos da nação. Neste sentido, o parlamentarismo caracteriza-se como um sistema de governo de preponderância do Legislativo. Mesmo na eventualidade da dissolução do Legislativo pelo Executivo, segundo mecanismo de controle de um poder sobre o outro no parlamentarismo, a solução final do conflito entre os dois poderes é democraticamente remetida ao eleitorado, através de novas eleições legislativas.

No presidencialismo, inexistente instrumento análogo. O *impeachment* configura-se como um mecanismo de julgamento por crime de responsabilidade cometido por determinadas autoridades, em função mesmo da natureza do cargo exercido, não guardando proporção com a responsabilidade política do Executivo perante o Legislativo, existente no regime parlamentarista. Nada mais lógico, portanto, que, no presidencialismo, a responsabilidade política do Executivo dê-se diretamente perante o eleitorado, através de eleições diretas para a Presidência. Transformou-se na forma consagrada para manter o controle e a representatividade do Executivo num regime presidencial, caracterizado como de separação rígida entre os poderes. Mesmo nos Estados Unidos da América, trata-se efetivamente de eleições diretas para a Presidência. A intenção dos constituintes norte-americanos foi, é verdade, a de instituir um sistema de sufrágio indireto para a indicação do Presidente. Entretanto, estabeleceu-se progressivamente, com a democratização do regime político, um sistema de eleição popular do detentor do Executivo.

Na análise da questão, não podemos esquecer que alguns parlamentarismos passaram a adotar a indicação direta do detentor do Poder Executivo. Na França, na Áustria, em Portugal, na Finlândia, na Irlanda e na Islândia, o Presidente é eleito pelo sufrágio universal direto. Esta modalidade de indicação do Presidente representa uma infração à lógica do sistema parlamentarista, levando muitas vezes ao fortalecimento do Executivo, agora também representante da soberania popular, em detrimento do Legislativo, e, dentro do Executivo, ao fortalecimento do Chefe de Estado em detrimento do Chefe de Governo. Os poderes formais do Presidente tendem, assim, a ser, com o voto popular, poderes reais, inclusive a prerrogativa de dissolução do Parlamento. Aliás, estes parlamentarismos podem facilmente evoluir no sentido da hipertrofia do Executivo. Mesmo na Inglaterra, ocorre efetivamente a indicação direta de detentor do Executivo, neste caso o

Primeiro-Ministro. Como se trata de um sistema bipartidário de fato, onde dois grandes partidos monopolizam o eleitorado ou a representação parlamentar, conseqüência, entre outras coisas, da adoção do escrutínio majoritário, o chamado "voto distrital" entre nós, as eleições legislativas têm como resultado a indicação efetiva do Primeiro-Ministro. Mais ainda: na Inglaterra, ocorre mesmo uma verdadeira confusão dos poderes, o Legislativo passando a ser, em função da existência de uma maioria parlamentar estável durante toda a legislatura, uma simples caixa de ressonância das decisões do Executivo, personalizado pelo Gabinete (a denominada "ditadura do Gabinete"). Aliás, poder-se-ia afirmar que o Primeiro-Ministro inglês, detentor do Executivo num regime parlamentarista, possui paradoxalmente maiores prerrogativas e competências do que o Presidente norte-americano, detentor do Executivo num regime presidencial. De qualquer forma, a indicação direta do detentor do Executivo, além de representar inegavelmente um mecanismo democrático, possibilita quase sempre uma escolha também direta por parte do eleitorado do programa de governo de sua preferência, talvez uma das principais virtudes do sistema presidencial.

Se o regime parlamentarista de governo traduziu historicamente a supremacia do Parlamento, instrumento para a conquista do poder político por parte da burguesia emergente, como se disse acima, observamos, desde o início deste século, nas democracias liberais, o gradativo fortalecimento do Executivo e correspondente enfraquecimento do Legislativo. Resultado em grande parte da própria ampliação das funções do Estado contemporâneo, intervencionista nos planos econômico, social e mesmo cultural. Em outros termos, o atual Executivo não se contenta mais em apenas executar ou administrar, agregando-se à tradicional função executiva a denominada função governamental, inclusive o poder regulamentar, ou seja, a prerrogativa de elaborar legislação. Mas há igualmente motivos políticos e não apenas "técnicos" para essa evolução. A partir do final do século passado e início deste, as classes trabalhadoras, com a conquista do sufrágio universal e organizadas em seus sindicatos e partidos políticos, tiveram finalmente acesso ao Parlamento, parecendo poder ameaçar o poder burguês ou, pelo menos, desestabilizá-lo, sobretudo no contexto de um regime parlamentarista. Essa situação levou também a uma transferência do eixo político do Estado do Legislativo, representação mais autêntica da sociedade civil, para o Executivo, representante mais fiel dos interesses dominantes.

Para Maurice Duverger, a distinção clássica entre parlamentarismo e presidencialismo jamais teve a importância que lhe foi atribuída. A

verdadeira distinção, segundo o autor, residiria naquela existente entre *regimes de governo de legislatura*, elevados ao poder pelos eleitores, e *regimes onde os governos resultam de combinações elaboradas pelos estados-maiores partidários e são eventualmente destituídos por combinações análogas*. Os regimes de governo de legislatura, caracterizados pelo reforço do Executivo, enquadrar-se-iam em três modalidades básicas: *parlamentarismo majoritário* (nas hipóteses tanto de bipolarização como de bipartidarismo ou de existência de “partido dominante”), caso da Inglaterra, República Federal da Alemanha e Índia, entre outros; *regime semipresidencial*, caso da França, por exemplo; e *regime presidencial*, caso dos Estados Unidos da América. Quanto ao outro tipo de regime, o parlamentarismo clássico, caracterizado pela supremacia do Parlamento, ainda encontraríamos na Itália e em alguns outros poucos países. No parlamentarismo majoritário e no regime semipresidencial, que derivam do parlamentarismo clássico, o voto de censura teria mesmo caído em desuso. Num certo sentido, a independência do Legislativo seria melhor assegurada no regime presidencial.

Ao tratar-se dos sistemas de governo com relação à experiência nacional, caberia relembrar a lição de José Honório Rodrigues para quem as falhas não estão na forma de governo, mas no dissídio entre poder e sociedade. Na realidade, se um determinado sistema de governo puder eventualmente apresentar-se como mais eficiente para os objetivos democráticos, principalmente pelo asseguramento das prerrogativas tradicionais do Parlamento, virtual ou pretenso representante da soberania popular, mais importantes e decisivas neste sentido serão a existência e a consolidação de mecanismos de efetivo controle e de real participação populares, de maneira a permitir que os próprios poderes sejam uma expressão mais autêntica da sociedade.

Nossa tradição de um Executivo forte e de um Legislativo fraco resulta diretamente daquele dissídio que se enrafza em última análise nas características de nosso Estado desde o Brasil Colônia. Assim, o presidencialismo adotado quando da República é antes um prolongamento do que uma ruptura com o parlamentarismo imperial, constituído pelo denominado “poder pessoal” do Monarca. Justifica-se, assim, plenamente, a expressão Sua Majestade, o Presidente do Brasil, empregado por autor inglês no início deste século. Em outros termos, deveríamos falar, no nosso caso, em *presidencialismo* e não propriamente em regime presidencial (segundo Maurice Duverger, “o presidencialismo constitui uma aplicação deformada

do regime presidencial clássico, pelo enfraquecimento dos poderes do Parlamento e a hipertrofia dos poderes do Presidente: daí seu nome”).

Durante a experiência populista, o Legislativo tendeu a caracterizar-se como um reduto mais conservador diante de um Executivo de base mais popular. Conservadorismo este do Legislativo não só em função do bicameralismo que, no nosso caso, implica a existência de uma Câmara Alta, o Senado Federal, de recrutamento mais conservador do que a Câmara dos Deputados, e, ao contrário do caso alemão, com amplas prerrogativas legislativas, mas também da modalidade brasileira de representação proporcional nas eleições para a Câmara dos Deputados. Nesta, os Estados mais populosos e, geralmente, mais urbanizados e industrializados, os Estados mais politizados em suma, são invariavelmente sub-representados, enquanto que os Estados rurais e atrasados são sempre sobre-representados. Somente por ocasião das eleições para a Presidência, o voto de todos os cidadãos passa a possuir o mesmo peso e valor, evitando as desigualdades de representação entre os Estados. Foram eleitos, assim, candidatos de forte teor urbano e apelo popular. Isto sem considerar o predomínio na época do eleitorado rural e o controle do voto rural pelas oligarquias agrárias através do fenômeno do “coronelismo”. Entende-se, assim, que a adoção do parlamentarismo, transferindo o centro político do Executivo para um Primeiro-Ministro responsável politicamente face ao Legislativo, se configurasse como um expediente conservador para resolver a crise política provocada pela renúncia do Presidente da República em 1961.

As considerações acima levam-nos a ser pelo menos prudente, tratando-se de parlamentarismo. A opção por este sistema de governo pode ter a conotação de enfatizar o papel e de reforçar as prerrogativas do Parlamento, virtual ou pretense representante da soberania popular, como se salientou, face a uma tradição de hipertrofia do Executivo. Entretanto, após uma experiência secular, o parlamentarismo sofreu alterações e modificações que, em alguns casos, descaracterizaram o modelo original de um Parlamento soberano e proeminente e de um Executivo subordinado àquele. A defesa do papel e das prerrogativas do Parlamento dependerá então não só da forma de governo adotada, como também do regime eleitoral empregado e do sistema partidário existente, entre outras coisas. Um parlamentarismo com eleições diretas para a Presidência ou com voto distrital poderá ter os efeitos inversos aos declarados ou almejados, aproximando-o da prática presidencialista criticada e condenada. Além disto, um parlamentarismo bicameralista pode reeditar o parlamentarismo conservador

de outrora, salvo se reduzidas as atribuições do Senado Federal à matéria exclusivamente federal e se excluída sua participação do jogo da responsabilidade política do Executivo perante o Legislativo. Da mesma forma, a manter-se a atual modalidade de representação proporcional, sem aperfeiçoá-la no sentido de uma representação estadual na Câmara dos Deputados efetivamente proporcional ao número de habitantes ou ao número de eleitores dos Estados-Membros da Federação. Demais, dependendo ainda do tipo de parlamentarismo, a Presidência da República, a Chefia de Estado, pode transformar-se num Poder Moderador, aparentemente representação de um Estado pretensamente neutro, distinto do Governo, mas na realidade órgão de tutela, substituindo-se à soberania popular e eventualmente monopolizando atribuições nas áreas de política externa, defesa nacional e liberdades públicas. Com a agravante de a Chefia de Estado ser, num regime parlamentarista, irresponsável politicamente, tanto face ao Parlamento como face ao eleitorado. Seria ainda de se perguntar, numa sociedade com profundos e graves problemas sociais como a nossa, se um Executivo presidencial, com a indispensável legitimidade assegurada por eleições diretas, hipótese do presidencialismo, não poderia eficazmente implementar as alterações estruturais que se fazem urgentes e necessárias.

Parece haver unanimidade com relação à necessidade de superarmos nosso presidencialismo tal como vem sendo praticado. As alternativas são diversas, desde a experiência de um autêntico regime presidencial até a adoção de um parlamentarismo clássico. Antes de tudo, cabe reformar o Legislativo e limitar o Executivo. Caso mantido o bicameralismo, em consequência inclusive da retomada do federalismo, o Senado Federal, representação dos Estados, hoje com maiores competências constitucionais do que a própria Câmara dos Deputados, representação popular, deve ter reduzidas suas atribuições às matérias que digam fundamentalmente respeito à Federação, sob pena de transformar-se numa Câmara de veto às iniciativas inovadoras da Câmara dos Deputados. Esta, por sua vez, deve ter revista sua atual composição de forma a estabelecer-se uma exata proporcionalidade na representação dos Estados. As funções de legislação do Congresso Nacional devem ser recuperadas, suas funções de fiscalização do Executivo, ampliadas. Em consequência, o Executivo deve ter reduzidas suas funções de legislação. Além disso, devem-se criar, paralelamente aos mecanismos de fiscalização do Executivo por parte do Legislativo, efetivos instrumentos de controle social da administração pública.

Com isso, voltamos à preocupação primeira. O parlamentarismo, como a língua de Esopo, pode ser tanto a melhor como a pior das coisas. As

falhas não se encontram no sistema de governo, mas principalmente no dissídio entre poder e sociedade. Se o parlamentarismo pode eventualmente representar o melhor instrumento para a preservação da proeminência e da soberania do Parlamento, somente a efetiva democratização do Estado permitirá que as instituições políticas adotadas, seja sob a forma parlamentarista, seja sob a forma presidencialista, estejam efetivamente sob controle da sociedade.

II — *Fortalecimento do Legislativo e Fiscalização do Executivo*

Parece haver uma consciência generalizada da necessidade de fortalecimento do Legislativo, como condição para um aprofundamento da experiência democrática. Independentemente do sistema de governo adotado (presidencialismo mitigado, parlamentarismo puro, sistema híbrido), impõe-se a superação de nossa nefasta tradição de um Executivo hipertrofiado e de um Legislativo emasculado que, até agora, tem favorecido o autoritarismo e a irresponsabilidade governamentais.

Nas modernas democracias, três têm sido as funções precípuas do Legislativo: *elaboração da legislação*, tanto de ordem constitucional (Emendas à Constituição), como de natureza infraconstitucional (Leis ordinárias); *debate político* e *controle do Governo*. A tendência crescente desde o início deste século à ampliação da esfera de atuação legislativa do Executivo, em consonância aliás com a mudança de natureza do Estado Contemporâneo, intervencionista nos planos econômicos, social e mesmo cultural, tem relativizado cada vez mais o papel do Legislativo no que se refere à elaboração da legislação. Esta ampliação reflete-se tanto na existência de espécies normativas diretamente elaboradas pelo Executivo (decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos etc.), como também em sua participação no processo de elaboração da lei ordinária (iniciativa e veto, principalmente). Assim, a quase totalidade das leis ordinárias aprovadas tem geralmente sua origem no Executivo. Salienta-se, porém, que o Legislativo mantém a decisão política final em matéria de lei ordinária (discussão, votação e, eventualmente, derrubada do veto). Para fazer face a este quadro de degenerescência da atividade legislativa do Legislativo, cabe reduzir, mesmo reconhecendo a necessidade, para além dos simples regulamentos de execução, subordinados à lei ordinária, de uma capacidade normativa de conjuntura, sobretudo no âmbito econômico, a esfera de atuação legislativa do Executivo. Ademais, de melhor aparelhar tecnicamente o Legislativo para responder com eficácia a suas funções de elaboração da legislação.

O debate político tem se caracterizado, desde as origens dos atuais Parlamentos, como uma de suas principais funções. Aliás, nos regimes autoritários, limita-se a ser, e mesmo assim quando possível, quase que sua única e exclusiva função. Neste particular, cabe igualmente fortalecer o Legislativo, alçando-o efetivamente a órgão de mediação entre a Sociedade Civil e o Estado.

Talvez seja no campo do controle do Governo onde encontraremos as maiores possibilidades de aperfeiçoamento e inovação da atividade parlamentar. A começar pela participação na própria composição do Executivo, já assegurada em grande parte, através do mecanismo de formação e da dissolução dos Gabinetes, nos sistemas parlamentaristas de governo. Mas mesmo num regime presidencial de governo, a indicação de detentores de determinados cargos de importância estratégica no Executivo poderia perfeitamente depender da referenda do Legislativo, como já ocorre nos Estados Unidos da América. Igualmente importante, revela-se o aprimoramento e a ampliação do controle legislativo com relação ao orçamento governamental, através da aprovação da lei orçamentária anual. Inclusive, o fortalecimento dos Parlamentos esteve historicamente ligado a esse controle, maior na Inglaterra, menor na França. Por outro lado, a atividade e as competências das comissões parlamentares, permanentes ou temporárias, devem ser ampliadas; a prática das "interpelações" e da convocação de ministros e outras autoridades ao plenário do Legislativo ou de suas comissões, consolidada para que melhor se exerça o controle legislativo da atividade governamental. Há ainda um domínio onde muito resta fazer: o da *co-administração* ou da *co-responsabilidade*, associando mesmo o Legislativo na atividade governamental. Esta co-administração ou esta co-responsabilidade costuma existir no âmbito da política externa, podendo ser estendida a outras áreas como a do planejamento econômico, tão relevante para a vida social, através, por exemplo, da aprovação legislativa do programa econômico do Governo.

O fortalecimento do Legislativo em suas funções deve ser acompanhado por uma maior representatividade na sua composição e no seu recrutamento como também por uma substancial alteração no estilo de política parlamentar. A superação do estilo arcaico de fazer política, caracterizado pelo clientelismo, pelo prebendalismo e pelo personalismo torna-se condição necessária para que finalmente o Legislativo assuma a contento seu papel de mediação política já referido. Para tanto, faz-se também indispensável a modernização dos partidos.

III — *Controle Social da Administração Pública*

A democracia não se identifica unicamente com um sistema de valores, mas se traduz igualmente em mecanismos e instituições. Quais mecanismos e instituições asseguram finalmente a legitimidade democrática do poder? Não somente quanto à sua origem, mas também quanto ao seu exercício, já que a democracia é não apenas uma forma de chegar ao poder, mas ainda uma forma de exercê-lo. A este propósito, ela caracteriza-se como *permanente processo de reafirmação e redefinição de velhos e tradicionais mecanismos e instituições*, por um lado, e de incorporação de novos e modernos mecanismos e instituições, por outro.

A prática democrática deve ser visualizada no contexto das particularidades do Estado contemporâneo. O Estado contemporâneo apresenta uma dupla separação: separação “interna”, tanto no plano horizontal (Executivo, Legislativo e Judiciário), como no plano vertical (Estados-Membros no Estado Federal, entes descentralizados no Estado Unitário), e separação “externa” (Estado e Sociedade Civil). A esta realidade correspondem as diversas técnicas de controle e de participação no poder de forma a conformar um regime político democrático. Neste quadro, situa-se toda discussão em torno dos sistemas de governo (presidencialismo, parlamentarismo e regime de assembléia), das formas de Estado (Estado Federal e Estado Unitário), das liberdades públicas, dos sistemas eleitorais, dos sistemas partidários, do controle da constitucionalidade das leis etc.

Os velhos e tradicionais mecanismos e instituições têm se revelado muitas vezes insuficientes, embora necessários, para garantir a existência de um regime político efetivamente democrático. Novos e modernos instrumentos de controle e de participação no poder devem assim ser permanentemente incorporados na prática democrática, em correspondência com a própria modernização e maior complexidade das sociedades atuais. Neste particular, os mecanismos de controle social da administração pública assumem papel relevante, sobretudo sabendo-se que o Estado contemporâneo caracteriza-se como um Estado intervencionista. O planejamento econômico, para destacar apenas um dos aspectos, talvez o mais importante, do intervencionismo estatal, repercute inevitavelmente sobre os destinos da coletividade. Daí, a demanda de que as decisões neste âmbito não se limitem exclusivamente ao núcleo tecnoburocrático, mas resultem também de uma ampla consulta à sociedade.

Alguns mecanismos de controle da administração pública são clássicos e bastante conhecidos. Assim, o sistema eleitoral, o sistema partidário,

os instrumentos da democracia direta (referendum, iniciativa popular, veto popular, "recall", entre outros), a fiscalização do Executivo pelo Legislativo e pelo Judiciário, a descentralização e a delegação administrativa quando propiciando uma maior participação. Outros são mais recentes e menos divulgados, como o Conselho Econômico e Social e suas diferentes modalidades, o "Ombudsman", as "audiências públicas" (as "public hearings" do direito inglês e norte-americano ou as "enquêtes publiques" do direito francês), as comissões de usuários dos serviços públicos.

Quando se fala em controle social da administração pública, procura-se avançar a idéia de um controle ao mesmo tempo político e social, a exemplo dos últimos referidos. Não apenas um controle de legalidade, mas principalmente um controle de mérito, de eficácia, de conveniência e de oportunidade do ato administrativo. Isto torna-se particularmente relevante com relação à fiscalização financeiro e orçamentária. Além disso, um controle social, exercido pela sociedade civil através de suas entidades e associações.

Exatamente em função da qualidade social deste controle, procuram alguns caracterizá-lo como "neocorporativista", isto é como correspondendo a um corporativismo liberal. Entretanto, ao contrário do corporativismo, seja ele liberal ou autoritário, trata-se de mecanismos criados em complemento e não em substituição às instituições representativas tradicionais. Incorporando assim na dinâmica política a realidade da sociedade civil organizada em suas entidades e associações e dando ao mesmo tempo à prática democrática uma dimensão mais real e efetiva. Esta constatação leva-nos a uma segunda observação: o reflexo corporativo, este sim, dos partidos face a experiência desta natureza. A reação à quebra do monopólio da mediação política por parte dos partidos representada pela maioria da Sociedade Civil. Contrariando uma impressão superficial do senso comum político, os partidos só têm a ganhar com esta nova experiência tornando-os mais representativos e fortalecendo seu papel de formuladores de uma política global para a sociedade.

Algumas modalidades de controle social da administração pública já são observadas em nossa vida política. Constituem, porém, experiências ainda fragmentárias e atomizadas e em grande parte conjunturais, sem um caráter mais sistemático e institucional, sujeitas facilmente à cooptação por parte do Estado e, conseqüentemente, à frustração de seus objetivos principais. Caberia assim dar-lhes maior organicidade.

A Crise do Estado de Direito e Social e a Constituição Federal

A. B. COTRIM NETO

Professor da UFRJ e membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas

S U M Á R I O

1. A Sociedade e o Estado e o Direito. 2. Engendra-se o "Estado de Direito" (século XIX) — que logo entra em crise. 3. A crise do Estado de Direito nas elucubrações do pensamento italiano. 4. O pensamento germânico procura aperfeiçoar o Estado de Direito com a idéia do "Social". 5. O que fazer-se, e como fazer-se? — para resolver a crise do Estado Democrático, em perspectiva da Europa Ocidental. 6. A Constituição Federal de 1988 e o "Estado de Massas" que instituiu.

1. A sociedade é o grupo natural que resulta da projeção da família, no tempo e no ecúmeno.

O Estado seria criação inteligente do Homem, motivada por um elenco de circunstâncias, que teriam origem na necessidade de organização dos grupos sociais numericamente crescentes, e de preservação de sua segurança em meio da adversidade ambiente.

Se admitimos a exatidão da clássica parêmia, que enuncia ter surgido o Direito no momento em que a sociedade se formou, havemos de aceitar que o Estado seria suscitado, também, pela imperativa contingência de se dever institucionalizar uma entidade organizadora do Direito. — E quando o Estado se constituiu, do seu agir teria de resultar a implantação de uma estrutura formada pelo complexo de elementos materiais e humanos, a que se denominaria administração.

Nessas condições, a vida da sociedade, como a do Estado em ação — o que vale dizer do Estado e sua administração — só podem ser compreendidas em função do Direito.

Não importa questionar a natureza das fontes do Direito, nem a medida da influência do Direito nos procedimentos do Estado e da Administração — que elas têm variado através dos tempos: fato incontrovertível é que *administrar* corresponde a *servir*, em favor de qualquer coleti-

vidade organizada, e que servir implicará numa operação próxima ou mediatamente eficaz para a promoção do Direito.

2. Entretanto, desde os seus momentos primeiros, e até os séculos mais recentes, o Estado e sua ação estiveram dependentes da vontade absoluta de um Soberano, com raros interlúdios em que haveria surgido alguma forma de exercício de controle dos mesmos por elementos representativos do grupo social.

Somente depois do século XVIII — com a revolução cultural que eclodiu em meio de fatores políticos e econômicos e técnicos excepcionais, jamais antes experimentados pela humanidade — foi possível dar ao Estado uma estrutura onde, de modo regular, a expressão da vontade coletiva na orientação dos titulares dos poderes atuantes desse Estado, se tornaram eficientes.

A partir de então foi que se engendrou, como um grande passo na implantação de um sistema *democrático* — ideal milenar de forma do viver numa sociedade livre — o “Estado de Direito”, no qual todos os poderes de comando do grupo social haveriam de ser exercidos com estrita obediência de normas jurídicas preordenadas (século XIX).

Na conformidade de sua ideação original, do Estado de Direito haveria de resultar a minimização da interferência governamental na vida da sociedade. — Todos sabemos que, malgrado o programa imaginado, os fatos históricos haveriam de impor um aumento sistemático de intervenção do Estado no processo social, fenômeno que se desencadeou e desenvolveu de modo paulatino — conquanto sistemático — durante todo o século XIX, com exacerbamento no século que corre: daí a perplexidade no espírito dos pensadores políticos, em face do que já se convencionou denominar e reconhecer como a *crise do Estado de Direito*.

É semelhante crise do Estado de Direito que tem posto em cheque todas as Constituições modernas, gerando uma permanente insatisfação para com seus termos, e a sucessão desses diplomas cuja duração cada vez mais se reduz (v. nosso estudo sobre “As Constituições Brasileiras e o Espírito das Constituições Contemporâneas”, pub. nos “Arquivos do Ministério da Justiça”, ano XXV, 1967, n.º 101); dela é que tem resultado essa estranha floração do que já se chamou de “personalização do poder”, que ameaça as instituições políticas de um retorno àquele *despotismo esclarecido*, mero consolo ou tempero iluminista para o “absolute Herrschaft” dos Fredericos, e seus pares, do século XVIII; e ela é que tem suscitado essa prevenção do homem, ser social, em relação ao Estado, a ponto de haver autores da categoria de um professor HERBERT KRÜGER (que escreveu a mais importante obra sobre a teoria do Estado, na Alemanha, desde GEORG JELLINEK, com sua recente *Allgemeine Staatslehre*, da ed. Kohlhammer), para quem o Estado chega a ser apresentado como “uma entidade criada pelo homem contra si mesmo”...

A título de ilustração do asserto supra — vejamos como esta perplexidade diante da crise do Estado de Direito tem sido encarada, em certos setores do pensamento europeu.

3. Bastante conhecida é a vocação dos italianos para as excogitações jurídicas no campo do publicismo: a eles se atribui, quiçá a MACHIAVEL, até o nome “Estado”, com a semântica moderna, como a eles ainda, à escola de Ferrara, do século XVIII, se irroga o lançamento da expressão “Direito Constitucional”.

Dessarte, não surpreenderá que a chocante crise do Estado de Direito esteja presente nas meditações dos juristas ou dos filósofos peninsulares.

Realmente, tal fato esteve enfaticamente discutido em dois congressos realizados na Itália, um em Roma (de 31 de outubro a 4 de novembro de 1965), outro em Trieste (de 26 a 28 de maio de 1966): no primeiro, que foi o 7.º Congresso Nacional de Filosofia do Direito, entre outros, apreciou-se o tema “Direito e Poder”, aí destacando-se o contraste entre a concepção liberal clássica, da democracia *rousseauuniana*, assentada na soberania popular, e as modernas tendências constitucionais, que levam à imposição de uma efetiva soberania do Estado; no segundo, o I Congresso de Doutrina do Estado, o tema central ainda foi concernente ao deperecimento do Estado Moderno, que o Professor GIANFRANCO MIGLIO assinalou, proclamando que o “Estado Moderno (segundo ele, o Estado, “representativo-parlamentar”) está para morrer, e seguramente morrerá, o que é um fato ao qual o cientista da política se limita a constatar, eis que o politólogo não faz profecia nem previsões sobre fatos aleatórios; uma outra forma de Estado substituirá o Estado Moderno. Entretanto, qual possa ser essa forma de regime futuro não cabe ao cientista a função de adivinhar”.

Os debates desses congressos de Roma e de Trieste, sobre a matéria de que nos ocupamos, foram resumidos e comentados na “Revista Internazionale di Filosofia Política e Sociale”, dirigida por LORENZO CABOARA (Génova, ano X, série III, 2.º e 3.º fascículos, de abril-setembro de 1966), em escritos de MASSIMO CORSALE (págs. 251/260) e do próprio CABOARA (págs. 113/138), sendo que o trabalho deste último se apresentou exatamente com o título — “A agonia do Estado Moderno”.

Dentre as questões apresentadas no Congresso de Filosofia do Direito pareceram-nos mais interessantes as colocadas pelo professor VINCENZO PALAZZOLO, da Universidade de Pisa, que — investindo contra o positivismo jurídico, contra as considerações formalísticas dos problemas do direito, contra o normativismo —, destacou a fragilidade do princípio de *efetividade* que será, em última análise, o calcanhar de Aquiles da construção teórica de Kelsen. Segundo PALAZZOLO, o que mais interessa é decidir a opção entre a subordinação do poder (objeto da concepção

positivística) ou a subordinação do Poder ao Direito (objeto da preocupação jusnaturalística).

Não obstante o registro feito, durante os debates, pelo professor torinese NORBERTO BOBBIO, de que Direito e Poder não podem ser entendidos como reciprocamente contrapostos, operantes em planos diversos, pois o primeiro é simplesmente a veste formal do segundo — donde ser indiferente a indagação de qual deva prevalecer — PALAZZOLO sustentou seu pensamento contrário ao formalismo jurídico, preconizando o enfoque sociológico do problema. Partindo, assim, de pressupostos sociológicos, PALAZZOLO manifestou haver dois “tipos ideais”, “duas polaridades” opostas de relação Direito/Poder e Democracia/Ditadura. Contudo, do mesmo jurista, o entendimento, Democracia e Ditadura não existem como realidades hipostáticas, como realizações integrais, pois existe maior ou menor aproximação entre uma e outra dessas polaridades, em relação a maior ou menor concentração (Ditadura) ou difusão (Democracia) do Poder.

Temos para nós que a posição do professor PALAZZOLO é satisfatória, se não como formuladora de um parâmetro utilizável na medição e classificação dos problemas do Estado contemporâneo, ao menos como instrumento heurístico, útil para a colocação de ordem na multiplicidade dos elementos problemáticos e para a valoração subjetivista dos mesmos.

No relatório final do Congresso de Roma não se fixou uma posição, pertinente à alternativa entre a concepção liberal clássica e o constitucionalismo contemporâneo; mas se insistiu no problema da *difusão do Poder*. Por isso, terá ficado sem apreciação conclusiva a controvérsia sustentada pelos professores PALAZZOLO e BOBBIO, sobre as duas maneiras de encarar o tema em discussão: para o primeiro, a relação Direito-Poder haveria que se analisar pelo prisma *sociológico* ou pelo *privatístico* (aqui, essa relação se efetivaria em termos de confronto de “direito subjetivo” com “poder jurídico”); para o segundo, a melhor empostação de uma fenomenologia do Poder e de suas relações com o Direito, na realidade social contemporânea, deveria considerar as diferenças entre a antiga concepção do Poder como “objeto”, como coisa a possuir, a conquistar e a perder, e o moderno conceito de Poder como relação entre sujeitos ou grupos de sujeitos, como relação de vontades, em conformidade do que CROCE já tinha apontado na “Filosofia della Pratica”.

Como quer que se tenha decidido, porém, no Congresso de Filosofia do Direito esteve sempre presente aquilo que não escapa às preocupações dos filósofos, dos juristas, dos sociólogos e dos politólogos coevos, e a que CORSALE apontou como “irreversibile deperimento dello Stato di diritto, caposaldo del pensiero politico-giuridico liberale”.

No Congresso de Trieste, o tema central dos debates viria a ser, objetivamente, o mesmo que em Roma tinha incendiado as discussões dos

filósofos do Direito; o mesmo que o professor GIORGIO BALLADORE PALLIERI, da Universidade Católica de Milão, havia lançado na prefação de 1958 ao seu tratado de "Doutrina dello Stato" ("Un fatto, a cui stiamo attualmente assistendo, e che interessa in pari misura il diritto e la politica, é lo sfacelo dello Stato tradizionale"), aquele que o professor MIGLIO faria ressoar durante as discussões em torno da Doutrina do Estado, no seio da assembléia: "... un'altra forma di Stato sostituirá lo Stato moderno...".

Segundo o professor CABOARA, unânime — no Congresso — foi o reconhecimento de que reina uma situação de incerteza e um difuso sentimento de desconfiança em relação aos poderes públicos. — "Diante da crise que parece envolver as nossas instituições — proclamou LUIGI ZAMPETTI, diretor do Instituto Triestino de Ciências Políticas e organizador do conclave — este Congresso representou uma iniciativa destinada à análise, em nível científico, das estruturas fundamentais do Estado"; essa assembléia, conclusão, ainda, de CABOARA, foi uma oportunidade para discussão, de maneira orgânica, do problema da reforma do Estado, o que através da palavra de "estudiosos sérios", envolveu "uma denúncia clara, desinteressada e sem preconceitos, da situação patológica em que manifestamente se encontram as instituições fundamentais sobre as quais se apoia, e nas quais se articula a estrutura constitucional de nosso Estado" (estudo cit., na "Revista", págs. 117 e 125).

Prosseguindo em suas considerações, a propósito do Congresso de Doutrina do Estado, LORENZO CABOARA exprime que o Estado de Direito "agoniza", desde que os conceitos de Estado e de Direito não mais se conciliam em plano ético, depois da submersão de tal plano pela economia e pela maré oceânica das exigências, sempre crescentes, da *massa*: "Se o Direito é uma formação histórica, a qual nasce e se desenvolve sob a pressão das ocorrências econômicas, só se justifica o seu *ser* pelo caráter funcional das suas expressões: se o Direito se exprime em normas e institutos que valham, mutáveis no tempo e no espaço, apenas em razão direta de sua idoneidade para a promoção ou a realização das finalidades sociais de natureza econômica, o problema das relações entre o Direito e o Estado, e a própria idéia de *Estado de Direito*, esmaecem como um sonho; se Direito e Estado são formas ou simples vestimentas com que se cobre uma coletividade (tribal ou nacional, como seja) num determinado momento histórico, eles bem podem ser destruídos... O vestuário se consome, porém as necessidades sociais remanescem, e se recobrem de outro modo, de novos sistemas, de uma nova ordem política" (ob. cit. "Revista", págs. 134/5).

Esta é, reconhece o egrégio CABOARA, precisamente a tese sustentada pelos autores marxistas, aprofundada pela escola soviética, e que colabora no processo dissolutivo do Estado, sem resolver-lhe a crise. Não surpreende por isso que, dia a dia — mesmo no Ocidente — aumente o

número de instituições e de decretos (*sic*) que preparam o caminho para um Estado autocrático, planejador, centralizador, totalitário...

Como proceder-se, então, para que o *esmagamento do homem* não se verifique nas engrenagens desse Estado *moloch*? — Procurar salvar nosso Estado de Direito agonizante é uma tarefa tão difícil — e CABOARA cita “felice imagine di KARL MANNHEIM” — como procurar substituir as rodas de um trem em movimento... “Come fare?”; “Cosa fare?” — são perguntas que o eminente comentarista do Congresso de Trieste lança, respondendo-se a si mesmo com a recomendação de estudos científicos sérios, a propósito das causas desta crise que está levando para o naufrágio o sistema democrático.

Entretanto, é o próprio CABOARA quem exprime dúvidas sobre a possibilidade de recuperação de nosso “Estado agonizante”, quando nas penúltimas linhas de seu trabalho escreveu: “Poderá ser salvo o Estado democrático garantista? Não o sei; e creio que ninguém está em condições de fazer, hoje, uma previsão segura...”.

4. Também a Alemanha é notória pela contribuição de seus pensadores à construção do Direito Público, em seguida ao fenecimento medieval das idéias elementares que os romanos chegaram a insinuar, neste ramo. Pode-se afirmar que, ainda no publicismo, considerado em seu mais amplo sentido, os alemães — com os desenvolvimentos jurisprudenciais de uma “Reichskammergericht” imperial, anterior a 1500, e da “Fiskustheorie”, do século XVIII — seriam os formuladores dos conceitos básicos em que assentaria a doutrina do Estado válida ainda agora. Assim, traçariam eles os lineamentos da teoria da personalidade jurídica do Estado, e, por último — com OTTO BÄHR e RUDOLF GNEIST (ambos foram autores de obras editadas sob o mesmo título, “Der Rechtsstaat”, respectivamente em 1864 e 1872) — elaborariam as fórmulas do Estado de Direito, que têm sido tão caras ao pensamento democrático moderno.

Paradoxalmente, contudo, vêm sendo ainda os alemães os que têm dilapidado a construção jurídica tão laboriosamente erguida pela cultura autóctone: desde HEGEL e MARX, com suas ideações dialéticas, passando pelos Socialistas de Cátedra, e chegando ao romantismo socialista retardatário de BISMARCK e ao preconício do “Sozialstaat”, em que LORENZ VON STEIN extravasou o melhor de sua notável capacidade, o Estado de Direito é sistematicamente investido pelos pregoeiros do Estado Social”. Se a revolução comunista de 1917 não foi obra material de alemães, o ideário de seus líderes foi integralmente suprido pelos doutrinadores da Social-Democracia da Alemanha, como seria de inspiração alemã a maior crise enfrentada pelos bolchevistas, em seguida a 1919 e estimulada pela República de Weimar, e como ainda seria reflexo de ação germânica a total demolição da obra bolchevista, verificada nos últimos anos que vivemos.

Não obstante esse percalços históricos, o Estado de Direito conseguiu impor-se na própria Alemanha, até que a conjuntura social — a de nossos dias — viesse também, nesse país, a atingi-lo: após o longo interregno assinalado por duas derrotas militares (1918/1945), a Alemanha chegou a ter uma Constituição que, pelos padrões clássicos, se poderá classificar de legítimo instrumento de Estado de Direito (os constituintes chamaram de “Lei Fundamental” a esse diploma, preferindo reservar o título de “Constituição” para quando se fizesse a Carta da nação unificada).

É certo que a “Lei Fundamental” da República Federal procurou amainar as velhas idéias socializantes do “Estado Social” com as instituições do “Estado de Direito”, quando, em seu artigo 20, exprimiu que “A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social”, e, mais enfaticamente, quando determinou aos Estados-Membros, no artigo 28, que se organizassem sobre fundamentos de “Estado de Direito republicano, democrático e social”. — De que modo, porém, a “Lei Fundamental” buscou enunciar o “Estado Social” que pretendeu fundir nas instituições de um “Estado de Direito”? A única coisa encontrada no diploma é o proclama da representação popular mediante eleições, nos órgãos de governo, e a divisão dos três poderes, do mesmo artigo 20...

A realidade jurídico-constitucional dessa República Federal, de fato, não permite que se a distinga — reiteramos — das clássicas formulações de Estado de Direito, embora, como soe acontecer nos diplomas modernos, a “Lei Fundamental” encerre elementos de proteção do trabalhador. De qualquer modo, isso não elide a crise contemporânea que devora os regimes de Estado de Direito, pois nada é mais inconciliável com esses do que a ação imoderadamente intervencionista do Estado coevo.

Com efeito, quem o proclama é um dos mais eminentes constitucionalistas germânicos, o professor ERNST RUDOLF HUBER, de Göttingen, em obra moderna (“Nationalstaat und Verfassungsstaat”, ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1965, pág. 267): “O Estado de Direito e o Estado Social são distintos por suas origens: o primeiro emergiu das lutas da burguesia contra o Estado, e o segundo de lutas que a sociedade industrial fez desencadear contra o mesmo Estado. O Estado de Direito visa à proteção da vida, da liberdade e da propriedade do indivíduo; o Estado Social objetiva a segurança da existência, do pleno-emprego e da força do trabalho das camadas socialmente menos suficientes. Desses contrastes resulta que, enquanto o Estado de Direito visa proporcionar a garantia de certos direitos inerentes à liberdade e à propriedade, pela redução de seus poderes intervencionistas, o Estado Social, ao contrário, tem fortalecida sua intervenção no concernente à liberdade e à propriedade, tanto quanto se faça necessária para a garantia de existência, do pleno-emprego e da subsistência da força de trabalho”.

O professor HUBER, portanto, é quem exprime as posições antagônicas em que residem o Estado de Direito e o Estado Social: um, fundamentalmente abstencionista; outro, essencialmente intervencionista.

O tipo tradicional do Estado de Direito foi o Estado Liberal burguês, que dominou especialmente até 1914: será possível uma acomodação das instituições dessa época com as que o constitucionalista aponta para o Estado Social, este mesmo Estado Social que a “Grund Gesetz” alemã de 1949 manda estabelecer-se em contubérnio com aquele regime abstencionista?

Vejamos o esquema traçado por HUBER para o Estado Social: “A assistência social, a previdência social e a harmonia social são tentativas para corrigir a desintegração da sociedade industrial. Porém todos os empenhos seriam inúteis, se elas apenas visassem contornar a revolução social, em vez de agir sobre o fundamento do processo da decomposição. A assistência como a previdência social e a harmonia social são apenas *meio* do Estado Social. Porém, *sentido* desse Estado Social, em cujo serviço tais meios são postos, é a restauração dos fundamentos de uma vida individual digna de ser vivida no seio do mundo industrializado. Isso, entretanto, não significa senão que o sentido da estabilidade social é, concomitantemente, *proteção da personalidade*, isto é, proteção da individualidade no quadro da sociedade industrial e sob os riscos inerentes à era industrial. Agora nós sabemos, pelas múltiplas experiências dolorosas, que o Estado Social realiza a meta da segurança de uma vida condigna da pessoa apenas quando se cerque de proteção contra o perigo a ele imanente da coletivização. Isso é possível, somente, quando o Estado Social concretiza a segurança peculiar do formalismo da estabilidade de Direito, contra as intervenções e os excessos do Estado, porque sem os dispositivos garantidores dessa segurança, como a divisão de poderes, o princípio de legalidade, o princípio de proteção jurídica, assumiria o Estado Social, inevitavelmente, a fisionomia totalitária do Estado Beneficente (“Wohlfahrtsstaat”) e do Estado Providência (“Versorgungsstaat”) (obra cit., pág. 271).

O professor HUBER não simpatiza, é óbvio, com o “totale Staat”, o Estado coletivista, — embora houvesse convivido com o nazismo —, o que reafirma, no prosseguimento dos trechos supratranscritos, todos contidos num capítulo dedicado ao “Estado de Direito e Estado Social, na Moderna Sociedade Industrial”; e, porisso, esforça-se em desenvolver a necessidade da conciliação dos dois regimes, com a finalidade de “preservar-se a liberdade pessoal dentro de um sistema de segurança social”.

Contudo, malgrado a eminência de sua cultura, HUBER perdeu-se em considerações pouco expressivas, ao recomendar formas de conciliação dos dois regimes em questão: segundo o mestre de Göttingen, a conciliação é possível e não corresponde a uma *associação do inconciliável* (“Vereinigung des Unvereinbaren”) nem a uma *harmonização de contrastes* (“Harmonisierung der Gegensätze”), mas se estriba na conjugação dialética dos elementos do Pessoal e do Social, em busca da unidade, pois, como antes exprimira, se a meta do Estado de Direito reside na proteção da personalidade, essa proteção só se torna eficiente, na sociedade industrial contemporânea, quando alicerçada em segurança social com justiça social. . .

Como se verifica, essa preconizada “conciliação dialética” que o autor louva, tem a mesma vacuidade que o enunciado da Lei Fundamental alemã, cujos artigos 20 e 28 — acima transcritos no trecho que importa — não foram de mais feliz redação.

Reconheçamos, todavia, que a falta não é do jurista em si, nem dos constituintes alemães: na realidade, é tão forte a crise do Estado contemporâneo que todos nos sentimos perplexos na busca do remédio salvador.

A razão estava, portanto, com o jurista italiano que nos resumiu a perplexidade de seus colegas reunidos em Congresso de Doutrina do Estado: “...poderá ser salvo o Estado democrático garantista?... “Come fare?”... “Cosa fare?...”

5. Dir-se-á que tais discussões temáticas que o fecundo pensamento jurídico e politológico europeu tem desenvolvido, hão de ser encarados com reserva, em face de realidades diversas, que serão as instituições políticas do continente latino-americano, em geral, do brasileiro, em particular.

Com efeito, temos de admitir a validade do registro que já no século XVIII MONTESQUIEU havia feito, e segundo o qual o Estado é entidade cujos contornos variam de momento histórico para momento histórico, de um continente para outro, de povo para povo... E temos de admitir a validade do registro do constitucionalista germânico KOELLREUTTER, para quem é mister os tratadistas europeus se libertarem da idéia de que o Estado, como concebido e institucionalizado no seu continente, seja um padrão universal. — Para esse eminente publicista, também mestre em Göttingen, o que se vê no mundo contemporâneo é o pleno desenvolvimento daquela “*farbigen Revolution*” já assinalada por Spengler, e o surgimento de um novo estilo de organização política, assentada num tipo novo a que ele aponta como o “Estado de Massas”.

Daí ser plausível, também para o caso brasileiro, exclamar aquela perplexidade do italiano LORENZO CABOARA em face da crise do Estado Democrático de Direito, que nem a fecundação da idéia do “Social” chega a dirimir: o que fazer, e como fazer? — para resolvê-la?

Entretanto, no caso do Brasil, essa perplexidade se agrava, em termos regionais e culturais e sociais.

6. Uma evidência dessa grave perplexidade em que se encontram as elites dirigentes de nosso País, nós a tivemos com a Assembléia Constituinte que em 1988 editou uma nova Constituição Federal. — Ali, sobretudo, o que se manifestou foi a preocupação com o Social, levado a extremos jamais vistos em qualquer outra parte, em termos que bem coincidem com a materialização — no resultado da obra constituinte — de um genuíno *Estado de Massas*, da observação de KOELLREUTTER.

Efetivamente, desde a atribuição de capacidade eleitoral aos adolescentes de 16 anos, civilmente responsáveis apenas de modo relativo, e

criminalmente inimputáveis; a liberdade incensurável e absoluta da expressão de pensamento; o direito de reunião igualmente ilimitado e irrestrito em qualquer local público, com possibilidade de paralisação até da circulação nas vias de deslocamento da população, a qualquer hora; e, sobretudo, um direito de greve irrestrito, a ser exercido nas condições e oportunidades que só dependerão da vontade de quem o exercerá, estas são apenas algumas das outorgas da Lei Magna que descontrolam todas as ações do Estado de Direito na preservação da disciplina na Sociedade, condições que situam numa crise permanente o exercício do Poder do Estado, um caso típico de Estado de Massas . . .

Por outro lado, a total ausência de tradição sobre práticas político-partidárias que possibilitem existência de Partidos Políticos estáveis, capazes de sustentar os resultados de pleitos eleitorais onde a democracia representativa se tenha pronunciado, tudo isso coloca a Nação diante de perigosa instabilidade.

Afinal de contas, o que está ocorrendo no Brasil é manifesta crise do Estado de Direito, no quadro onde também se debuxa o surgimento de uma genuína *democracia de massas*: e esta conta com sustentação de órgãos do Poder Judiciário, atuantes em tais condições que — temos visto — qualquer Juiz da mais modesta hierarquia pode convocar o Presidente da República, prender Ministro de Estado, paralisar iniciativas congressuais, a ponto de, em desabafo recente que todo o País ouviu, o Presidente da Câmara dos Deputados se queixou de que os Constituintes de 1988 criaram dois Poderes reciprocamente controlados, o Legislativo e o Executivo, e um Poder *irresponsável*, o Judiciário.

Nessas condições, o que está acontecendo entre nós é uma situação que torna imperscrutável qualquer prognóstico sobre nosso imediato futuro. Enquanto nos centros culturalmente evoluídos, como na Europa Ocidental e nos Estado Unidos, os politólogos e os políticos se preocupam em definir a precisa colocação do poder e do direito no Estado, e minimizar a autoridade estatal com vistas à exaltação de uma política liberalizante, — foi com um programa de *desregulamentação*, de fortalecimento da livre iniciativa, que REAGAN governou seu País em dois mandatos presidenciais —, no Brasil nós defrontamos uma perspectiva contraditória; a ausência de firmeza dos Poderes do Estado em face da pressão estrepitosa das ruas; um quadro de total indisciplina social, em que se grafitam e emporcalham todos os muros e monumentos, se agridem ruidosamente as oíças da população urbana e os órgãos de segurança pública tornam-se agentes de depudorada criminalidade. — Enfim, se ERNST HUBER estava certo, quando sustentava ser necessário perseguir, como meta do Estado de Direito, a conjugação dialética dos elementos do Pessoal e do Social, pois meta do Estado de Direito e Social será alcançar o polo da Segurança Social com Justiça, em nosso País verifica-se termos um longo, assaz longo caminho a percorrer para chegar a este ponto.

Ordem Política. Direito e Estado

NELSON SALDANHA

SUMÁRIO

1. Breve alusão ao Direito e ao Estado. 2. Política e Direito segundo a tradição intelectual. 3. Direito, Estado e Jurisdição. 4. Direito e Estado como expressões da politicidade.

1 — Breve alusão ao Direito e ao Estado

Parece haver uma circularidade envolvendo as noções de Direito e de Política, junto às quais a presença do conceito de Estado complica a reciprocidade de implicações. Através do tempo têm surgido teorias que concebem o Estado como criador do Direito e teorias que entendem o Direito como algo anterior — genética ou logicamente — ao Estado. Por outro lado, a linguagem da filosofia social com frequência confunde o estatal com o político, e isto, independentemente do problema das relações entre Direito e Estado, se reflete sobre a figura do relacionamento entre juridicidade e politicidade¹.

Quando se encaram as formas de conceituar o *Direito*, observa-se que com frequência elas se baseiam sobre notas que também se encontram em outras instâncias institucionais. Assim a noção de "ordem" se aplica não só ao Direito, mas à política e à economia. "Normas" se encontram obviamente na esfera da ética, senão mesmo na economia e seguramente na religião. "Conduta" é algo que ocorre na vida social em geral e portanto em qualquer de seus âmbitos. Deste modo, a qualquer destes âmbitos se pode ajustar um esquema que menciona normas e fatos, além de valores.

Dai, como se sabe, que se tenha recorrido à referência à coercibilidade, ou à presença de um aparato coativo, para especificar a concei-

Comunicação apresentada ao III Congresso Internacional de Filosofia Jurídica e Social, realizado em Buenos Aires entre 28 de outubro e 1º de novembro de 1981.

1 O tema interessou a vários autores da geração de Del Vecchio, tendo sido tratado por este, inclusive, em alguns trabalhos específicos (cf. *Studi sul Diritto*, vol. I, ed. Giuffrè, Milão 1958). Del Vecchio entretanto tendia a confundir estatalidade com politicidade.

tuação do Direito. De fato ela se faz necessária sempre que o conceito do Direito não se limite à alusão à normatividade. O verdadeiro problema, porém, é que aquele aparato deve apresentar-se *legítimo*, e a partir desta exigência, que é axiológica, se pode chegar ao tema dos “fundamentos”, posto que é neles que cabe buscar a legitimidade. Mas esta se encontra na própria esfera da politicidade (em senso amplo), que enquadra e embasa o *Direito e o Estado: a legitimidade do poder estatal passa através de sua juridicidade e pressupõe, com essa juridicidade, valores políticos*.

2 — A Política e o Direito segundo a tradição intelectual

Trata-se evidentemente de questões bastante amplas, sobre as quais tentamos traçar aqui algumas linhas gerais.

Os conceitos de *política* e de *Direito*, tal como são utilizados no Ocidente contemporâneo, correspondem a longos trajetos semânticos. Isto é, a longas tradições intelectuais, dentro das quais, por um lado, aqueles conceitos permaneceram, por outro se alteraram. Parece que a idéia de *política*, com seu espectro mais amplo, tem raízes mais antigas: mesmo que tomemos como referência “clássica” a experiência grega, temos de admitir a existência de alusões à política em contextos pré-helênicos. Entretanto os gregos deram à idéia uma riqueza inconfundível, com peculiar evolução e em conexão com “fatos” que se tornaram historicamente exemplares: assim encontramos representações específicas, entre outros, em Heródoto e Tucídides, Platão e Aristóteles, bem como nos estóicos².

Os romanos, acrescentando à idéia de *polis* as noções de *Respublica* e de *civitas*, deixaram para os medievais um legado a que se agregariam componentes elaborados pela Igreja: em todo o caso, a Idade Média aparece historicamente como um trecho dominado pelo eticismo e pela teologia. Principalmente por isso Maquiavel representou um impacto, por ter — principalmente no *Príncipe* — tratado de política sem teologia e sem eticismo. MAQUIAVEL e MORUS teriam iniciado para o mundo moderno dois padrões típicos do pensar político, o realismo vinculado à razão de Estado e o utopismo de padrão “humanitário”. Lembraria a propósito do

2 Para o fundamental, cf. Jacqueline Bordes, *Politeia — dans la pensée grecque jusqu'à Aristote* (Paris, ed. Belles Lettres, 1982). Permitimo-nos referir este tópico: “Si la pensée moderne paraît toujours tributaire de la pensée grecque pour l'analyse des rapports de forces entre gouvernants et gouvernés, la notion juridique d'État est héritée de Rome. La réalité romaine est sur ce point plus proche de nous que de la Grèce, et le latin doit déjà faire appel, pour traduire *politeia*, à des mots différents: *respublica* et *civitas* ne peuvent chacun en exprimer qu'un aspect” (pág. 14). Para Herodoto e Tucídides, Cynthia Farrar, *The origins of democratic thinking — The invention of politics in classical Athens* (ed. Cambridge University Press, 1989), principalmente caps. 2 e 5. Entretanto, segundo M. Finlay, a “política” foi separadamente criada pelos gregos e pelos etruscos e/ou romanos (*A Política no mundo antigo*, trad. A. Cabral, ed. Zahar, Rio de Janeiro 1985, cap. III, pág. 69).

assunto os estudos de MEINECKE e de RITTER. A especificidade da dimensão política, latente ou patente em MAQUIAVEL, reaparece com outro sentido em ROUSSEAU, que buscou na racionalidade a via de acesso a um fundamento para a política que estivesse nela própria: os homens obedecem com base no contrato e refazem o contrato por meio da vontade geral. O século XIX multiplicou as formas do debate, mas um dos sentidos da idéia de política continuou sendo este, o de uma atividade especial exercida sob condições especiais. Este sentido reaparece nas reflexões de MAX WEBER e de HANNAH ARENDT³.

Talvez tenha sido mais complexa a evolução da noção de *Direito*. Poderíamos inclusive procurar para ela fontes muito remotas, que levam a reexaminar o acima afirmado, sobre a antiguidade maior da noção de política. Ao que parece há caminhos etimológicos que provêm do avéstico e do védico, e o latim *ius*, com seu plural *iura*, tinha relação inicial com pretensões, relações e interesses, mais do que com normas objetivas ou com a ordem geral instituída⁴. O *ius* romano, de onde se desdobrou *iustitia*, assumiu posteriormente outras acepções, com a formação de expressões como *ius civile* e *ius gentium*, possibilitando inclusive a alusão a um *ius naturale*. Lenta e angulosamente se passou do antigo *ius*, com a companhia do termo *lex*, ao advento da idéia de Direito nas línguas européias, com a problemática das leis em DOMAT e em MONTESQUIEU e com a filosofia da lei em ROUSSEAU. Na virada para o século XIX é que HEGEL, e logo depois a Escola Histórica, puseram em franco uso o termo *Recht*, com o significado amplo e central que hoje se lhe confere.

3 — *Direito, Estado e Jurisdição*

A diversidade das linhas evolutivas seria um argumento a mais no sentido de se considerarem o Direito e o Estado como realidades distintas, contra a especiosa idéia que os encara como coisas idênticas. Certamente que só por um prisma logicista-formalista se chegaria a esta idéia. Certamente, por outro lado, a afirmação de que o Direito e o Estado não são a mesma coisa não significa que não sejam necessariamente interco-

3 Omitimos, por falta de espaço, a análise das idéias destes autores, bem como de outros como Bertrand de Jouvenel e ainda as sempre citadas conceituações de Carl Schmitt. — Sobre a “redução” do conceito de política à noção de ciência-do-poder, cf. M. A. Ciuro Caldani, *Derecho y Política* (Ed. Depalma, B. Aires, 1976), II, b, págs. 13 e seguintes. — Por outra parte caberia pensar, diante da idéia de Hermann Kantorowicz (*La Definición del Derecho*, trad. J. M. de Vega, Rev. de Occidente, Madrid 1964, passim e princ. págs. 43 e 45) de um conceito de Direito obtido com referência à ciência que toma o Direito como objeto, em um procedimento análogo para o delimitamento da noção de política.

4 Georges Dumézil, *Idées Romaines*, 2ª edição, Gallimard, Paris 1980, págs. 31 (e seguintes) e 41.

nexos. Ao contrário, suas conexões recíprocas são igualmente atestadas pela visão histórica.

Tomando-se o Estado e o Direito como entidades distintas, é no conceito de *jurisdição* que se encontra o grande traço da ligação entre ambos. A idéia de um aparato de coerção (ou coercibilidade), de que tratamos linhas acima, reaparece agora sob outro prisma: trata-se do fato de que o Direito existe para ser aplicado, e de que a aplicação do Direito demanda determinadas funções, determinados poderes e órgãos, que são do Estado. Faz parte da justificação da existência do Estado o exercício da função jurisdicional — e quando aludimos ao Estado mencionamos genericamente o poder institucional. Aliás, HEGEL escreveu, no item 219 de sua *Filosofia do Direito*, que a jurisdição não surge como *benesse* do Estado: ela é ao mesmo tempo um dever e um direito do poder público (referimo-nos às *Grundlinien* de Berlim)⁵.

É no conceito de jurisdição que se encontram a juridicidade do Estado e a politicidade do Direito. Nela se reúne a problemática da ordem e a da hermenêutica, em função do entendimento das normas e da presença dos *poderes* estatais.

4 — *Direito e Estado como expressões da politicidade*

Retornemos, contudo, ao tema dos conceitos de Direito, de Estado e de Política. Tomando sob o prisma da “estrutura” do Direito a questão de suas relações com a política, encontramos principalmente o fato de que o Direito *necessita* de aplicação concreta, e portanto o fato de suas relações concretas com o poder (recordo aqui a frase de HELLER, segundo a qual há um paralelo entre a capacidade que tem o poder, de criar Direito, e a capacidade que tem o Direito, de criar poder).

Entretanto, se tomarmos o tema sob o prisma do conceito de política, seu conceito “amplo” sobretudo, a questão assume novo aspecto. No sentido amplo, que diríamos clássico, a *política* é o lugar genérico da vida pública, a ordem das coisas que não se acham no espaço privado e que incluem normas, valores e instituições. ARENDT, mencionada linhas acima, associou a idéia de ação política com a chegada dos seres humanos, sobretudo na Grécia antiga, a um ponto de plenitude em que o discurso e a praxis se conjugam dentro da esfera pública.

De fato a *polis* antiga, origem do termo “político”, permaneceu como imagem da integração de todas as dimensões da vida: a familiar, a reli-

5 *Principes de la Philosophie du Droit*, trad. André Kaan, ed. Gallimard, 1963, págs. 246 e 247. Para algumas referências históricas, nosso estudo “Estado, Jurisdição e Garantias”, incluído em *Estado de Direito, Liberdades e Garantias*, ed. Sugestões Literárias, São Paulo 1980, princ. págs. 64 e 65.

giosa, a econômica, a jurídica. Neste sentido eram *políticas* as expressões de tudo aquilo que, historicamente, consideramos peculiar à *polis*: estilos, valores, instituições. Este sentido orgânico e totalizante se perdeu em grande parte, mas é sempre possível recorrer-se a ele para realimentar conceitos ou confirmar figuras históricas. Se tomarmos como referência tal sentido, isto é, se admitirmos para o termo “política” um conceito bastante abrangente, colocaremos dentro de sua abrangência a noção de “Direito”, e também a de “Estado”. A politicidade, isto é, a relação concreta com a dimensão pública do viver, se encontra e se revela no Direito e no Estado sob formas distintas. Naquele, pela relação do jurídico (objetivo) com os meios de sua realização, que são geralmente órgãos estatais; neste, pelo cunho jurídico que a ação destes órgãos assume, tanto pela forma como pelo fundamento.

Politicidade e estatalidade são, deste modo, dois momentos da própria realização institucional do poder. Dois momentos ou, se se preferir, dois *graus*. Assim a relação do *direito* com o *poder*, que é algo evidente, tem um sentido maior e mais genérico quando se alude à conexão entre o jurídico e o político; a mesma relação terá um sentido mais formal e mais funcional se nos referimos à conexão entre Direito e Estado. A politicidade se entende como uma dimensão da vida social, e se expressa no Estado como organização do domínio e do *imperium* (poderíamos invocar também os vetustos termos *potestas* e *gubernatio*); expressa-se no Direito como estruturação das convivências, correlata da normação e da *jurisdictio*. Será certamente útil e válido regressar ao velho conceito de *polis* para reencontrar a politicidade em sua realidade arquetípica. Poderemos dispensar-lhe alguns traços intransferivelmente próprios de seu caráter grego, e tomá-la em sua exemplaridade como *tipo* histórico, reencontrando-a em diversas imagens posteriores. Ao sugerir para o mundo contemporâneo um sentido novamente amplo de política, favoreceremos a compreensão do sentido de alguns debates longos e intermináveis, vindos do tempo de Herodoto, como o referente às formas de governo. Perceberemos a convergência do “jurídico” e do “político” em conceitos como constituição, direitos, garantias, e também no conceito de “cidadão”. O quadro histórico, sobre o qual se estende a teorização referente ao Direito, é o mesmo no qual se desdobram os debates sobre o Estado: ambos se inserem na experiência da politicidade. Também a questão das “fontes” do Direito pode ser reexaminada a partir da idéia de que Estado e Direito existem sobre um fundo de politicidade: as fontes, que inclusive expressam o valor “certeza” na dinâmica jurídica, são uma variável que depende das estruturas políticas (primazia da lei por exemplo) com reflexo na ordem estatal.

A “despoliticização” da problemática do Direito, e também da do Estado (tal como ocorre em certas teorias caracteristicamente formalizantes), leva precisamente a um esvaziamento de ambos: e daí a tendência a iden-

tificá-los, já que sem seu sentido político se reduzem a puros esquemas normativos. Ou então a tratar do Direito sem aludir ao Estado, nem ao poder, nem à política, arrancando-o assim de seus encaixes reais. Entretanto, somente situando o Direito dentro da esfera da politicidade (ou da ordem política), teremos como compreender as conexões do Direito com o poder e com o “espaço público”, e isto sem reduzi-lo à estatalidade e muito menos à mera “normatividade”.

É possível que a referência fundamental à politicidade permita inclusive repensar o próprio problema da opção entre jusnaturalismo e juspositivismo, frequentemente exagerada, senão mesmo equivocada e impertinente. A vinculação do Direito e do Estado (e portanto, de um “Direito estatal”) a uma base geral situada na dimensão política, revela em ambos a conexão com valores políticos. E mais: conduz a um plano mais amplo a inteligibilidade das formas normativas. O velho *jus naturale* se torna inviável diante das novas formas do “político”, e também em face das características da cultura moderna, mas o estrito positivismo legal se revela insuficiente em face da noção de politicidade. A ordem política é sempre uma instância *axiológica*, em conexão com a qual temos o Estado como organização funcional de poderes e o Direito como dimensão normativa das convivências — dimensão cujo teor axiológico se compreende por seu fundamento político.

Se à noção de política agregamos uma alusão ao termo *respublica*, com sua acepção de comunidade, consolidaremos a idéia de um Direito e um Estado ligados à realidade social. “A polis são os homens”, escreveu Tucídides em frase famosa e concisa. Os homens com seus problemas, sem referência aos quais são inócuas todas as destrezas conceituais.

Entretanto, quando remetemos ao plano geral da politicidade a experiência jurídica, e também a estatal, fazemos da experiência *política*, indicada como contexto geral, ponto de referência para a compreensão do próprio conceito de “sistema”, e isto vale para os sistemas políticos e para os jurídicos⁶. O grau de estatalidade de um sistema político é sempre variável, assim como o grau de estatalidade de uma ordem jurídica. Entendendo-se o conceito de “ordem jurídica” sobre o quadro de uma genérica *politicidade*, compreende-se inclusive a dualidade de *ordem* e *hermenêutica* que perfaz todo sistema jurídico: a ordem como positividade, vinculada inclusive a formas em algum grau estatais, e a hermenêutica como elenco de conceitos e de padrões que tornam inteligível a ordem, e que refletem culturalmente o fundo político sobre o qual o Direito estruturalmente repousa.

⁶ Para a problemática jurídica cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do Direito*, trad. A. M. Cordeiro, ed. Fundação C. Gulbenkian, Lisboa, 1989.

Organização do Estado Brasileiro

TORQUATO JARDIM

Advogado. Professor de Direito Constitucional na Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Michigan (Ann Arbor). Ministro do Tribunal Superior Eleitoral.

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Estrutura central do Estado brasileiro. III — República. IV — Federação.

I — Introdução

1. Este estudo introdutório da organização do Estado brasileiro é um exercício de direito positivo. Não se trata, portanto, de crítica histórica, política ou ética; cuida-se de analisar o que efetivamente está posto de forma heterônoma na Constituição.

As escolhas metajurídicas foram da Assembléia Nacional Constituinte: quem estuda o direito positivo explora as possibilidades *jurídicas* do texto positivo.

2. Trata-se, é claro, de um exercício de Direito Constitucional, daquilo que é próprio do Direito Constitucional. Exclua-se, destarte, o que for *circunstancialmente* incluído no documento "Constituição".

Constituição, enquanto texto de organização do Estado é contrato político, pacto ou acordo de maiorias e minorias transitórias com capacidade de expressão política efetiva. Contém, portanto, o denominador comum mínimo necessário à estruturação do Estado e à organização das forças políticas.

Aula proferida no Instituto de Desenvolvimento de Recursos Humanos do Distrito Federal, em julho de 1991.

Constituição no sentido *material* (conteúdo necessário) e não no sentido *formal* (expressão supérflua); este o objetivo do estudo. Do formal supérfluo são exemplos:

— o art. 57, § 1.º: “As reuniões” (do Congresso Nacional) “marcadas para essas datas” (15 de fevereiro a 30 de junho e 1.º de agosto a 15 de dezembro) “serão transferidas para o primeiro dia útil subsequente quando recaírem em sábados, domingos ou feriados.”

— o art. 208, § 3.º: “Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, *fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.*”

A conseqüência, certamente impensada, desta norma é a responsabilidade do Estado por ato ilícito do administrador que, por culpa ou dolo, deixe de proceder à chamada de aluno que, na gazeta fora da escola, sofra acidente, porquanto descumprida a obrigação constitucional de zelar pela freqüência (art. 37, § 6.º).

3. Vale dizer, em síntese, o estudo das regras que “dão fundamento ao Estado, sua existência e sua estrutura” (Paul Bastide), sem perda da perspectiva de “garantia da liberdade de um povo, porquanto tudo que for pertinente à liberdade será constitucional” (Benjamin Constant).

II. *Estrutura central do Estado brasileiro*

“Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

4. Princípios centrais do Estado brasileiro são, assim, a república, a federação e a soberania popular.

A soberania popular é a fonte única de legitimação da república e da federação, estas instrumentos de organização do governo e do Estado.

5. Embora conceitos distintos, tanto no Direito, quanto na História e na Ciência Política, expressam-se, república e federação, *juridicamente*, quer no sistema constitucional, quer no direito infraconstitucional, mediante institutos e normas freqüentemente comuns, em simbiose de notável harmonia. Razoável, contudo, necessário mesmo, que se destaque o que é mais próprio de cada qual.

6. Tenha-se presente que “um princípio jurídico não existe isolado, mas acha-se em íntima conexão com outros princípios. O direito objetivo, de fato, não é um aglomerado caótico de disposições, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados e subordinados, no qual cada um deles tem lugar próprio” (Ferrara, *apud* Ataliba).

Ou, ainda, em outros termos, princípio é a expressão de uma categoria que submete à sua coerência interna axiomática, não só o sistema jurídico, como também a norma que lhe dá expressão externa. Em suma, é a base do sistema.

Este estudo, portanto, posto o essencialmente constitucional, pretende ordenar, sistematicamente, o que da soberania popular, da república e da federação impositivamente decorrerá.

7. Esta a ordenação constitucional de 1988:

Título III. Da Organização do Estado

Cap. I. Da Organização Político-Administrativa

Cap. II. Da União

Cap. III. Dos Estados Federados

Cap. IV. Dos Municípios

Cap. V. Do Distrito Federal e dos Territórios

Seção I. Do Distrito Federal

Seção II. Dos Territórios

Cap. VI. Da Intervenção

Cap. VII. Da Administração Pública

Seção I. Das Disposições Gerais

Seção II. Dos Servidores Públicos Civis

Seção III. Dos Servidores Públicos Militares

Seção IV. Das Regiões

III. República

8. República é “um governo que aufere todos os seus poderes, direta ou indiretamente, da grande massa do povo, e é exercido por pessoas que conservam suas funções de modo precário, por tempo limitado ou enquanto procedem bem” (Madison, *The Federalist*).

Contemporaneamente, “é o regime político em que os exercentes de funções políticas representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente” (Geraldo Ataliba).

9. Dos dois conceitos extraem-se as seguintes características do regime republicano:

(a) *Soberania popular*

10. O povo é o titular único do poder originário de organização do Estado, isto é, do poder constituinte; ele o delega aos seus representantes, cuja qualificação de cidadania prescreve, para fins específicos, em hipóteses previamente estabelecidas, para exercício mediante processo legal por ele estipulado (*due process* substantivo e processual).

Todo poder é, portanto, delegado, e delegado mediante lei: ninguém se autolegitima ou se confere capacidade de representação.

A soberania popular está no art. 14 da Constituição, “será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo (ou) iniciativa popular”. O exercício direto de automanifestação da soberania, contudo, não se esgota na iniciativa popular (art. 61, § 2.º), pois pode ser expresso, também, mediante vários mecanismos jurídicos inerentes ao regime republicano, postos na própria Constituição, como se verá adiante.

(b) *Responsabilidade*

11. *Política*. É a submissão dos agentes públicos políticos e administrativos, de capacidade delegada, aos princípios fundamentais expressos na Carta mesma (art. 85) e aos intrinsecamente inerentes ao sistema, porquanto, sabidamente, um sistema jurídico não se esgota nas suas normas positivas, muito menos um sistema constitucional, cuja capacidade jurídica de responder no tempo às exigências novas é essencial à estabilidade do Estado, e por via de consequência, mais crucial ainda à certeza de liberdade, não só individual, mas também de todo o agregado social.

Implica a renovação periódica de mandatos, mediante eleições livres, julgamento subjetivo não motivado que renova a legitimidade ética do agente público.

A responsabilidade política traz efeitos legais específicos, como o julgamento político, embora observado rito jurídico, do Presidente da República perante o Senado Federal, se admitida a acusação por dois terços da Câmara dos Deputados (art. 86).

12. *Legal.* O princípio da legalidade está posto no art. 5.º, II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) e no art. 37, *caput*, como um dos quatro princípios centrais da administração pública em geral.

Dele decorre a imposição de que o agente público político ou administrativo há de estar legalmente capacitado para praticar o ato previsto em lei mediante forma ou instrumento autorizado por lei. Não se trata, no entanto, de legalidade formal somente, mas também *material*; não é a aparência, mas o conteúdo.

13. Esta a razão para que *moralidade* e *impessoalidade* sejam agora normas de direito positivo (art. 37, *caput*). Por isso mesmo, o controle do ato político ou administrativo deixa de ser mera fiscalização das formalidades legais extrínsecas, mas, também, por imposição normativa da ordem republicana nova, exame das motivações materiais intrínsecas, dado o comando normativo positivo constitucional da moralidade e da impessoalidade.

14. Não satisfeito em esperar pela análise das inferências necessárias, o constituinte originário criou a responsabilidade solidária para quem, responsável pelo controle interno do poder público, tome conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade e delas não dê ciência ao Tribunal de Contas da União (art. 74, § 1.º).

15. Por isso mesmo a relevância substantiva de *duas* inovações da Constituição:

— a do art. 5.º, XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, do que decorre, por não se exigir o fato concreto ou atual, mas a sua mera probabilidade ou expectativa, expansão notável do poder cautelar do juiz, particularmente quando combinado com as normas de moralidade e impessoalidade; e

— a do art. 5.º, LIX, onde se dispôs que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”, substituição processual que enseja à soberania popular expressar-se por si própria, independentemente da omissão do agente público com capacidade legal expressa.

16. Resta claro, neste sistema normativo, que, não só se impõe o exame do mérito do ato administrativo, sem o que não haverá como conferir conteúdo substantivo aos comandos normativos da moralidade e da impessoalidade, como a própria Constituição, dada a relevância *material* do princípio expresso na norma, fixa, ela própria, a pena para a negligência para com o princípio constitucional republicano, qual seja a responsabilização solidária.

17. Ainda neste mesmo tópico da *responsabilidade legal* são igualmente relevantes três outras disposições constitucionais, todas no art. 37.

O § 4.º c/c art. 15, V: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, por atos de improbidade administrativa.

O § 5.º: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

O § 6.º: a responsabilidade por danos a terceiros causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, vale dizer, primeiro, que o Estado, enquanto agente da soberania popular, só pode agir conforme a lei, e que, não o fazendo, é responsabilizado; segundo, que o servidor público, ou quem a ele assemelhado, que aja em nome do Estado, também é responsável quando não atue conforme o modelo do devido processo legal.

18. Revela-se, aí, a força do castigo constitucional pelo desrespeito à responsabilidade republicana: a ação de ressarcimento é *imprescritível*, e, pior, a *suspensão dos direitos políticos*, ou seja, a cassação da cidadania ativa, o bem jurídico historicamente mais precioso da vida em coletividade.

(c) *Prestação de contas e fiscalização e controle interno e externo do poder público*

19. Não se limita a ordem republicana a impor o devido processo legal; ela o quer permanentemente fiscalizado.

Firma-se, assim, um sistema de controle que começa pela competência exclusiva do Congresso Nacional de julgar anualmente as contas prestadas pelo presidente da República e fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo (art. 49, IX e X).

Constitucionaliza-se, assim, uma fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial mediante sistemas de controle externo e interno, no tocante à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas efetuadas por cada um dos Poderes (arts. 70-75).

20. Observe-se que *legitimidade* aqui adquire contorno próprio. Não basta a legalidade; exige-se um atributo a mais, qual seja, o da legitimidade, que há de ser entendido, no mínimo, como uma imposição de legalidade material consentânea com sistema de princípios no qual se acha inserido o ato administrativo.

21. Note-se, ainda, que “prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinhei-

ros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (parágrafo único, art. 70). Não há, pois, exceção ao controle e prestação de contas.

22. Compõem ainda o sistema de controle diversas outras normas constitucionais, a saber:

— os já mencionados incisos XXXV e LIX do art. 5.º;

— o art. 5.º, LXXIII, segundo o qual “qualquer cidadão é parte legítima para propor *ação popular* que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, isento o autor de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé”;

— os incisos LXVIII, LXIX e LXX, que tratam do *habeas corpus*, do mandado de segurança e do mandado de segurança coletiva, ao ensejarem ao indivíduo ou à coletividade o exercício direto da soberania popular para controle da legalidade e do devido exercício do poder delegado;

— o art. 34, VII, *d* e o art. 35, II, que autorizam a intervenção, da União nos Estados ou no Distrito Federal, e dos Estados nos Municípios, quando não prestadas as contas da administração pública direta e indireta, na forma da lei.

23. Vale a pena, a esta altura, relembrar que “os mecanismos republicanos hão de resguardar os bens, dinheiros e valores públicos contra a ação dos agentes públicos.” (Cf. Cirne Lima *apud* Geraldo Ataliba.)

(d) *Publicidade dos atos*

24. O art. 37, *caput*, torna a publicidade norma de direito positivo para toda a administração pública.

Pelo menos cinco incisos do art. 5.º refletem o comando constitucional da publicidade:

— XXXIV: com o qual assegura-se a todos, “independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, como também “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”;

— LX: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”;

— LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”;

— LXIV: “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”;

— LXXII: as hipóteses de *habeas data* “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público”, e “para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

25. Ainda pertinentes à publicidade dos atos estas outras quatro normas constitucionais.

O § 3.º do art. 31, segundo o qual “as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”. Observe-se, uma vez mais, que não se trata de controle da legalidade no sentido formal; o atributo de legitimidade implica necessariamente um *plus*, qual seja, a legalidade material, aquela consentânea com a ordem de princípios que servem de base a todo o sistema.

O inciso XXI, art. 37, ao constitucionalizar o princípio da publicidade da licitação.

O § 1.º do art. 37, que faz importante distinção entre propaganda política dirigida a fins de promoção pessoal de autoridade e *publicidade* dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos para o propósito de informação e prestação de contas, razão por que veda “nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal”.

O inciso IX do art. 93, que determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (...) sob pena de nulidade”, ressalvada a possibilidade, já prevista no art. 5.º, LX, de limitar a publicidade, em determinados atos, às partes e seus advogados.

26. A publicidade dos atos de autoridade pública já fôra afirmada indispensável, na ordem civil, por Santo Tomás de Aquino, quem, na última das quatro considerações para definir a lei, pergunta se a publicação será ou não da essência da lei. Derivando a resposta do direito canônico, afirma que o compulsório implica conhecimento geral. Daí a sua clássica definição de lei como “ordenação racional, dirigida no sentido do bem comum, e *tornada pública* por aquele que estiver encarregado de zelar pela comunidade”. Aí a fonte histórica do mandamento constitucional.

(e) *Motivação dos atos*

27. Três cláusulas constitucionais expressam este traço republicano.

O art. 5.º, LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e *fundamentada* de autoridade judiciária competente,

salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

O art. 93, IX, lembrado acima quanto à publicidade, mas que obriga igualmente a motivação: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

O art. 93, X: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas...”.

28. Motivação é a face material, substantiva, da formalidade da publicidade. Não basta à ordem republicana a notícia de que o agente público político ou administrativo tenha decidido tal ou qual em nome do interesse geral. Há que se justificar a razão da iniciativa, o processo político ou o instrumento administrativo mediante os quais serão concretizadas as iniciativas, explicar a universalidade ou a parcialidade dos beneficiados; enfim, indicar clara e publicamente qual a vantagem coletiva do mérito, da oportunidade e da conveniência do ato político ou administrativo.

(f) Estabilidade do servidor público

29. Não se pode esperar *eficácia normativa* de qualquer das disposições do sistema republicano de controle e fiscalização da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade sem a existência de um corpo profissional de servidores públicos estáveis, dotados da proteção constitucional mínima de segurança do vínculo de trabalho. Imaginar o contrário é tornar o servidor público — agente da soberania popular nos termos da delegação legal — presa fácil de interesses que não raro passam ao largo da Constituição e das leis infraconstitucionais.

A estabilidade é, nesta perspectiva, instrumento constitucional de reforço da possibilidade de que os agentes políticos cuidem de seus interesses dentro do quadro admitido pela ordem jurídica constitucional e infraconstitucional.

Conseqüência desta perspectiva é dar por inconstitucional a emenda constitucional que pretenda dar cabo da estabilidade no serviço público, porquanto, tendente a abolir o regime republicano.

30. Laborou em erro a Assembléia Nacional Constituinte ao excluir do elenco do que não pode ser emendado pelo poder constituinte derivado (§ 4.º do art. 60) o princípio republicano. Confundiu o constituinte originário conceitos medievais e do alvorecer do Estado moderno com o significado *jurídico* contemporâneo (e nem tão novo porque nascido em 1688 e rejuvenescido nas revoluções americana e francesa do final do século XVIII). Regime republicano, desde 1688, não mais se contrasta com a monarquia.

A monarquia constitucional, saída da Revolução Gloriosa em 1688, submeteu o rei ao parlamento eleito pelos detentores da soberania popular, os quais, antes, depuseram Jaime II, o último dos Stuarts, e submeteram Maria e Guilherme de Orange (depois Guilherme III) ao juramento de fidelidade a um ato do Parlamento, o *Bill of Rights*. “Este *Bill* enumera uma série de atos que o Rei não pode cometer por serem *ilegais*, o que significa que o Rei está submetido ao Direito resultante do costume sancionado pelos tribunais, o *direito comum (common law)* aplicável a todos os ingleses, rei ou súdito, servidor da Coroa ou particular, militar ou civil, de qualquer parte da Grã-Bretanha” (Marcelo Caetano).

31. Em outras palavras, monarquia constitucional não exclui regime republicano no sentido de administração pública responsável política e juridicamente perante a soberania popular, até porque no exemplo histórico, adotou-se o parlamentarismo e, neste, sabidamente, não há poder executivo, e, sim, uma comissão parlamentar com delegação administrativa, o que importa dizer que o regime republicano continua nas mãos da soberania popular mediante a representação parlamentar.

32. Tenha-se presente que a norma jurídica positiva não existe no vácuo. Um fato concreto lhe é sempre subjacente. Daí a abundância normativa da Constituição de 1988 em buscar assegurar o que vulgarmente é rotulado de transparência.

Juridicamente, o que se tem é um sistema coerente com o princípio magno da soberania popular, o que se reflete em normas positivas heterônomas que comandam, obrigam e submetem o agente público político e o agente público administrativo. Tais agentes públicos são o instrumento de expressão jurídica dos processos políticos e administrativos que têm por fim dar realização concreta ao interesse público geral. Como toda delegação de capacidade de agir, implica o sistema, logicamente, num ordenamento de responsabilidade, prestação de contas, publicidade e motivação das escolhas políticas, dos meios legais pré-estabelecidos, dos instrumentos administrativos postos na lei e dos resultados obtidos.

Esta é a essência mais íntima do Estado de direito democrático: que toda decisão política e toda ação administrativa sigam o modelo legal — o devido processo legal.

Este o quadro constitucional republicano.

33. Coerente com os mandamentos republicanos de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, a Constituição, no art. 37, dispõe sobre as conseqüências necessárias na aplicação prática do dia-a-dia administrativo.

Fôra outra a história constitucional do Brasil; fôra a história constitucional de nossa terra uma busca constante de inferências necessárias dos

princípios fundamentais; e não haveria a conveniência de se detalhar, minudentemente, tudo o que consta de 21 incisos e pelo menos três parágrafos.

São normas formalmente constitucionais, ainda que essenciais a uma percepção ideal da República.

Tais normas, típicas de direito infraconstitucional administrativo, constam do Texto Maior por razões metajurídicas: experiência política, observação dos *mores* públicos, desconfiança na capacidade dos agentes públicos de tomarem, voluntariamente, um caminho de coerência republicana, enfim, o que mais for.

Volto à lição de Cirne Lima: “os mecanismos republicanos hão de resguardar os bens, dinheiros e valores públicos contra a ação dos agentes públicos”.

34. Algumas questões concretas com que já se depara a administração pública ilustra a ordem constitucional republicana posta na Constituição de 1988.

(a) *Estrangeiros no serviço público*

35. O art. 37, I, diz que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos *brasileiros* que preencham os requisitos estabelecidos em lei”. Brasileiros, natos e naturalizados, estão definidos no art. 12.

Dita o § 2.º do mesmo art. 12: “A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”.

A lei não pode igualmente distinguir entre brasileiros, natos ou naturalizados, e estrangeiros residentes no País no tocante aos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5.º da Constituição.

São, portanto, duas as hipóteses jurídicas:

(i) a lei não pode distinguir entre brasileiros natos e brasileiros naturalizados; somente a Constituição pode fazê-lo;

(ii) a lei não pode distinguir entre brasileiros natos, brasileiros naturalizados e estrangeiros residentes no País no tocante aos direitos e deveres postos no art. 5.º

Sêgue, por força lógica, que a lei pode distinguir entre brasileiros e estrangeiros no que for pertinente a direitos outros que não os elencados no art. 5.º da Constituição.

É este o sistema constitucional de tratamento da nacionalidade; outras distinções, como aquelas previstas na ordem econômica, não são pertinentes ao ponto ora em exame.

36. Daí, a irrecusável inconstitucionalidade do § 6.º do art. 243 do Regime Jurídico Único (Lei n.º 8.112/90): “Os empregos dos servidores

estrangeiros com estabilidade no serviço público, enquanto não adquirirem a nacionalidade brasileira, passarão a integrar tabela em extinção, do respectivo órgão ou entidade, sem prejuízo dos direitos inerentes aos planos de carreira aos quais se encontrem vinculados os empregos”.

Não compete ao direito infraconstitucional criar exceção ao comando expresso da Constituição. Esta norma é cláusula típica de direito intertemporal, a qual, para excetuar, ou diferir no tempo, a eficácia da norma constitucional nova, teria que estar inscrita nas disposições transitórias da própria Constituição, jamais no texto infraconstitucional. Quem absorve a velha ordem na nova é a Constituição mesma, nunca ato legislativo infraconstitucional.

37. Diverso, todavia, totalmente diverso, o tratamento do estrangeiro nos casos da contratação temporária de excepcional interesse público, no mesmo RJU, art. 233, incisos IV e V, e parágrafos 1.º, 2.º e 3.º, o qual regulamenta o inciso IX, art. 37, da Constituição (“a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”).

Admite-se aí o *contrato de locação de serviços*, portanto uma relação contratual de direito público para a prestação de serviços, e não exercício de cargo, emprego ou função pública; e mais, para atender necessidade, *um*, temporária, *dois*, limitada até quarenta e oito meses, *três*, improrrogáveis, e, *quatro*, de excepcional interesse público, como também definido na lei. Por fim, escolha mediante processo de recrutamento seletivo, ainda que simplificado, mas “sujeito a ampla divulgação em jornal de grande circulação” (princípio republicano da publicidade).

(b) *Temporiedade da comissão de livre nomeação e exoneração* (art. 37, II, *in fine*)

38. Surge aqui a necessidade imperiosa de se construir um parâmetro constitucional para o tempo da comissão para exercício, sem concurso público, de cargo de livre nomeação e exoneração, até porque o § 2.º do art. 40 assegura aposentadoria “em cargos ou empregos temporários”. Deve esta norma ser interpretada como exceção à obrigatoriedade do concurso público, isto é, como uma autorização constitucional permanente para que o agente público administrativo desempenhe função pública até a aposentadoria sem jamais se submeter a concurso público ao qual os menos afortunados com os favores políticos devem se submeter?

Quais os limites constitucionais que a moralidade, enquanto norma positiva, deve impor à lei que declara quais e quantos cargos públicos serão de livre nomeação e exoneração?

A ordem constitucional republicana impõe aqui um notável esforço de *construção*, insuficiente mera interpretação, para que se estructure coerentemente a aplicação infraconstitucional do princípio basilar. São por

demais evidentes os abusos políticos que ocorrerão sob a aparência de constitucionalidade; ou seja, a constitucionalidade formal a obscurecer a ordem material.

(c) *Revisão geral da remuneração dos servidores públicos*

39. No julgamento do pedido de suspensão liminar dos efeitos da Medida Provisória n.º 296, o Min. Sepúlveda Pertence, relator da matéria no Supremo Tribunal Federal, afirmou interpretação de vastíssima repercussão no direito constitucional, embora ainda não expressa em acórdão porque, como é notório, aquela medida provisória foi rejeitada pelo Congresso Nacional, com o que o Tribunal ainda não prosseguiu no exame da ação. Antiga jurisprudência indica que se procederá ao exame do mérito porquanto a revogação, no caso rejeição, de norma argüida de inconstitucional não suspende o julgamento daquela Corte.

40. Afirmou o relator que a norma do inciso X do art. 37 (“a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data”), é corolário do princípio da isonomia, posto no *caput* do art. 5.º Daí inferiu ele que a aplicação do inciso X do art. 37 pressupõe o atendimento dos mesmos requisitos de configuração da igualdade exigidos pelo *caput* do art. 5.º

Em dedução lógica, afirmou o relator que os cargos ou grupos funcionais constantes dos arts. 2.º a 6.º da Medida Provisória continham na sua natureza intrínseca — ou naquilo que os administradores denominam de *job description*, peculiaridades que os afastavam do padrão de igualdade com os demais servidores; eram os artigos que cuidavam dos aumentos dos militares, dos diplomatas, dos cargos de natureza DAS e os de Consultor-Geral da República, e outros cargos administrativos da Presidência da República. Donde ter negado a liminar.

Admitiu o relator, apenas quanto ao universo categorias funcionais abrangidas pelo art. 1.º, a irrefutável isonomia; a liminar, todavia, foi denegada por motivação constitucional que escapa ao tema deste trabalho.

41. A se confirmar o precedente, disporá o administrador público de arma notável para uma política salarial diferenciada não só nos índices, como no tempo. Para tal, basta trazer à colação esta lição reconhecida sobre os requisitos de validade dos *discrimens* em face do princípio da igualdade posto na Constituição:

“Para que um *discrimen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo;

b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nela residentes*, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles estabelecida pela norma jurídica;

d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa, ao lume do texto constitucional, para o bem público” (C. A. Bandeira de Mello, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*).

42. Necessitará, assim, o administrador público, apenas, de proceder a uma inteligente distinção de responsabilidades funcionais e de qualificações profissionais destinadas a propósitos públicos diversos para que possa, constitucionalmente, distinguir índices ou periodicidade de aumentos.

Cria-se, aí, certamente, uma tarefa notável de controle para o Judiciário.

IV. *Federação*

Constituição Federal, art. 1.º: “A República *Federativa* do Brasil, formada pela *união indissolúvel* dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...)”.

43. A federação é pétreia, não pode sequer ser objeto de emenda do poder constituinte derivado (art. 60, § 4.º, I). É a expressão permanente da escolha constituinte originária (órgão representativo da soberania popular) para dar forma jurídica harmônica ao processo político e administrativo de solução comum das necessidades econômicas e das demandas sociais das coletividades parciais que deram origem ao todo federativo. Respeitados, no que couber dentro da harmonia jurídica, os traços peculiares consagrados, histórica e sociologicamente, por cada uma das coletividades parciais.

44. A federação reveste algumas características essenciais.

(a) *Constituição escrita*

45. Representa a Constituição escrita o contrato ou pacto federal, o acordo sobre o papel político, a capacidade jurídica e a responsabilidade social dos entes federados. É a expressão do compromisso de convivência indissolúvel; é, portanto, renúncia a qualquer outra alternativa de vida coletiva — na política, na economia, no social e no jurídico.

(b) *Capacidade constituinte local*

46. É a expressão da autonomia do ente federado, entendida como a capacidade constitucionalmente assegurada de autogoverno, auto-organização e auto-administração, nos termos e limites traçados pela Constituição nacional. “É o poder de uma coletividade para organizar, sem intervenção estranha, o seu governo, e fixar as regras jurídicas, dentro de vínculo pré-traçado pelo órgão soberano” (João Mangabeira).

47. A autonomia na federação brasileira vem tratada nos artigos 25, § 1.º (Estados), 29 (Municípios) e 32 (Distrito Federal):

“Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

São reservados aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição” (art. 25, *caput* e § 1.º).

“O Município reger-se-á por lei orgânica, votada (...) e aprovada (...pela...) Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos (...)” (art. 29).

“O Distrito Federal (...) reger-se-á por lei orgânica, votada (...) e aprovada (...pela...) Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição” (art. 32).

48. Outro limite à autonomia, além dos que ficaram expressos nas normas supratranscritas, é a possibilidade da União, mediante lei complementar, criar *regiões*, “para efeitos administrativos”, com o fim de “articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social” (art. 43). Pode, assim, a União ocupar espaço jurídico do ente federado “visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.” Há a garantia, no entanto, de que os incentivos mediante isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos será apenas de tributos federais (art. 43, § 2.º, III).

49. A autonomia, de outro lado, é protegida pelos parágrafos 3.º e 4.º do art. 18, os quais exigem o *plebiscito*, ou seja, uma expressão republicana de exercício direto da soberania popular, dentre a população diretamente interessada, para a criação, pelos processos neles indicados, de novos Estados e Municípios.

A imposição do plebiscito também para a criação de novos Estados resolve a aguda crise constitucional surgida quando da fusão dos Estados da Guanabara e do antigo Rio de Janeiro. Sem qualquer pretensão de resguardo constitucional, expresso ou implícito, sob a ordem de então, o mero envio do projeto de lei complementar do Presidente da República

ao Congresso Nacional já extinguiu a autonomia estadual de auto-administração. Nenhum dos órgãos então constitucionalmente competentes arguiu o absurdo federativo (vide RE 90.249, in RTJ 92/374).

Outra proteção ao mesmo princípio é a previsão de intervenção da União no Estado que não assegurar a autonomia municipal (art. 34, VII, c).

(c) *Repartição constitucional de competências*

50. A federação brasileira é uma série de quatro círculos concêntricos, onde se estabelecem harmonicamente quatro ordens jurídicas, das quais a mais externa é guia-mestre, e as três outras parciais e autônomas, onde aquela mais externa tende a ser mais genérica, e, as demais, mais específicas e peculiares.

51. A repartição constitucional de competências se dá, então, em quatro áreas: nacional, federal, estadual e municipal.

Nacional é a competência de emitir moeda, administrar as reservas cambiais do País, elaborar e executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento, manter o serviço postal, editar diretrizes e bases da educação nacional, fixar normas gerais de direito tributário. *Federal* é a competência de administrar o serviço público da União, de regulamentar o sistema de tributos federais, de administrar territórios federais. *Estadual* é a competência assinalada na Constituição como própria de sua autonomia, seja a privativa, a concorrente ou a comum. *Municipal* é a competência autônoma dos municípios de legislarem sobre os assuntos de seu interesse peculiar local, suplementando a legislação nacional, federal e estadual.

52. A competência da União Federal consta de dois artigos. O art. 21 trata da competência política e administrativa de caráter eminentemente *nacional*; o art. 22 versa a competência legislativa privativa também de natureza *nacional*. A sua competência de natureza federal, isto é, contida no sistema nacional, em geral é exercida concomitantemente com a nacional, ou concorrentemente ou em comum com os Estados e Municípios (arts. 23 e 24).

53. Impõe distinguir competência comum (art. 23) e concorrente (art. 24). A competência *comum* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é de natureza política, não propriamente jurídica; reflete o compromisso comum dos entes federados em promoverem certos valores e interesses que a todos afetam; é um contrato de objetivos comuns. Da regulamentação jurídica propriamente dita cuidam outras normas da Constituição mesma.

A competência *concorrente* da União, dos Estados e do Distrito Federal, não dos Municípios, é de natureza legislativa, e tem por escopo dar

configuração jurídica positiva aos princípios e compromissos postos no sistema constitucional, e particularmente no art. 23.

54. Importante para compreensão do sistema normativo de compatibilização das órbitas jurídicas parciais da federação é atentar para os §§ 1.º a 4.º do art. 24, segundo os quais:

— § 1.º: “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”;

— § 2.º: “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”;

— § 3.º: “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”;

— § 4.º: “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

55. A nova Constituição deu fim ao debate acadêmico sobre ser o *Município* ente federativo ou apenas órgão político-administrativo do Estado. Não é só o art. 1.º que o afirma categoricamente; a Constituição tratou de lhe desenhar um perfil federativo claro:

— o art. 29 trata da capacidade de autogoverno municipal; naturalmente que, sendo o mais central dos círculos concêntricos da federação, é o que dispõe de menor latitude, pois deve obediência às disposições vinculantes das Constituições nacional e estadual;

— o art. 30 cuida das capacidades de auto-organização e de auto-administração, inclusive sistemas próprios de controle externo, exercido pelo Poder Legislativo Municipal, e de controle interno, do Poder Executivo Municipal (art. 31); uma vez mais, observados os parâmetros vinculantes das Constituições nacional e estadual.

56. O que não tem o Município, e deveria tê-lo, é um Poder Judiciário próprio. São incontáveis as demandas típicas de litígios comunitários e de vizinhança, quase sempre de reduzido valor econômico, que melhor seriam solucionados na órbita local do que em cortes estaduais.

(d) *Corte constitucional nacional*

57. A competência constitucional federativa de harmonia de interpretação do direito nacional e de resolução de conflitos constitucionais é compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

58. Harmonia de interpretação do direito nacional. No Supremo Tribunal Federal, a competência originária para julgar e processar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo *federal* ou *estadual* e a competência recursal extraordinária para julgar as causas decididas em úni-

ca ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição nacional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (materialmente *nacional*) ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da mesma Constituição nacional (art. 102, I, a e III).

No Superior Tribunal de Justiça, a competência recursal especial de julgar as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal (materialmente *nacional*), julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal (materialmente *nacional*) ou der à lei federal (materialmente *nacional*) interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III).

59. Conflitos constitucionais. No Supremo Tribunal Federal, a competência originária para julgar e processar litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; 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; e os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal (art. 102, I, e, f, o).

No Superior Tribunal de Justiça, a competência originária para processar e julgar os conflitos de jurisdição entre quaisquer tribunais, ressalvada a competência do STF no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; e os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União (art. 105, I, d, g).

(e) *Intervenção*

60. A intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal, e dos Estados nos Municípios, é da essência do sistema federativo; visa a manter a integridade dos princípios basilares da Constituição (Michel Temer).

É ato excepcional, de crise federativa, que se expressa juridicamente no procedimento posto na Constituição, exercitável unicamente nas hipóteses nela previstas, e justificado em face da indissolubilidade do pacto federal.

61. Deve-se notar que a intervenção da União no Estado ou no Distrito Federal, e a do Estado no Município, afasta, temporariamente, a autonomia constitucional. Sua previsão constitucional, contudo, revela e realça as autonomias constitucionais federativas (Michel Temer).

As hipóteses de intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal estão enumeradas no art. 34; observe-se que a linguagem constitucional é restritiva: “não intervirá (...) exceto para...”. A enumeração é exaustiva e não pode ser lida expansivamente.

62. O dever constitucional da União de intervir é inarredável, sob pena de crime de responsabilidade do Presidente da República (art. 85. I). Inarredável, mas limitado à excepcionalidade das hipóteses únicas postas no Texto Maior.

A mesma perspectiva de análise se aplica à intervenção dos Estados nos Municípios prevista no art. 35. Importante para a percepção sistemática da federação é notar que o mesmo art. 35 submete a União no tocante à intervenção nos Municípios localizados em Território Federal, donde inequívoca, uma vez mais, a afirmação de serem os Municípios unidades da federação.

(f) Somente a União, enquanto governo nacional, mantém relações de direito internacional

63. Trata-se aqui do modernamente superadíssimo conceito clássico de soberania no direito internacional público, que vem a ser “o poder exclusivo e indivisível que não conhece outro superior ou concorrente, nem admite limites senão aqueles que voluntariamente se traçou em tratados ou no texto constitucional” (Carlos Maximiliano).

64. Superado embora nas relações internacionais reais, tem ainda o velho conceito marcada repercussão na órbita constitucional interna do Brasil. Nas federações modernas, as que se permitem evoluir com os fatos da história, os entes federados, por direito ou de fato, atuam no cenário econômico mundial, buscando opções de mercado que melhor atendam à demanda de suas peculiaridades locais.

Para se compreender adequadamente esta reserva de soberania, retome-se o conceito de *autonomia*, que é o que se permite às unidades da federação, no jogo das relações do mundo contemporâneo sem fronteiras, ao qual não podem ter acesso pleno, na dimensão de suas capacidades locais, para atender às imposições de suas particularidades. “É a capacidade constituinte delegada pelo poder nacional” (Maximiliano); ou “revelação de capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos” (Machado Horta).

Sendo este um exercício de direito positivo, de análise da ordem constitucional como posta, para dela inferir o que for juridicamente possível, nada se poderá argüir em favor de uma maior presença da unidade federada nas relações internacionais. Este papel está restrito ao governo nacional.

65. Observe-se que a concentração maior ou menor de iniciativa das unidades federadas não descaracteriza *juridicamente* a federação: o argumento que procura analisar a federação brasileira, para tentar descaracterizá-la, apontando excesso de poderes no nível nacional, pode ser político, sociológico ou histórico, mas não *jurídico*. Nesta perspectiva, presentes as características antes assinaladas, ter-se-á uma federação.

Vale dizer, não se confunda desconcentração de poder constitucional (típica do federalismo) com descentralização administrativa (própria do Estado unitário): a capacidade constitucional do ente federado não pode ser retirada unilateralmente pelo governo nacional, o qual é, *juridicamente*, igual aos governos dos entes federados, embora diversas as capacidades jurídicas, enquanto no Estado unitário o órgão administrativo descentralizado não tem título próprio à sua competência.

66. Comentário, a título ilustrativo, uma questão concreta no trato do sistema federativo, particularmente pertinente à percepção do “espírito” federativo: o comércio interestadual. É competência privativa da União legislar sobre o comércio interestadual (art. 22, VIII).

Reflita-se, então, sobre firme precedente do Supremo Tribunal Federal (Representação 1.049, in *RTJ* 98/37), o qual bem revela a concepção usual da federação como modelo rigidamente jurídico, infenso à absorção do fato econômico mediante argumento jurídico *inerente* à lógica do sistema.

67. Lei estadual do Amazonas autorizara o Poder Executivo a regulamentar as saídas de madeira de certa espessura para fora do Estado, com fim de fomentar a instalação de indústrias de base dentro do mesmo Estado. Cuidava-se de oferecer vantagem tributária para as vendas de madeira beneficiada ou semimanufaturada.

O Tribunal declarou tratar-se a hipótese de comércio interestadual, donde a inconstitucionalidade, por se invadir competência exclusiva da União; nada mais considerou.

68. Outra visão é, no entanto, razoável. A federação é resultado *jurídico* de uma harmonização de interesses nacionais, regionais e locais. Os traços políticos, as demandas econômicas e as questões sociais de cada coletividade parcial continuam a existir após o pacto federativo. A federação torna-se, assim, um instrumento jurídico para coordenação da busca de uma solução coletiva e harmoniosa para aqueles mesmos traços, demandas e questões. Não exclui, portanto, a federação, a iniciativa autônoma criativa de cada uma das coletividades parciais que lhe deram origem.

Incompatível com a federação será, construtivamente, solução para problema local que afete desvantajosamente valor igualmente relevante e substantivo, quer de outro ente federativo, individualmente considerado, seja da coletividade nacional.

O Tribunal não considerou que, contrariamente a processo anterior, do Estado do Pará (Rep. 1.029), no qual a lei estadual proibia a saída da madeira *in natura*, no caso vertente ao produtor da madeira *in natura*, de certa dimensão, era oferecida a *alternativa* comercial de beneficiá-la, ou semimanufaturá-la, no mesmo Estado, antes de vendê-la para comprador oriundo de outro Estado. Observe-se, *opção*, não proibição. Assim, não estava o Amazonas a retirar bem da circulação comercial entre os Estados; apenas, buscando fomentar sua atividade econômica interna, estimular a geração de emprego de mão-de-obra mais qualificada que a do mero cortador de madeira, criar mais valor acrescido aos bens econômicos ali produzidos, ofereceu ao mercado uma opção a mais: beneficiar ou semimanufaturar a madeira para auferir vantagem tributária.

A decisão de continuar a vender a madeira *in natura*, obviamente por preço menor, ou beneficiá-la ou manufaturá-la, claro que para vender por preço maior, continuou a ser do alvitre do empresário, lá com suas *considerações contábeis e financeiras*.

69. O Tribunal, desse modo, vislumbrou no federalismo instituto originariamente jurídico, para ser compreendido em si mesmo, enquanto categoria jurídica, e não um instrumento, dentre outros disponíveis no direito constitucional, de coordenação da busca, pela coletividade nacional, da solução comum harmoniosa para as demandas econômicas e questões sociais das coletividades parciais, demandas e questões essas que persistem, que não desapareceram pelo tão só surgimento da federação.

70. Possível, assim, argumentar, juridicamente, que a interpretação pela inconstitucionalidade das iniciativas locais de solução de problemas peculiares às coletividades parciais deve se limitar às hipóteses em que valor ou interesse incontrastável de outra coletividade parcial, ou da coletividade nacional, sejam substantivamente afetados de forma desvantajosa.

Dito de outro modo, o esforço do estudioso deve ser construir o princípio de modo a assegurar o espaço normativo das unidades da federação, cujos traços políticos, por imposição lógica do sistema, devem ser *preservados pela ordem normativa nacional, a qual, embora coercitivamente harmonizadora e mais abrangente, não é nem única nem total*.

71. A cláusula do comércio interestadual é das mais ricas no estudo do federalismo. A nova Constituição estimula seu exame na medida em que os Estados recuperaram mais capacidade de iniciativa legislativa, limitada a União a normas gerais em quase todos os temas que mais de perto tocam as vidas das pessoas. As municipalidades mais industrializadas, em particular, dispõem agora de importante campo de investigação constitucional, para construir suas legislações sobre proteção do meio ambiente, combate à poluição, saúde, educação, transporte e defesa do consumidor. Terão todas que se deparar com a competência privativa da União para

legislar sobre comércio interestadual: ainda que reflexamente, a regulamentação desses temas, frequentemente, toque o comércio interestadual.

72. Por fim, o perfil peculiar do *Distrito Federal* na federação brasileira. Ente federado embora, não tem latitude de autonomia igual a dos Estados.

73. A segurança pública está sob controle da União, que detém a competência para “organizar e manter (...) a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal” (art. 21, XIV). Lei *federal*, não *nacional*, portanto não obrigatória para os Estados, é que disporá “sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar” (art. 32, § 4.º). Nesta matéria, em relação aos Estados, a competência da União está limitada a normas gerais (art. 22, XXI), asseguradas, portanto, a auto-organização e a auto-administração.

Também compete à União “organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal” (art. 21, XIII), e ainda legislar *privativamente* sobre a “organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública (...), bem como organização administrativa destes” (art. 22, XVII).

Outra redução de autonomia é a vedação de divisão em Municípios (art. 32, *caput*).

74. Traços federais decisivos, todavia, estão presentes tanto na competência tributária igual a dos Estados (art. 155) e dos Municípios, porquanto absorvida a competência destes (§ 1.º do art. 32), quanto na repartição das receitas tributárias com os Estados (art. 157), como também com os Municípios, pela mesma razão de ter absorvido suas competências.

Sua envergadura federal revela-se, igualmente, na previsão de litígios com Estado estrangeiro ou com organismo internacional, ou na possibilidade de causas ou conflitos com a União ou com Estados, hipóteses da competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, e, f).

No mesmo sentido, a disposição sobre conflitos de atribuições entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas do Distrito Federal, ou entre autoridades administrativas do Distrito Federal e da União, os quais serão dirimidos pelo Superior Tribunal de Justiça, também originariamente (art. 105, I, g).

Ainda, e da maior relevância, a proteção da autonomia do Distrito Federal, ainda que de dimensão menor, na previsão de intervenção federal em circunstâncias iguais às dos Estados (art. 34).

75. Cabe assinalar, por fim, o rigor técnico do constituinte em denominar de lei orgânica o instrumento jurídico de autogoverno, auto-organização e auto-administração do Distrito Federal (art. 32) em face das diferenças apontadas com as atribuições dos Estados.

A Reforma Constitucional e o Plebiscito

PAULO BONAVIDES

1. A reforma constitucional e o plebiscito versados no presente texto são aqueles previstos nos artigos 2.º e 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referentes à consulta popular que em 7 de setembro de 1993 definirá a forma de governo — república ou monarquia constitucional — e o sistema de governo — parlamentarismo ou presidencialismo — a vigorarem no País.

Delimitado o tema, vamos, de imediato, ocupar-nos da reforma constitucional cujo exame faremos por um triplice aspecto material: o jurídico, o político e o histórico; este último deveras em face da lição que a experiência acumulada já nos ministra a respeito das alternativas ali colocadas.

Do ponto de vista jurídico, afigura-se-nos — e temos inumeráveis vezes reiterado essa posição — só haverá a revisão constitucional, veículo da possível reforma estatuída no art. 3.º, se a resposta plebiscitária for favorável à monarquia constitucional ou ao parlamentarismo. Fora daí não há como pretender a reforma da Constituição, salvo se quisermos empregar outro instrumento que não seja a revisão, para fins que excluem todavia aqueles sobre os quais já se tenha manifestado soberanamente o eleitorado, ou seja, o grande colégio da cidadania. A vontade reformista, para atuar, teria então que percorrer os canais normais do procedimento jurídico determinado pela Carta Magna. O outro instrumento com que levar a cabo a reforma não poderia deixar de ser aquele que faz parte do pro-

cesso legislativo da Constituição e o encabeça, a saber, a emenda constitucional.

Mas os limites ao uso da revisão se dilatam também ao seu emprego ainda na hipótese da adoção da monarquia ou do parlamentarismo. Nesse caso a eficácia inovadora do mecanismo revisional posto no texto da Constituição ficaria, portanto, circunscrito a medidas absolutamente indispensáveis à exequibilidade da reforma a ser introduzida, não podendo sua abrangência exceder as fronteiras de adequação à matéria inovada por ensejo da manifestação de vontade soberana, à qual o constituinte de segundo grau fica indissolúvelmente atado.

A revisão só existe, pois, no art. 3.º daquele Ato, de modo que sua eventual aplicação se exaure com o preenchimento da finalidade contida no artigo antecedente, ou seja, o art. 2.º, a que inarredavelmente se acha vinculada.

A revisão é, de conseguinte, figura transitória. Em rigor, não poderá sequer ser utilizada — deixando imediatamente de existir — caso o povo diga não à monarquia ou ao parlamentarismo. O texto constitucional propriamente dito, quer dizer, sua parte permanente, ignora a revisão. Não consta ela do processo legislativo estabelecido pelo art. 59 da Constituição; bem ao contrário, portanto, do que ocorria na Carta de 1934, onde o meio revisional era peça constitutiva do processo normal de alteração da lei maior.

Em verdade, tinha ali a revisão uma rigidez formal muito superior à da emenda; isto se traduzia na qualificação de um “quorum” bem mais elevado do que aquele requerido para aprovação de qualquer emenda. Aliás o constituinte de 1934 fez da revisão o único meio de modificar a parte verdadeiramente material da Constituição, enunciando no “caput” do art. 178 os conteúdos privilegiados, fora portanto do alcance da emenda¹.

1 A matéria constitucional que na Carta de 1934 poderia ser objeto de revisão, ficando portanto excluída de mudança por via de emenda, constava do “caput” do art. 178 e de suas remissões. Referia-se aos seguintes pontos fundamentais: a estrutura política do Estado, a organização ou a competência dos poderes da soberania, a coordenação dos poderes na organização federal, a Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, a declaração de direitos, a autorização do Poder Legislativo para declarar o Estado de Sítio, o plano sistemático e permanente de combate às secas nos Estados do Norte, a representação proporcional e o voto secreto e a própria matéria do art. 178 que dispunha sobre a emenda ou a revisão constitucional.

O singular no constitucionalismo pátrio de 1988 é que a revisão aparece solitária e transitoriamente à margem da parte fixa da Constituição e com rigidez inferior à da emenda, tanto que nesta a proposta de alteração se discute e vota em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, enquanto a revisão se faz de maneira muito mais simples: basta para aprová-la o voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, reunidos em sessão unicameral.

Daqui passamos ao exame político da provável reforma de 1993. Com efeito, alguns constitucionalistas e sobretudo um numeroso corpo de membros do atual Congresso têm acerca da matéria um entendimento equivocado que, ao nosso ver, se prevalecesse, configuraria um grave atentado à incolumidade do texto constitucional.

Acham eles possível estender a ação ou o mecanismo revisional a todos os pontos da Constituição, salvo obviamente aqueles que jazem debaixo da férrea irremovível intangibilidade do parágrafo 4.º, do art. 60, a saber, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

Em geral, os defensores dessa tese não se guiam por razões jurídicas, mas por motivos de ordem política. Mal dissimulam a ojeriza que lhes causa determinados conteúdos da lei fundamental, cuja remoção gostariam de ver interpretativa que conduza a revisão para aquela latitude aqui impugnada e que se lhes afigura o caminho mais fácil de alcançar aquele objetivo.

2. Convém ao País a introdução da forma parlamentarista de Governo? Eis a questão que agora é suscitada e da qual, a seguir, nos ocuparemos.

Há duas modalidades básicas de parlamentarismo: o parlamentarismo dualista e o parlamentarismo monista.

O mais fácil de implantar talvez seja o primeiro, enquanto o segundo se apresenta como o mais difícil, sendo porém, o mais democrático, o mais puro, o mais perfeito. Nele os monarcas e os presidentes reinam ou presidem, mas não governam, porque o governo todo é obra do gabinete, designadamente do Primeiro-Ministro que concentra em sua mão o exercício do monopólio da autoridade de governo, neutralizando nesse ponto a figura do Chefe de Estado, habitualmente desfalcado de faculdades ativas e mero representante ou símbolo da unidade do poder ou da nação.

O exemplo mais acabado de parlamentarismo monista é o da Inglaterra, que alcançou esse resultado em razão de um longo processo histórico,

ocupado em grande parte pelo parlamentarismo dualista, do qual nasceu. O parlamentarismo dualista, dominante também nas monarquias constitucionais do século passado, é familiar a alguns sistemas contemporâneos, desde a Segunda Grande Guerra Mundial.

Nessa modalidade de parlamentarismo, quando as competências governativas não se repartem com certo equilíbrio, tendem elas a sacrificar ora o Chefe de Estado, ora o Primeiro Ministro, fazendo um preponderar sobre o outro, de tal sorte que assim fica desnaturada e pervertida com a hibridez a índole propriamente parlamentarista do sistema.

O excesso de racionalização tem ao mesmo passo introduzido fórmulas demasiado teóricas de parlamentarismo dualista, pretensamente extraídas do exame de realidades vivas e observáveis e que redundam todavia na diminuição ou na limitação da amplitude democrática dessa forma de governo.

No caso brasileiro, o parlamentarismo dualista oferece, como já ocorreu em 1961, o grave e inequívoco risco de ampliar em demasia os poderes do Presidente. Ainda que esses poderes não fossem formalmente alargados na repartição constitucional das atribuições de governo, tal risco nem por isso desapareceria enquanto o Presidente conservasse a origem de seu mandato em eleição direta, porquanto poderia ele, a qualquer pretexto, projetar a sombra de um poder rival, dotado do mais alto grau de legitimidade, sobre o Chefe de Gabinete, eleito apenas pela maioria parlamentar, sem o prestígio imediato do sufrágio popular. Tão cedo não se apagará da memória de nosso povo a conquista oriunda da campanha diretas-já e quanto isto valeu como expressão de um poder legítimo para derrubar o muro da ditadura, cuja duração foi de 20 anos.

É reflexão suficiente para firmar, pois, a invalidade política da adoção de um parlamentarismo monista, nesta altura histórica da conjuntura nacional.

3. A indagação que fizemos há pouco acerca da conveniência de adotarmos em nosso País o parlamentarismo deve ser respondida afirmativamente.

Com efeito, o regime parlamentar, numa época de crise freqüente e abalos nas relações do Estado com a sociedade, em virtude da complexidade dos problemas do século e da intensa e profunda politização do meio social, se revela o sistema de governo que mais adequadamente resguarda a hegemonia da sociedade, corporificada no Parlamento. Desta o Poder Executivo vem a ser tão somente o braço ou instrumento no exercício do poder. Mas exercício de poder consentido e legitimado por um sólido e decisivo apoio de opinião, que faz a sustentação dos ministérios, graças

às maiorias parlamentares, sem as quais não há governo que se conserve de pé.

A outorga da confiança política da Nação mantém os governos no poder por via do instituto da responsabilidade ministerial. A moção de confiança pode em todas as ocasiões de crise renovar ou recusar o apoio parlamentar de que depende a conservação dos gabinetes. Tudo isto se resume na fórmula lapidar de Raul Pilla, ao contrastar o parlamentarismo com o presidencialismo: o primeiro, dizia ele, é o governo da responsabilidade a prazo incerto; o segundo o governo da irresponsabilidade a prazo certo.

Outras generalizações felizes para cunhar a superioridade do governo parlamentar sobre sua antítese presidencial se colhem também de algumas valiosas reflexões de Rui Barbosa e Afonso Arinos Melo Franco, cuja autoridade nesse tocante é tanto maior quanto foram eles mesmos, de início, ardorosos propugnadores da forma presidencial, sendo Rui, aliás, aquele que a introduziu no Brasil, quando elaborou o Anteprojeto de Constituição do Governo Provisório. A seguir, viu sua novidade criativa, de inspiração norte-americana, consagrada pelo art. 41 da Constituição republicana de 1891.

Disse Rui, depois da implantação do sistema, e após amargar uma dolorosa “via-crucis” política aberta com as perseguições do regime, que o presidencialismo brasileiro não era senão “a ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo”².

Não trepidou tampouco o insigne publicista em asseverar que o regime presidencial criara “o mais chinês, o mais russo, o mais africano de todos os regimes”³ e que o Presidente da República se convertera no “exclusivo depositário da autoridade para o bem e para o mal”⁴. Ao mesmo passo, Rui advertia que nesse regime “a tribuna parlamentar é uma cratera extinta, e as câmaras legislativas mera sombra da representação nacional”⁵.

Não menos cáustico e desenganado, um publicista recente — Afonso Arinos Melo Franco — que terçou armas em favor daquele sistema num célebre e polêmico parecer oferecido ao Congresso Nacional contra a Emen-

2 Rui Barbosa, *Novos discursos e conferências*, págs. 350/353.

3 Rui Barbosa, *A gênese da candidatura do Sr. Wenceslau Braz*, 1915, págs. 36/37.

4 Rui Barbosa, *Campanha presidencial*, págs. 118/119.

5 Rui Barbosa, *Oswaldo Cruz*, Rio de Janeiro, 1971, págs. 3/4.

da de Raul Pilla de introdução do parlamentarismo, ainda durante o governo da Carta Constitucional de 1946.

Arinos, depois de assinalar a sujeição a que ficara reduzido o Congresso como um poder subordinado — aviltamento que ele atribuía às deformidades do presidencialismo — disse que este era um “desgraçado sistema de governo que, pela dinâmica do próprio funcionamento, sufoca o que existe de melhor e impulsiona o que há de pior na alma brasileira”⁶.

Não temos dúvida assim em proclamar a superioridade do parlamentarismo sobre o presidencialismo. No parlamentarismo as Câmaras Legislativas são escolas de pedagogia cívica, no presidencialismo elas se transformam em mercados de clientelismo, onde o tráfico de influência e de interesses converge para fazê-las submissos e servis apêndices do Poder Executivo.

Assiste razão, por inteiro, ao Deputado Victor Faccioni quando refere que “Raul Pilla já observava que três tipos de indivíduos defendem intransigentemente o presidencialismo: primeiro, os que estão no poder; segundo, os que vivem em torno do poder e, terceiro, os que esperam chegar ao poder”⁷.

4. Realmente, a classe política brasileira nunca se conscientizou daquilo que há sido a tragédia do presidencialismo nesse País. E aqui ingressamos no terceiro aspecto de nossas considerações acerca da projetada reforma constitucional, marcada para 1993, caso vingue, pelo voto plebiscitário, a monarquia constitucional ou o parlamentarismo, este último eixo das reflexões em curso.

Com efeito, é o lado histórico que prenderá doravante nossa atenção, para demonstrar se realmente a experiência parlamentar do Império inválida ou não a adoção desse modelo no Brasil, retirando-lhe a força de credibilidade que ao redor dele cresce a cada passo nos domínios da opinião nacional.

Em rigor, não tivemos parlamentarismo ao longo do Império, mas um regime pré-parlamentarista, continuamente em busca da efetivação daquele modelo por uma virtude evolutiva inerente a todos os sistemas inclinados a fazerem valer a supremacia do órgão parlamentar.

O fenômeno político do Império, em suas raízes históricas, não será jamais compreendido se passarmos uma esponja no Primeiro Reinado e ignorarmos os catastróficos efeitos políticos da dissolução da Constituinte bem como o trauma que ela provocou na alma liberal da Nação. Ali naquela assembléia estava verdadeiramente sediado o sentido de progressão de nossas liberdades e franquias, de tal sorte que, dissolvido o corpo repre-

6 Afonso Arinos, “O presidencialismo brasileiro” (história em quadrinhos) I, *Jornal do Brasil*, s/d.

7 Victor Faccioni, *Folha de S. Paulo*, edição de 28 de novembro de 1987.

sentativo, por obra do golpe de Estado de novembro de 1823, a sociedade brasileira padecia logo um terrível revés na sua luta, já hoje mais do que secular, contra um Estado vocacionalmente autocrático e usurpador.

Foi a memória e, por conseqüência, a manutenção do pensamento liberal que atuou decisivamente para imprimir à Constituição do Império na sua concretização institucional os traços de tolerância e liberdade observados durante o Segundo Império, o que aliás aconteceu em grande parte contra a regra do próprio texto constitucional. Nesse ponto a instituição parlamentar veio a ser a sede de uma admirável evolução, que nos conduziu ao chamado governo parlamentar do Império, onde todavia a sombra atrofiadora e esterilizante da vontade imperial fora até a penúltima década do século o grande obstáculo a uma consolidação consuetudinária da autoridade da Câmara.

Um parlamentarismo estável e definitivo, ao fim do Segundo Reinado, dependia sobretudo da adoção adicional de um sistema federativo, ao qual se opunham tenazmente as correntes conservadoras e, à frente destas, o próprio Imperador.

Com o Brasil, não há razão para o ceticismo do publicista que afirmou, segundo Aliomar Baleeiro — para mostrar a impossibilidade de trasladação eficaz de modelos políticos do exterior — que o primeiro artigo da Constituição britânica era o povo britânico⁸.

5. Em nosso País — o que aliás é positivo — a verdadeira e legítima Constituição do Império não foi a Carta outorgada de 1824, mas os homens que fizeram o Ato Adicional, a Maioridade, a criação da Presidência do Conselho de Ministros em 1847 e a Lei Saraiva de 1881 contra o texto daquela Lei Maior. Se aplicada fosse a Constituição, com todo o rigor das competências deferidas ao Poder Moderador e ao Poder Executivo e concentradas na figura do Imperador, cuja pessoa o art. 99 fizera “inviolável e sagrada” e não sujeita “a responsabilidade alguma”, teríamos ali sem dúvida, o código de um despotismo sem limites, qual fora, ao início do Primeiro Reinado, o do monarca que fuzilou e enforcou os patriotas da Confederação do Equador, entre os quais o grande constitucionalista Frei Caneca.

A forma parlamentar do Império, por mais rude que haja sido, constituiu todavia a bússola política das nossas liberdades. Já a munificência real, ao contrário, ignorando a vontade majoritária da Câmara, exercitava o livre arbítrio do poder para levantar e derrubar ministérios ou dissolver o legislativo.

⁸ Aliomar Baleeiro, “Parlamentarismo: não há povos privilegiados”, edição do *Jornal do Brasil* de 1º de agosto de 1965.

Assim aconteceu durante a crise de 1868, com a queda do gabinete Zacarias e a ascensão de Itaboraí — um golpe de Estado dissimulado desferido pela Coroa. O golpe ocasionou contudo duas significativas reações liberais: o discurso acadêmico de Rui Barbosa na homenagem dos estudantes das Arcadas a José Bonifácio, o Moço, em São Paulo e a dissidência republicana do Manifesto de 1870, logo seguido da Convenção de Itu.

Mas a Câmara resistia e a classe política do Império, que tinha no coração o alento das tradições liberais do Anteprojeto da Constituinte dissolvida, essa classe após haver demonstrado, de início, repulsa ao estatuto da outorga imperial, impulsionava o regime para novas franquias e novas conquistas. E o fazia de maneira tão obstinada que, em 1871, premido pelas pressões oposicionistas, cujo alvo maior principiava a ser a instituição mesma da monarquia, o Visconde de Rio Branco, chefiando o Partido Conservador e o gabinete mais longo da história política do Império (durou quatro anos e pouco) já aquiescia, como assinalou Paulo Brossard, à tese dos liberais, contestada por Itaboraí em 1868, e nesse ano defendida por Nabuco, no Conselho de Estado, em reunião sob a presidência do Imperador; tese, segundo a qual, em obediência ao modelo britânico, o rei reina, mas não governa, em tudo diferente daquela a que tanto se aferraram outrora alguns ministros do Imperador, de que o rei reina, governa e administra.

A década de 80 poderia ter salvo, por meio de uma reforma federativa, o parlamentarismo e a monarquia. Joaquim Nabuco mesmo chegara a apresentar dois projetos para estabelecer a monarquia federativa, única reforma, segundo Rui, capaz de reconciliar o trono com a nação. Renovava-se dessa maneira o esforço malogrado de 1831, da época da Abdicação. Mas era tarde demais. O centralismo liberticida sufocara já a aspiração federalista do Partido Liberal e o verbo de Nabuco, ao introduzir na Câmara o projeto daquela reforma, fazia ecoar, debaixo de aplausos, na sessão de 14 de setembro de 1885, esta apóstrofe de ressentimento: "(...) a pátria, ao contrário do que dizia Danton, o homem a leva nas solas dos pés para colocá-la onde encontra a liberdade, a remuneração do seu trabalho, o respeito dos seus direitos e o futuro da sua família". Nada destrói mais o sentimento patriótico do que a ditadura e a opressão.

6. Digno por igual de análise é o efêmero ensaio de parlamentarismo realizado já no regime republicano sob a égide da Constituição de 1946.

O Ato Adicional de 2 de setembro de 1961 foi promulgado em circunstâncias excepcionais: o Congresso se perfilava esmagadoramente presidencialista, queria a posse do Vice-Presidente. O País estava à beira do caos, o fantasma da guerra civil rondava a Nação, o meio militar se dividira com a crise da renúncia de Jânio Quadros e o Governador Leonel Brizola levantara no Sul a resistência constitucional em favor da posse do

Dr. João Goulart. De modo que, para evitar a luta armada, o Congresso, em face da situação desesperadora, se socorreu da fórmula parlamentarista, único expediente possível para lograr naquele ensejo uma trégua entre correntes políticas passionais, cuja divisão punha em risco a segurança do País e das instituições.

Em termos de acordo, fez-se então um parlamentarismo dualista que no fóro íntimo de seus autores fora elaborado para não valer. O Presidente repartia poderes com o Chefe de Gabinete. O art. 3.º do Ato Adicional fixava, entre outras, as seguintes competências presidenciais: nomear e demitir o Presidente do Conselho de Ministros, vetar projetos de lei, prover os cargos públicos federais e presidir às reuniões do Conselho de Ministros quando julgasse conveniente. Competências estas mais do que bastantes a inibir e neutralizar política e administrativamente a ação do Primeiro Ministro, sobre o qual pesava ainda, para fazer mais secundária e subordinada sua presença no Governo, o fundamento de legitimidade do Vice-Presidente empossado, o qual, vindo de uma eleição direta, se vira, de maneira súbita e iníqua, por obra de uma crise e conspiração de seus adversários, privado do pleno exercício das funções governativas inerentes ao sistema presidencial.

Sem embargo de todos esses pressupostos negativos, a vigência do parlamentarismo republicano se estendeu por espaço de 1 ano e 3 meses, e esteve muito perto de ser bem sucedido, não fora o comportamento hostil do Presidente, a par da cumplicidade e tibieza de ânimo dos três chefes de gabinete, a saber, Tancredo Neves, Brochado da Rocha e Hermes Lima.

Demais, o regime parlamentarista do Ato Adicional punha abaixo a pretensão dos partidos e suas lideranças de adquirirem o poder na sua expressão unipessoal e monopolizadora. A subtração dessas vantagens políticas que o presidencialismo dantes lhes facultava, também concorreu de veras para a queda do parlamentarismo de 1961, acelerando a restauração presidencialista.

Não resta dúvida que houve cometimentos importantíssimos e positivos do Governo parlamentarista, tais como, entre outros, a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 4.024, de 20 de dezembro de 1961), a solução dada ao problema da aviação naval que por pouco não acarretou um grave entrecimento nas relações da Marinha com a Aeronáutica e a Lei de Remessa de Lucros para o Exterior (Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962).

É de assinalar que num artigo intitulado "As Opções Parlamentaristas", estampado no *Jornal do Brasil*, edição de 26 de setembro de 1965, Luiz Navarro de Britto demonstrou, com dados estatísticos irrefutáveis sobre variações ministeriais, que houve mais estabilidade minis-

terial durante o parlamentarismo de 1961 do que durante o presidencialismo de 1963. Escreveu o publicista baiano:

“No Brasil, é certo, tivemos três Conselhos de Ministros em um ano, durante a vigência do Ato Adicional de 1961. Mas, neste período nenhum voto de confiança lhes foi recusado nem tampouco qualquer noção de censura foi aprovado pela Câmara. Os Gabinetes renunciaram, da mesma forma como podiam ser dispensados os Ministros em nossa Terceira República.”

7. Um problema que não chegamos a sentir no parlamentarismo republicano, talvez pela brevidade de sua vigência, foi aquele relativo à compatibilização do sistema com a forma federativa de Estado. O problema existe e não pode ficar deslembrado ou fora de debate, a menos que se queira manter uma federação unicamente pelo nome. Mas isso seria desvirtuá-la de seus princípios e afastá-la de suas bases estruturais.

Não somos porém tão pessimistas a esse respeito quanto Sampaio Dória, que dizia ser a incompatibilidade funcional do parlamentarismo com a federação a mesma “da água e do fogo que se aproximam: ou se apaga o fogo ou se evapora a água”⁹. Não é tanto assim, mas ela existe como uma questão que pode ser resolvida sem grandes traumas, conforme veremos.

O mesmo constitucionalista levantou também um ponto de sumo interesse pertinente à questão da responsabilidade ministerial no parlamentarismo do sistema federativo.

Perante que Câmara responde o Gabinete? indaga ele. Perante a Câmara dos Deputados? Perante o Senado? Perante o Congresso em sessões conjuntas? Ou, ainda, perante as duas separadas, cada uma por sua vez como na elaboração das leis?¹⁰.

Uma dificuldade maior todavia poderá surgir se atentarmos que nas propostas dominantes de introdução do parlamentarismo, há uma inclinação manifesta pelo voto majoritário e distrital. Deve nesse tocante o reformador constituinte proceder com extrema cautela se tivermos que abandonar a representação proporcional, a fim de que não fiquem sem proteção e sem participação as minorias políticas. Fazê-lo importaria grave lesão ao pluralismo político, elevado a fundamento da República Federativa do Brasil, conforme estatui o art. 1.º da Carta Constitucional; não sendo também de desprezar a outra garantia constitucional conferida ao pluripartidarismo e constante do art. 17 da Lei Maior. Estas garantias não estão ao alcance do braço reformador; tratando-se de princípios fundamentais da Constitui-

9 A. de Sampaio Dória, “Parlamentarismo *versus* federação”. Conclusão, *Estado de S. Paulo*, outubro de 1961.

10 Sampaio Dória, “Parlamentarismo *versus* federação”, art. cit.

ção se inserem eles tacitamente na órbita material daquelas exclusões taxativas constantes do § 4.º do art. 60 da Carta Constitucional.

Meio simplificado de fazer chegar, enfim, o parlamentarismo aos Estados-Membros da Federação, sem mais complicações e sem quebrantar a compatibilidade com o modelo federal, seria a adoção naquelas unidades do chamado parlamentarismo prussiano, a que se referiu Navarro de Britto: um só titular, na categoria de Ministro-Presidente, congregando em sua pessoa a direção e o exercício do Poder Executivo, ou seja, duas titularidades — seria a um tempo Chefe de Estado e Chefe de Governo.

8. Quanto ao presidencialismo, é modelo malogrado que ao longo de cem anos de república demonstrou ser a mais nociva e inidônea das formas usuais de governo, pelo menos no atual grau de desenvolvimento da sociedade brasileira. Outra coisa ele não fez aqui senão gerar no ventre de suas crises a ditadura, a sedição militar, o tumulto social, a rigidez oligárquica e uma sensível atrofia do sentimento de responsabilidade pública nos titulares do poder.

A grande surpresa que nos oferece um exame histórico da introdução do presidencialismo no Brasil é verificar que os primeiros republicanos eram parlamentaristas e não lhes passava pela cabeça a adoção do sistema presidencial. Isto já foi constatado por publicistas e historiadores que se ocuparam da gênese da idéia republicana nos movimentos políticos do Império.

Afonso Arinos Melo Franco lembrou muito bem que no Projeto de Constituição para o futuro Estado de São Paulo os redatores republicanos do texto puseram uma disposição onde se poderia ler o seguinte:

“O Presidente da Província será designado e destituído pela Assembléia Legislativa.”

Era a proposta de continuidade do modelo parlamentarista da tradição imperial, com a qual não se rompia.

Numa conferência proferida em 25 de outubro de 1983, num simpósio sobre parlamentarismo, promovido por uma Comissão Mista do Senado Federal, o ex-Senador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard de Souza Pinto, discorrendo sobre o regime parlamentarista brasileiro no Império e na República, faz menção do seguinte fato que não deve ficar deslembrado:

“Quando a República foi proclamada, não havia nenhum deputado republicano na Câmara dos Deputados” e acrescentou que na legislatura anterior havia apenas três.

Não havia tampouco tradição presidencialista no País nem os primeiros republicanos, autores do célebre Manifesto Republicano de 1870 e partíci-

pes da Convenção de Itu de 1873, se haviam identificado com o presidencialismo.

Eram parlamentaristas e tanto o eram que aquele Manifesto refere e preconiza a mudança do sistema unitário para o sistema federativo, mas não alude uma única vez à excelência da forma presidencial de governo nem a recomenda por base do novo sistema institucional da organização republicana de poder.

É de assinalar, por outro lado, a hesitação dos republicanos de 1889 ao proclamarem a República. Veja-se o Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889, onde logo no *caput* do art. 1.º se lê:

“Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira — a República Federativa.”

Não se mencionava ali a forma presidencial do governo.

A mesma vacilação se constata no art. 7.º do sobredito Decreto:

“Art. 7.º Sendo a República Federativa Brasileira a forma de governo proclamada, o Governo Provisório não reconhece nem reconhecerá nenhum governo local contrário à forma republicana, *aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamento definitivo do voto da nação, livremente expressado pelo sufrágio popular.*”

Era uma velada promessa plebiscitária que nunca se cumpriu e que absolvía os escrúpulos do autor do Decreto — Rui Barbosa — o único republicano talvez capacitado a medir a extensão exata da mudança feita no regime com o advento do presidencialismo. Mas Rui, depois de viver trinta anos de governo presidencialista durante a Primeira República, acabou se convertendo num penitente de seu erro. Sua defeção só se pode comparar à de José Augusto e Afonso Arinos, ambos numa certa fase da vida ardentes propugnadores do presidencialismo e, a seguir, apóstolos da causa parlamentarista. Foi assim, pois, que o sistema presidencial veio a vingar no *caput* do art. 41 da Constituição de 1891, sob a indiferença e o silêncio da Nação.

A ignorância acerca da natureza do sistema presidencial de governo era tão espessa e profunda entre os autores da derrubada do trono que o Marechal Deodoro, segundo nos relata Aurelino Leal, ao receber das mãos de Rui Barbosa o Anteprojeto de Constituição elaborado em nome do Governo Provisório e após folhear algumas páginas do documento, foi logo perguntando ao principal redator constituinte, isto é, ao próprio Rui onde estava o artigo que lhe consentia dissolver o Congresso. Tendo aquele político respondido que aquela dissolução constitucionalmente só era possível no regime deposto, o fundador da república presidencialista não se deu por vencido e logo advertiu que um dia os congressistas acabariam

saindo das Casas legislativas como Antonio Carlos saíra da Constituinte de 1823: tirando o chapéu em saudação à majestade do canhão¹¹.

O mais irônico é que a profecia se cumpriu por obra daquele chefe republicano, primeiro Presidente do novo regime e primeiro autor, na República, de um golpe de Estado que dissolveu o Congresso. Nunca, até os dias atuais, o presidencialismo fez a estabilidade do governo republicano.

Hoje, decorridos cem anos de presidencialismo, o País se acha acorrentado à mesma insegurança e incerteza dos republicanos de 1889 — eis a singularidade desta crise.

Atente-se para os artigos 2.º e 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: lembram eles, pelo seu teor, ânimo e espírito, o art. 1.º já referido, do célebre Decreto n.º 1 do Governo Provisório, datado do dia 15 e que rezava, conforme vimos: “Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da Nação brasileira a República Federativa”.

9. Agora que chegamos ao plebiscito de 1993, já sabemos que ele consta do referido Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Carta de 88 instituiu um instrumento de consulta popular mediante o qual haveremos de decidir se conservaremos o regime republicano ou adotaremos a monarquia, bem como se saímos ou não da forma presidencial de governo.

Ao contrário da revisão, a técnica plebiscitária entra no corpo normativo da Constituição propriamente dita. Em três artigos vamos encontrá-la: primeiro, no art. 14, onde figura ao lado do referendo e da iniciativa popular, como um dos meios de exercício da soberania popular, isto é, como uma das técnicas da chamada democracia semidireta; segundo, no parágrafo terceiro do art. 18, para incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados, assim como formação de novos Estados ou Territórios Federais e, finalmente, no inciso XV do art. 49, que determina ser da competência exclusiva do Congresso Nacional convocar plebiscito e autorizar referendo. Fora dessas hipóteses, temos, conforme já se viu, o plebiscito extraordinário e específico do art. 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, marcado para 7 de setembro de 1993.

Não nos é simpática a tese de antecipação desse plebiscito. Não o é por várias razões, uma das quais reside no antecedente histórico de 1961. Com efeito, o terceiro e último gabinete da república parlamentar instaurada naquele ano, ao investir-se do poder, fez de imediato profissão de fé na restauração presidencialista, declarou ilegitimidade do Ato Adicional e conclamou a opinião a erguer-se em favor da antecipação do plebiscito. Este fora previsto para cinco anos depois do advento do sistema parlamen-

¹¹ Aurelino Leal, *História Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, págs. 209 a 215.

tarista, conforme dispunha o art. 25 daquele Ato. Antecipou-se porém o plebiscito, o povo disse não ao parlamentarismo e logo se fez a restauração presidencialista pela Emenda n.º 6, de 23 de janeiro de 1963.

Afigura-se-nos que se não tivesse havido aquela antecipação, com certeza a experiência parlamentarista haveria permanecido até 1966, tempo razoável ou suficiente para a sociedade brasileira sentir e aquilatar com imparcialidade os verdadeiros efeitos do funcionamento daquele mecanismo de organização e exercício do poder. Outra vantagem adicional: ainda que o parlamentarismo não triunfasse depois pelo voto plebiscitário, teria já retardado e provavelmente, evitado o advento em 1964 da ditadura de vinte anos, filha bastarda do Presidencialismo restaurado.

Diante da figura do plebiscito estatuído no art. 2.º do Ato, somos de parecer, caso o povo responda sim ao parlamentarismo, que nada obsta — uma vez reformada a Constituição por intermédio da via revisional — seja o eleitorado outra vez solicitado a se pronunciar, pelo mesmo instrumento ou por meio de referendo, acerca do alcance e legitimidade das mudanças constitucionais de adequação levadas a cabo para a introdução do novo sistema. O art. 49, inciso XV, da Constituição o consente; não padece dúvida que isto seria, pois, a melhor maneira de partir para o regime parlamentar escudado já, em toda a plenitude, na solidez do consenso popular.

10. Antes de concluirmos, faz-se mister, pelo relevo que já tem assumido em todas as tribunas onde se debate a reforma constitucional, suscitar outra vez, mas em termos estritamente jurídicos, a questão da antecipação do plebiscito.

Seria, ao nosso ver, equivalente a desferir um golpe de Estado, visto que não tem outra qualificação perpetrar tamanha inconstitucionalidade. A fixação da data 7 de setembro de 1993 foi ato do poder constituinte de primeiro grau no exercício de um poder formal juridicamente ilimitado. O estabelecimento do prazo não se fez por mero acaso ou capricho do legislador supremo, com indiferença aos seus efeitos. Na realidade o que ele quis foi dar ao povo uma oportunidade de cinco anos para ponderar, meditar, acompanhar e avaliar a possível eficácia do regime sob a Constituição presidencialista vigente, antes de sujeitá-la a uma revisão profunda de variação do sistema de governo.

Antecipar o plebiscito é portanto ocasionar gravíssima lesão ao texto magno, tanto do ponto de vista material como formal. Vamos primeiro atravessar, conforme determinou o constituinte de 88, com prudência e sabedoria, os cinco anos da Constituição qual ele a formulou; Constituição necessitada de vasta complementação, esta sim, muito mais urgente que sua reforma precoce e açodada, consoante poderá resultar da proposta antepatória do plebiscito.

Os Limites da Revisão Constitucional

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO
Professor Titular da UnB

SUMÁRIO

1. Colocação do tema. 2. O caso brasileiro.

1. Colocação do tema

Apresentada como fórmula milagrosa para superar uma imprecisa e mal definida crise de governabilidade, que estaria pondo em risco a estabilidade das instituições democráticas, a antecipação da reforma constitucional volta à ordem do dia, no bojo de uma bem orquestrada campanha de críticas à Carta de 1988, apontada pelos seus detratores como a grande vilã e a responsável maior pelas dificuldades — estas, sim, graves, verdadeiras e profundas — que atormentam a vida da maioria dos brasileiros nos dias atuais.

Mais uma vez, por desconhecimento ou má-fé, esses críticos apressados deslocam a questão do plano dos fatos para o da normatividade, fazendo tábula rasa do elementar ensinamento de que as normas jurídicas — da Constituição aos contratos —, embora disponham de certa autonomia, para conformar a realidade social, ao limite acabam condicionadas por ela ou pelos chamados *fatores reais de poder*, a que se referiu Fernando Lassalle, na célebre conferência *Que é uma Constituição?*, pronunciada em Berlim no ano de 1862.

Felizmente — para consolo geral —, esse problema não é nosso, nem é novo, pois acompanha todos os povos que, no exercício de sua soberania, algum dia resolvem organizar-se politicamente e optam por fazê-lo sob a regência de Constituições escritas.

Por isso, creio não ser errado afirmar que se trata de um problema criado por esse tipo de constituição, já que a necessidade de prever a revisão de seu texto, ao menos em tese, se coloca antes mesmo da sua promulgação, como atestam, aliás, os registros dos trabalhos de quase todas as assembléias ou convenções constituintes de que se tem conhecimento.

Embora a história constitucional registre a existência de algumas Cartas Políticas que silenciam sobre a sua revisão — como foi o caso, na França, das Constituições do Primeiro e do Segundo Impérios e das Cartas da Restauração —, regra geral as Constituições prevêm a alteração de seu texto, nas chamadas cláusulas de revisão.

Por isso, sob esse aspecto, os doutrinadores costumam classificá-las em dois grupos, as utópicas, que se pretendem eternas e por isso não contemplam hipóteses de eventuais alterações, e as realistas, que, sem abdicarem da pretensão de permanência e durabilidade, contêm normas e procedimentos a serem observados se e quando o povo, soberanamente, por manifestação direta ou através de seus representantes, entenda que é chegada a hora de rever os termos do seu pacto constitucional, para ajustá-lo às necessidades da vida social, segundo novas pautas axiológicas, democraticamente estabelecidas pelos agentes da cena política.

Posta nesses termos, a questão das revisões constitucionais se racionaliza e se liberta daquela carga de dramaticidade, que compromete e perturba todos os processos constituintes, independentemente do tempo e do lugar em que se desencadeiam.

Trata-se, em última análise, de buscar a difícil conciliação entre duas idéias ou princípios gerais, aparentemente contraditórios, que ao longo da História têm balizado não apenas as discussões teóricas, como também a práxis constitucional, a saber: a) um povo tem sempre o direito de alterar sua Constituição; b) toda Constituição deve ser estável.

Tais princípios ou idéias gerais — referidos por BOUSQUET DE FLORIAN, em sua obra clássica *De la Révision de Constitutions*, publicada em 1891 — até hoje permanecem inteiramente válidos para o exame da questão, porque ninguém contesta que a soberania popular seja inalienável e imprescritível, assim como ninguém admite que se banalize o exercício do poder constituinte, para que se façam e refaçam Constituições a todo instante, tal como se produz a legislação ordinária.

Então, a sabedoria parece situar-se na difícil, mas não impossível, descoberta de fórmulas que, embora atendendo à necessidade de assegurar permanência e estabilidade às Constituições, não impeçam sua adaptação à realidade social, que as engendra e condiciona, pois do contrário só restará ao povo o recurso extremo da ruptura constitucional traumática, de resultados imprevisíveis. Essa é a lição de PONTES DE MIRANDA,

a respeito da necessária mutabilidade das leis, em geral, e das Constituições, em particular, que reproduzimos a seguir:

“Há leis que se crêem eternas. E Constituições já se viram que nem sequer cogitaram do modo pelo qual se haviam de emendar, ou haviam de ser revistas. Tinham por imperecíveis aos seus princípios e a si mesmas. Ora, Constituição que se impõe ao tempo e esse não lhe consegue corroer os textos, ou alterá-los em discussão normal, é Constituição que só deixa ao povo, ou às gerações que nela não vêem solução para os seus destinos, os recursos da revolução.” (*Comentários à Constituição de 1967 — com a Emenda n.º 1, de 1969*. Rio, Forense, 1987, Tomo III, pág. 145).

Admitida a modificabilidade das Constituições (= possibilidade de sofrerem emenda, reforma ou revisão) nos termos e condições estabelecidos em seu próprio texto, ou em normas de igual hierarquia, e descartados os processos informais de mudança constitucional — as chamadas mutações constitucionais —, que não são objeto destas considerações, vejamos como os doutrinadores têm estudado e sistematizado a matéria relativa aos limites das alterações constitucionais.

Adotando o esquema proposto, entre outros, por NELSON DE SOUZA SAMPAIO, na monografia *O Poder de Reforma Constitucional* (Bahia, Livraria Progresso Editora, 1954, pág. 79), temos que os limites fixados pelo legislador constituinte para a reforma constitucional podem referir-se ao *tempo*, ao *objeto* ou ao *processo* de sua realização, do que resultam, respectivamente, as chamadas limitações *temporais*, *materiais* e *formais* do poder reformador.

Quanto às limitações *temporais*, isto é, aquelas que o constituinte impõe transitariamente ao poder reformador, vale registrar que, em número, são pouco expressivas, porque a maioria das Constituições, em tese, pode ser modificada a qualquer tempo, salvo naquelas circunstâncias de caráter excepcional — como guerras ou convulsões internas, por exemplo —, que tirariam do legislador da revisão a liberdade ou a tranqüilidade indispensáveis a trabalho de tanta envergadura.

Mas, desde que existentes, tais restrições temporais não podem ser afastadas pelo próprio legislador da revisão — que é, por natureza, um legislador secundário — sob pena de se lhe permitir a autotransformação em titular do poder constituinte originário, que ele, em absoluto, não possui.

A questão não é acadêmica — como desdenhosamente pretendem rotulá-la todos os revisionistas de plantão —, mas de profundo significado prático no contexto dos mecanismos de defesa das Constituições, que precisam ser aplicadas por algum tempo, quando mais não seja ao menos para justificar as críticas daqueles que açodadamente pretendam fazer-lhes modificações...

Suprimir tais limites, *antecipando* reformas que o constituinte considerou objetivamente *precipitadas*, se levadas a efeito *antes* de certa data, é tornar sem sentido as normas que as proíbem, um verdadeiro contra-senso, que a ninguém é dado aceitar, sob pena de sermos obrigados a tolerar, também, muitas coisas mais, que as Constituições vedam, em termos absolutos, para hoje, como para amanhã.

Relativamente aos chamados limites *materiais* do poder reformador, é pacífico o entendimento de que, em função deles — tanto dos limites materiais expressos, quanto dos limites materiais implícitos —, são vedadas quaisquer alterações que atentem contra o espírito ou os princípios fundamentais da Constituição, mormente das Cartas Políticas dos tempos atuais, que deixaram de ser meros catálogos de competências, para albergarem em seu texto direitos, liberdades e garantias, cujos preceitos são diretamente aplicáveis.

Quanto aos limites *formais* a que está adstrito o poder reformador, não apresentam interesse doutrinário maior, na medida em que, dizendo respeito aos requisitos a serem observados no processo de reforma — iniciativa; turnos de discussão e votação; *quorum* para deliberação e para aprovação de propostas *etc.* —, facilmente podem ser observados e controlados pelo Poder Judiciário, ao qual se reconhece a prerrogativa de conhecer de questões relativas à constitucionalidade desses procedimentos para, eventualmente, considerá-los inválidos, se levados a efeito em desacordo com os parâmetros estabelecidos pela Constituição.

Finalmente, quanto à extensão da reforma — ainda se trata de limites formais —, é usual falar-se em modificações *parciais* e modificações *totais* da Constituição, a que, para alguns, corresponderiam, respectivamente, mas sem rigor técnico, nem fundamento teórico para a distinção, as expressões *emenda* e *revisão* constitucionais.

A propósito, relembremos que a nossa Carta Política de 1934 utilizou essas expressões — como espécie do gênero *reforma* — para distinguir entre as alterações introduzidas em artigos primordiais (*revisão*) ou em

artigos acessórios ou não-fundamentais (*emenda*), consoante o magistério de PEDRO CALMON (*Curso do Direito Constitucional Brasileiro*. Rio, Freitas Bastos, 1937, págs. 326/327).

Rigorosamente, como observou NELSON DE SOUZA SAMPAIO, na linha dos melhores doutrinadores estrangeiros (e.g. Carl Schmitt e Karl Loewenstein), cabe pôr em dúvida a possibilidade de uma reforma *total* das Constituições, pois em todas as Cartas Políticas existem conteúdos ou disposições intangíveis, limites verdadeiramente intransponíveis, cuja ultrapassagem, se admitida, implicaria a perda de identidade e a quebra de continuidade da Constituição, vale dizer, a sua própria destruição (*O Poder de Reforma Constitucional*, cit., pág. 84).

Em suma, na frase de VITAL MOREIRA, a revisão constitucional não é propriamente o meio propício para fazer revoluções constitucionais, pois se é verdade que nenhuma Constituição pode impedir, *de fato*, que a soberania popular gere uma outra Constituição, não é menos verdadeiro que ela pode impedir que uma nova Constituição seja gerada *juridicamente* a partir de si mesma (*Constituição e revisão constitucional*. Lisboa, Editorial Caminho, 1980, pág. 108).

Em conclusão, neste ponto, como assentou CARL SCHMITT, os limites de qualquer reforma constitucional são a *identidade* e a *continuidade* da Constituição como um todo, pois reformar não significa *destruir*, *suprimir*, *derrogar* ou *suspender* a Constituição (*Teoría de la Constitución*. México, Editora Nacional s/data, págs. 115/130).

2. O caso brasileiro

Promulgada em 5 de outubro de 1988, nossa atual Constituição ainda não completou três anos de vigência, tem grande parte de seus dispositivos precisando de complementação legislativa, para se tornarem aplicáveis, mas mesmo assim já se ouve nos mais diversos setores da sociedade, com intensidade crescente, e já agora sob pressão do Governo, uma estridente pregação no sentido de que se faz necessário rever a Carta Política, para ajustá-la às necessidades de modernização e desenvolvimento do País, obviamente segundo os parâmetros dos pregadores dessa reforma.

Mais imediatistas ainda, inscrevem-se nessa legião de reformistas apressados aqueles que sequer aceitam esperar a data de 5 de outubro de 1993, que a própria Constituição estabeleceu para o início dos trabalhos de revisão. *Proclamando que o Brasil tem pressa e que a Constituição o tornou praticamente ingovernável*, esses pregadores da reforma a qualquer custo

exigem até mesmo a antecipação da consulta plebiscitária marcada para o dia 7 de setembro de 1993, quando o povo brasileiro se manifestará sobre a forma e o sistema de governo que devem vigorar no País, escolhendo, respectivamente, entre a república e a monarquia constitucional, entre o presidencialismo e o parlamentarismo.

Trata-se de argumento inconsistente, tanto do ponto de vista da doutrina, quanto da prática constitucional. Do ângulo doutrinário, o argumento não pode sequer ser desenvolvido, eis que a cronologia estabelecida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias representa decisão do titular do poder constituinte originário, insuscetível, por isso mesmo, de modificação por detentores de poder meramente reformador. Do ponto de vista da prática constitucional, igualmente é falacioso o argumento, pois aquela cronologia foi estabelecida, precisamente, para que a consulta sobre a forma e o sistema de governo ocorresse no dia 7 de setembro de 1993, e os trabalhos de revisão constitucional, obviamente condicionados pela resposta àquela consulta, começassem *a partir* de 5 de outubro subsequente, sem data pré-estabelecida para a sua conclusão. Antecipar esses prazos, ainda que mediante emendas aprovadas por *quorum* especial, é quebrantar a Constituição.

Destarte, parece evidente que a pretendida “racionalização” do processo de reforma constitucional, via da antecipação da consulta plebiscitária e dos trabalhos de revisão, pouco ou nada tem a ver com a conveniência de se evitarem atropelos ou superposição de prazos e tarefas. A explicação, se é que existe, talvez se possa encontrar no inconformismo daqueles que não conseguiram impor as suas idéias ou constitucionalizar os seus direitos ou interesses, durante o processo de elaboração da nova *Carta Política*, mas vêm na antecipação da reforma constitucional uma excelente oportunidade para tentar viabilizar seus intentos. Por isso, ao observador mais arguto não deve causar espanto que a pregação reformista parta dos mais variados segmentos ideológicos, porque todos eles, de uma forma ou de outra, acreditam poder mudar o texto da Constituição, para afeiçoá-la às suas crenças políticas e às concepções normativas que desejam impor à sociedade civil. Em outras palavras, todos desejam um *terceiro turno*, ainda que extemporâneo, do processo constituinte encerrado em 5 de outubro de 1988.

Trata-se de grave erro de perspectiva, pois se tivessem consciência de que a Constituição não deve assentar-se numa estrutura *unilateral*, sob pena de não preservar a sua força normativa, num mundo em processo de

permanente mudança político-social, esses arautos da *reforma já* talvez preferissem conviver democraticamente com os demais setores ideológicos da sociedade, e com as normas que eles conseguiram positivizar na Constituição, até porque a própria Carta Política assumiu o pluralismo como um dos fundamentos para a construção do nosso Estado Democrático de Direito. Suprimir esse pluralismo é enfraquecer a Constituição, e arregimentando contra ela todos quantos se virem expulsos do seu texto.

Melhor, então, será recordar as lições dos constitucionalistas mais experientes, a nos chamarem a atenção para o risco de se constitucionalizarem interesses momentâneos ou particulares, pois disso advirá, inevitavelmente, a necessidade de sempre renovadas alterações constitucionais, todas prejudiciais ao prestígio e à força normativa da Constituição.

Se, como vimos, as Constituições devem ser estáveis, impõe-se experimentá-las e não emendá-las de afogadilho, pois remendo é remendo, mesmo em tecidos constitucionais. . .

A esse propósito, recordamos que já no ano de 1803, no julgamento do célebre caso *Marbury x Madison*, John Marshall — para nós o mais notável dos juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos — advertia para a necessidade de se atribuir caráter duradouro e singular às Constituições, porque representam o resultado de um *enorme esforço*, que não pode nem *deve ser repetido freqüentemente*. As nações, como as pessoas, não podem sofrer abalos a todo instante, nem padecer de febres periódicas, sob pena do enfraquecimento de seu organismo. E já houve quem dissesse que todos os constituintes trabalham em clima febril. . .

Por tudo isso e por contar com mais de dois séculos de afortunada existência e um texto original praticamente inalterado, pelo reverente respeito que lhe devotam os americanos e pela mediação criadora da Suprema Corte, é que a Carta Política dos Estados Unidos logrou operar na América o milagre da “contemporaneidade dos não-contemporâneos”, na feliz expressão de Orlando Bitar, tomada de empréstimo a Karl Mannheim. Então, parece óbvio que o melhor caminho não é mexer na Constituição, mas interpretá-la criativamente, explorando-lhe toda a virtualidade e desenvolvendo-a para além da sua configuração puramente literal.

A sabedoria, portanto — vale a pena insistir —, consiste em ver a Constituição como *lei fundamental*, onde se resguardam, acima e à margem das lutas de grupos e de tendências, alguns poucos *princípios básicos*, que uma vez incorporados ao seu texto tornam-se indiscutíveis e insuscetíveis

de novo acordo e de nova decisão. Como não é todos os dias que uma comunidade política adota um novo sistema constitucional ou assume um novo destino — o que só acontece em tempos de *viragem histórica*, como observado por Jorge Miranda, um dos mais importantes constitucionalistas portugueses da atualidade —, cumpre extrair da Constituição tudo o que ela permite, ao invés de, a todo instante, modificar-lhe o texto, a reboque de interesses meramente circunstanciais.

A esse propósito, cabe invocar o exemplo extremo da Inglaterra, onde, mesmo não existindo limitação alguma à soberania do Parlamento, nem sequer Constituição escrita, ainda assim é excepcional a promulgação de documentos solenes, de eminência constitucional. Ali, todos sabemos, tais documentos só se produzem “em situações extraordinárias, em crises sísmicas da nacionalidade”, tal como aconteceu na promulgação da Magna Carta, da Petição de Direito e do *Bill* de Direitos.

Mesmo assim, entre nós, diante da inevitável revisão constitucional e da consulta plebiscitária determinadas pelo constituinte originário, cabe refletir criticamente sobre o problema, em ordem a delimitarmos, com a maior precisão possível, tanto a necessidade quanto a extensão das reformas, que serão levadas a efeito, até porque a própria Carta contém um *núcleo fundamental*, insuscetível de abolição pelo legislador da revisão: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e partidário; a separação de Poderes; e os direitos e garantias individuais, estes de sentido e alcance irredutíveis, segundo a melhor doutrina, nacional ou estrangeira.

Esse, digamos, é o nosso limite material explícito, que o constituinte originário declarou não ultrapassável, porque representativo da própria *identidade* da Constituição. Além desse limite, como vimos, existem também as chamadas vedações implícitas, decorrentes da imunidade de que gozam certos valores ideológicos, imanentes ou inerentes a toda Constituição em que se consagre o respeito aos direitos fundamentais, estejam ou não explicitados formalmente em seu texto, consoante a oportuna observação de KARL LOEWENSTEIN (*Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1979, pág. 192).

Feito esse esclarecimento, creio que será possível listar algumas questões ou *pontos críticos*, passíveis de modificação ao ensejo da futura revisão constitucional, seja porque não correspondem àquele núcleo essencial intocável, seja porque, alterados, não acarretarão nem a descontinuidade, nem a perda de identidade da Constituição.

Entre tais pontos críticos, a título meramente exemplificativo, penso que deveríamos examinar, seriamente e sem preconceitos, a possibilidade de se permitir a reeleição do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos Municipais, ensejando ao povo julgar o seu desempenho, após o exercício da Chefia do Executivo, se, obviamente, e em paralelo, forem instituídos sistemas de controle da atuação desses governantes, para que não usem o Erário com vistas à sua reeleição.

Outra questão a comportar reexame é a relativa à reforma agrária ou, mais precisamente, ao instituto da desapropriação para fins de reforma agrária, porque a sua atual disciplinação, a nível constitucional, representou um retrocesso em face do que dispunha o *Estatuto da Terra, aprovado no ciclo dos chamados governos autoritários*. Neste assunto, como todos reconhecem, o constituinte de 1988 andou na contramão da História.

Igualmente merecedores da revisão são os lacônicos dispositivos pertinentes às medidas provisórias, os quais, pela sua amplitude e abertura, têm ensejado conflitos entre o Poder Executivo e o Congresso Nacional, muito mais graves do que os ocorridos em torno dos decretos-leis, no regime da Carta de 1967-69. Como essas medidas de caráter legislativo não podem nem devem ser retiradas da Constitui o, sob pena de se provocar a paralisia do Governo e do Estado, naquelas situa es de emergência, em que se torna imperiosa a expedi o de provimentos legislativos cautelares, sem se poder aguardar a tramita o normal dos projetos de lei, tal como disciplinada no processo legislativo ordinário, há que se encontrar um meio de regulamentar o uso das medidas provisórias, que não dificulte a a o do Governo, mas também não atropela o Congresso Nacional, tudo sob o princípio da *fidelidade*   Constitui o.

Lembro, ainda, como passível de revisão, o sistema eleitoral, com vistas ao seu aperfei amento, seja pela ado o do voto distrital misto, seja pela eventual elimina o da obrigatoriedade do voto, substituída por estímulos   participa o consciente do eleitorado, seja, enfim, pela cria o de instrumentos que impeçam o surgimento e/ou a prolifera o de agremia es partidárias politicamente inexpressivas, que nascem apenas para a satisfa o de interesses pessoais dos seus fundadores e, por isso, desservem   democracia. Nesse contexto, creio que valeria a pena reavaliar os institutos da fidelidade partidária e do domicílio eleitoral, em busca de maior autenticidade e maior legitimidade para a representa o política. A freqüente troca de partidos e o despudorado paraquedismo eleitoral,

que se pratica no País a cada pleito, dispensam maiores argumentos para justificar tais alterações constitucionais.

Esses e muitos outros pontos poderiam ser indicados, para agitar o debate em torno da próxima revisão constitucional, que entendemos deva se restringir ao estritamente necessário, àquilo que represente verdadeiro aperfeiçoamento do atual texto constitucional, que é, sem favor, o mais avançado e o mais democrático de quantos já tivemos nestes quase 170 anos de vida política independente.

Pequenos defeitos, pecados simplesmente veniais cometidos pelos constituintes de 1988, não devem merecer reprimenda, nem atenção dos legisladores da revisão. Debitáveis, em larga medida, ao clima de embriaguez democrática, que dominou os trabalhos de reconstitucionalização do País, esses pecadilhos não comprometem o todo da Constituição e, por isso, devem ser deixados de lado, esquecidos ou perdoados. Fixar-se neles para justificar críticas à Constituição é apequenar o debate e ludibriar a Nação.

No essencial, portanto, mais do que reformá-la, acreditamos que melhor seria *realizar a Constituição*, isto é, tornar juridicamente eficazes as suas normas, tarefa superior pela qual são responsáveis principais os agentes políticos dos três Poderes da República: os congressistas, porque lhes cabe o dever primário, até aqui praticamente incumprido, de complementar e integrar o texto constitucional; os magistrados nacionais, especialmente os Ministros do Supremo Tribunal Federal, porque muitos dispositivos da Constituição são imediata e diretamente aplicáveis, mas até hoje o Judiciário não lhes explorou corretamente as virtualidades; e, finalmente, o próprio Presidente da República, de quem se espera, sobretudo num regime presidencialista, a primazia das iniciativas, inclusive no âmbito do processo legislativo, para realizar integralmente o programa normativo contido na Constituição. O chamado entendimento nacional, para produzir frutos, deve ser armado em torno e não à margem da Constituição.

Se conseguirmos levar a cabo esse trabalho, certamente teremos cumprido tarefa muito mais difícil e muito mais fecunda do que simplesmente alterar a letra da Constituição, até porque um novo texto, logo adiante, igualmente carecerá de realização, para não ser, também ele, substituído por outro, nesse estéril e interminável círculo vicioso que tem marcado, tão negativamente, a história constitucional dos países do Terceiro Mundo.

A modernização do Brasil exige, então, mais que uma reforma, uma nova práxis constitucional.

Revisão da Constituição Federal antes de 1993: porque não

Prof. GERALDO VIEIRA SIMÕES FILHO
Diretor do Departamento de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas
da Universidade Federal do Espírito Santo.
Professor de Direito Constitucional e Direito
Processual Penal. Mestrado em Direito pela
PUC-RJ (1979). Vice-Presidente do Institu-
to dos Advogados do Espírito Santo. Membro
efetivo do Instituto dos Advogados Brasilei-
ros — IAB

SUMÁRIO

1. O problema. 2. Um segundo não: a presunção de durabilidade da Constituição. 3. Um não às ilusões. 4. A não-estratificação de uma realidade apta à revisão. 5. Considerações finais.

1. O problema

— Uma questão digna de SHAKESPEARE: “Ser ou não ser Constituição”.

Promulgada em 1988 (outubro, 5), na linha de longo e entrecortado *processo constituinte*, a Constituição da República Federativa do Brasil terá sido, com todas as tintas, “a Constituição que tivemos”, para apropriar a estas nossas reflexões uma concepção que vem muito a propósito, expendida pelo eminente Professor EROS ROBERTO GRAU¹. Não terá sido a que quisemos exatamente, mas resultou do que foi possível do jogo das forças políticas em exercício neste momento de transição da vida brasileira.

Certo que com esta sina, a nova Carta, já no instante de vir à lume se veria, como ainda agora se vê, em desconcerto com a realidade nacional que lhe é subjacente.

Se *ex facto oritur jus* — o que temos por certo —, a nova Norma Fundamental jamais teria sido expressão *plena*, nas circunstâncias, do uni-

1 *A Constituinte e a Constituição que teremos*, Editora RT, SP, 1985.

verso fático nacional correspondente a esse histórico *rush* sócio-político que foi a atividade constituinte brasileira culminada — contudo, sem dúvida, ainda por integralizar-se — em 1988.

Natural, pois, que esteja essa recém-promulgada ordem constitucional a motivar contraditória e necessariamente disputada discussão sobre *como* e *onde* socorrer-lhe as carências no que objetive presidir a vida do País.

A nosso ver, na raiz do problema, uma real questão de *essência*: ser ou não ser Constituição, com a *plenitude* e a *organicidade* que isto implica.

Muitas indagações, neste ponto, intercorrem de então para cá, a saber:

a) se se há de *complementá-la* (leis complementares, então) e *regulamentá-la* (normatização ordinária e regulamentar, propriamente dita) no mesmo passo; ou se é de fazê-lo com rigorosa precedência daquele primeiro mister;

b) se se pensa, nesse plano normativo infraconstitucional, em *socorro* mesmo, no sentido de acudir emergencialmente, ou se lhe dá *tratamento orgânico*, empreitando ação de profundidade, como nos parece neste tema tenha sido o comportamento estipulado para o legislador ordinário para logo após a promulgação da Carta, especialmente na medida em que se define 1993 como marco *técnico* — ainda que possa haver quem pretenda fosse político — para sua *revisão*;

c) se, na eventualidade de o exigirem certas condições da vida prática nacional, admissível será efetuar alterações no Texto Máximo, nesta hipótese, com qual alcance?

É o que neste momento se levanta como grito: onde os males da Constituição Federal de 1988?

Em sua *sistemática* carência de normas integrativas (complementares e regulamentares)? Em insuficiências *localizadas*, porém de setores da realidade nacional que requeiram primazia implementadora, por mais críticos, nessa verdadeira *viabilização infraconstitucional*, de que ela fatalmente se ressentiria? Ou na necessidade de sua correção *técnica* ou de seu ajustamento *político*?

Em suma, dar-lhe *acabamento* ou repensar-lhe a *estrutura* e a *concepção*? Se esta a opção, fazê-lo agora, em 1992 ou no termo (1993) assinalado pelo constituinte de 88?

A crônica política nacional, neste preciso instante, registra o entrecchoque das forças políticas que oscilam entre todas estas tendências e/ou necessidades, a partir do fato concreto provocado pelo Governo atual, disparando a tese da *reformulação sistemática antes de 1993*. Sua *revisão*, na acepção de alteração global ou estrutural da Carta Magna, linha de entendimento que, no máximo, temos por equivalente a *reforma*; contudo,

que distinguimos, claramente, de *emenda* (mudança *pontual* ou *parcial* do Texto Máximo). Por fim, a alteração referida no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

2. *Um segundo não: a presunção de durabilidade da Constituição*

— Uma questão de coerência constitucional.

Entre os atributos da norma jurídica, em geral, é certo ser-lhe inerente a *temporiedade*, sem exclusão da Norma Suprema. O exemplo aparentemente discrepante do modelo constitucional norte-americano constitui, na verdade, muito mais uma referência e uma homenagem à *longevidade pragmática* da obra resultante de uma acurada visão de perspectiva e, portanto, um paradigma de quanto é necessário tais normas comportem de *dever-ser*, de quanto têm de expressar um *poder indutor* ou *norteador*, com todas as implicações de *maleabilidade razoável* que não se tem como afastar de um diploma *fundamental*.

A conseqüência: a inadmissibilidade da *norma definitiva*, eterna, conquanto seja inequívoco que constitua objetivo natural do mundo jurídico a norma *duradoura*; contudo, sempre identificável com as mutações ou os movimentos de evolução do universo de onde ela promana, ou seja, de seu *substrato social*, da vida prática que buscou capturar, num dado momento, e, em conseqüência, disciplinar juridicamente.

Permita-nos o gênio de Vinícius de Moraes — só à primeira vista fora de propósito neste passo — que acentuemos que a norma jurídica, e bem a Norma Máxima, “mal nasce e já começa a morrer”.

Todavia, é dogma incontroverso que, em que pese a essa *vocação à morte*, a norma jurídica tem por finalidade a *estabilidade social*, mediante sua própria *força de conseqüência*, vale dizer, por sua efetiva *força de permanência*. Aliás, na razão direta desta *força* repousa a *probabilidade de segurança* que fundamenta as relações da vida social².

2 A propósito, RAUL MACHADO HORTA, in “Reflexões sobre a Constituinte”, apud Revista Brasileira de Estudos Políticos, da Universidade Federal de Minas Gerais, nº 62, 1986, Belo Horizonte — MG, à p. 40, tópico 9:

“A futura Constituição conseguirá ultrapassar a instabilidade que tem caracterizado o funcionamento e a duração das Constituições brasileiras? A estabilidade é o que aspiram as Constituições.”

Transparece claro, de igual modo, embora a respeito de análise sociológica, que quando GEORGES BURDEAU (cf. *A Democracia*, Publicações Europa-América, Lisboa, Portugal, 1976, p. 3) pondera “que se considere a democracia não apenas objeto de análise científica, mas também, *para milhões de indivíduos*, uma *maneira de viver em comum*”, não faz outra coisa senão por em referência que os sistemas democráticos — por suas necessárias complexidade e concretitude — pressupõem durabilidade, que na experiência atual dos mais diversos povos é defluente dos *mecanismos constitucionais* particulares a cada caso ou cada Sociedade Política (grifamos).

(segue)

O discorrido habilita-nos a considerar, em dedução, que se nos afigura um *non sense* jurídico, se não o for politicamente, apressar — no que respeita à Magna Carta — razões para a *revisão*, no sentido de alteração estrutural, do *todo* que nem se completou. De outro modo, a condenação de invalidez do que não teve chance ou ocasião regular de revelar-se *apto* ou *inapto*. A menos que se imaginasse inválido o próprio *processo constituinte*, com todo o debate antes e durante a fase de *elaboração constitucional*; que tudo não tivesse passado, neste processo, de furtiva encenação e que se devesse pura e simplesmente reescrever a História. À margem de qualquer apreço pelo encargo nacional que a gestação da nova Carta significou.

Preferimos conceber, com Eros Grau, a Constituição *possível*, não a Constituição *nula*.

O *processo constituinte*, aliás, não se encerrou com o fechamento dos trabalhos de construção do Texto Fundamental; em contrário, ele se desdobra em, pelo menos, três planos:

— a *complementação*, por obra de leis complementares, de par com a *regulamentação*, por força de normas ordinárias;

— a atividade atualizadora *formal* decorrente de *emendas* à Constituição;

— a atuação atualizadora *informal* — e por todos os títulos *concretizante* das prescrições fundamentais — exercida pelos *Tribunais*, interpretando e aplicando os comandos constitucionais, sobretudo relativamente à vigente *Lex Suprema*, onde sobrelevou a solução — exatamente neste sentido de *suprimento judicial* — do *mandado de injunção* para quando falte *implementação infraconstitucional* a qualquer mandamento auto-aplicável da nova Carta, expressada assim a crucial preocupação do debate constituinte com o destaque do Poder Judiciário como o *vetor prático*, por excelência, da nova ordem constitucional.

Isto posto, não há como admitir, nos termos em que vem sublinhada a *revisão proposta* — uma verdadeira *reconsideração* da Constituição Fe-

(Continuação da nota 2)

Também, concernente à estabilidade insita às Constituições, confira-se, da Professora ANNA CANDIDA DA CUNHA FERAZ, *Processos Informais de Mudança da Constituição*, Max Limonad Editor, SP, 1986, em especial pp. 5/8. Ainda, de TERCIO SAMPAIO FERAZ JUNIOR, destaque-se:

“Diz-se então que uma Constituição é lei fundamental porque *está enraizada na própria comunidade*, dela emanando” e “finalmente, temos a Constituição no sentido jurídico, que já examinamos. Nesse caso, Constituição é lei fundamental, é um conjunto de normas articuladas, que tecnicamente *viabilizam os procedimentos para que realmente a atividade organizada da Sociedade possa se desenvolver*.” (Grifamos; cf. *Constituinte*, Editora RT, SP, 1986, pp. 16 e 18.)

Em todas estas meditações, uma referência à durabilidade das sociedades políticas e à consequência temporal que tal *estabilidade social* impõe às Constituições.

deral, em época antecipada — essa como que subversão do *decoro constitucional* insito à nova Carta, que na prática equivale a *reabrir*, com todas as quase vivas cicatrizes e seqüelas, o *processo constituinte*, restabelecendo agora estrutura que se acabou de tecer em suas linhas essenciais; ao invés de consolidar esse mesmo *processo*, como decerto se depreende da vontade do constituinte ao delimitar no tempo — apenas em 1993 — o empreendimento revisional.

3. *Um não às ilusões*

— Os riscos do envolvimento político.

O atual ensaio de *revisão já*, ou antes do tempo constitucionalmente prescrito, tem linha de interesse político dominante.

Seja porque se quer alguma liberdade a mais no manejo de certos instrumentos da vida política nacional (como exemplo: a antecipação da *revisão pode ser propícia à articulação de forças políticas que neste momento* pudessem assegurar meios de garantir a corrente performance centralista governamental, tendente ao *autoritarismo tecnoburocrático* (em que estratos tecnocráticos impõem seus conceitos e decisões sob uma ótica unidisciplinar; econômica, no caso vertente), seja porque se argumente com *problemas técnicos* da Constituição de 88 para esses mesmos efeitos de manejo político (como os novos instrumentos de proteção a pessoas e às comunidades, ou as prerrogativas ampliadas do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia, instituições indispensáveis à harmonia social, inovações que podem estar a opor dificuldades a determinados interesses e comodidades políticos), a cena em que se move a *tese revisionalista* — de *revisão já* — é eminentemente política. Embora a pretexto jurídico, ou outros pretextos razoáveis, sem dúvida.

Por isto mesmo, podemos sentir que a todo risco se dá o ensaio:

— risco de desestabilizar a nova fase democrática, pós-constitucional, pela disputa inevitável de posições ideológicas no *processo revisional*;

— risco de *revisão não amadurecida*, pela inexistência de *mínima experiência* no assentamento do novo regime constitucional, de fundas e amplas repercussões em todos os mecanismos sensíveis da sociedade nacional;

— risco de estar-se abrindo, de novo, campo especialmente fértil — e, mais que isto, adrede engenhado — aos *vendedores de ilusões*, *agenciadores da panacéia nacional*, *patéticos pais da pátria*, que sacarão da algibeira mágica as soluções do século XXI, para um povo descompassado já com o próprio século XX.

Sobremodo, assusta-nos esta última hipótese, que arrisca a sepultarmos as chances de um efetivo *take off* da sociedade brasileira para um modelo jurídico-político justo e eficaz, realmente democratizado, o que deveria

decorrer da harmônica sedimentação de uma ordem constitucional bem assimilada por processo de *vivenciamento* que destilasse uma consciência nacional contratualista consistente. Com inconseqüência tal, poder-se-á postergar à infinidade o sonho de um organismo social a moldar-se na *paciência histórica*, base da perseverança de *gerações do sacrifício*, que permitiram a sociedades políticas mais conseqüentes — a norte-americana, a japonesa, v. g. — desbravar o caminho do futuro, com o empenho, o trabalho, a força de continuidade do presente.

Neste ponto, bem a propósito a advertência de Hélio Jaguaribe, em debate recente, quando releva a singular ocasião deste momento de *vácuo pós-constitucional*, em que interfere a experiência nacional — após longo inverno autoritário — ainda incipiente de Governos civis e regulares, e percebe o período de 1990/1992 como particularmente crítico e decisivo: oportunidade que ele identifica como um *último esforço* (precisamente nestes nossos dias de psicologia social reformista) para frear a força de inércia pós-distensão (1985 — 1990), conter pressões colonialistas (externas e internas) e, por fim, efetivar a partida — na segunda metade do ano corrente — para o *projeto de reversão* do Estado brasileiro do subdesenvolvimento para o Estado do justo progresso.

O ilustrado cientista político situa o processo de deterioração dos valores como crítico, nesta altura. Ou detemos agora tal decomposição, para começar a afirmar o modelo brasileiro no concerto das Nações desenvolvidas na virada do século, ou nos veremos na areia movediça do *não-desenvolvimento* cativo até não se sabe quando.

4. *A não-estratificação de uma realidade apta à revisão*

— Algumas inconveniências jurídicas a mais.

Não podem, pois, prosperar razões meramente políticas para a *revisão* já (antes de 1993), pelo menos no sentido de razões políticas que se encerram em si mesmas.

Ainda mais, se temos por pressuposto que *vontade política soberana*, nacional, reunida na Constituinte de 1988, manifestou-se incisivamente na direção do contingenciamento da revisão — mutação estrutural, como visto — ao limite de 1993.

Tal *vontade política* apenas *juridicizou-se* com a promulgação amplamente debatida da Carta de 88, devendo ser essa *vontade constitucionalizada* a “ultima ratio” a prevalecer; sobretudo, em frente a razões políticas de *ocasião* ou *localizáveis, tópicos*.

Nesta ordem, tem-se por certo que as razões jurídicas aqui invocadas, a partir da letra e do espírito da nova Carta, são de indubitável origem política, traço agravado pelo aspecto *soberano* dessa origem. Tudo isto tornando um desarrazoado atropelo a antecipação à base de novas razões

políticas — derivadas da originalmente estabelecida — da revisão em análise. Veja-se: sem o amadurecimento e a *testagem* por um mínimo de aplicação prática geral da Constituição vigente.

Doutro lado, está claro que o mecanismo apto a adaptações ou atualizações parciais, ou *locais*, do Texto Supremo não é vedado ao legislador pós-constitucional.

O Título IV, por seus dispositivos próprios, explicita o modo formal da *emenda constitucional* para atendimento de emergências inadmissíveis da sociedade nacional que imponham correção — e não reforma — da Constituição. Com os pressupostos indispensáveis de *supremacia* e de *integratividade* e as condições inerentemente opostas ao constituinte derivado.

Concebem-se — a *emenda* e a própria *revisão* — como “species” diversas do gênero *mudança formal*, contudo não aleatórias nem tumultuárias, sem ordem de magnitude e sem lógica de previsão.

Afastou-se a *revisão* no tempo não ao acaso, bem assim no espaço do texto constitucional; deslocou-a para 1993 o constituinte na medida em que avaliou bem o suplício de uma nova discussão geral, por outro lado estimando que um lapso de 5 anos faria boa acomodação do universo de dúvidas e reflexões que fizesse, afinal, da reforma ampla que concebeu para aquele ano empreendimento harmônico e bastante, cessando “*ipso jure*” o campo útil do instituto no vigente contexto nacional.

Daí, só de pensar, antes de 1993, eventual aperfeiçoamento localizado da Lex Suprema em vigor, sempre pela forma da *emenda*, nos limites que lhe são prescritos.

Pensar em contrário, é admitir, como já exposto e inaceitado, que o processo constituinte *no todo*, ou na base, claudicou ou não caminhou sequer. Que foi um *não-processo constituinte*.

Acresça-se o argumento, que nos socorre como decisivo, de que somos sociedade política de experiência constitucional do tipo *rigido*³, antessuondo tal regime idéia de *máxima permanência* possível da Carta Constitucional; nunca sua criação efêmera e, muito menos, ao acaso; porque, em contrário de espontânea ou acidental, seu nascimento envolveu alentada gestação, que custou tempo, dispêndio financeiro, vigília social e intelectual, demandando longa meditação legislativa.

É, portanto, no sentido da *estabilidade* geral do Texto Fundamental, no mínimo até 1993, que atuou toda a vontade ou o contexto do processo constituinte.

3 Só para exemplo, entre inúmeros suportes neste tema: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in *Direito Constitucional Comparado — Poder Constituinte*, José Bushatsky Editor, 1974, SP, pp. 106/107.

Parecem-nos finais neste raciocínio as chamadas *limitações circunstanciais* ao poder de revisão, de sorte a “impedir a modificação da Constituição em certas circunstâncias especiais” — que estamos, sem dúvida, a atravessar —, pelo motivo óbvio de que essas circunstâncias poderiam “perturbar a livre manifestação (diríamos mais: a adequada manifestação) dos órgãos incumbidos da revisão”. (Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in “DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO — Poder Constituinte”) ⁴.

WILSON ACCIOLY ⁵, distinguindo entre as formas de modificação da Lei Máxima, nota como “a emenda teria caráter de modificação mínima” e “a revisão alcançaria mais do que simples modificação”, reconhecendo à *reforma* que seria “uma transformação radical do texto”. Sem sombra de dúvida, esta — mudança estrutural — é que nestes dias correntes localizadas estão a propor.

A propósito, o mesmo autor consigna como “tem sido uma constante na *sistemática constitucional do Brasil*” (grifos nossos) as restrições ao poder de modificar a Constituição, sendo clara uma preocupação permanente dos constituintes nacionais — e o de 1988 não constituiu exceção ao efetivar tal preocupação com distanciar para 1993 a revisão — consolidar o que se tem denominado “cerne fixo” da Constituição.

Traduza-se o expendido, no caso da Constituição de 1988, como uma *ponderada determinação* do último constituinte a vedação a que, em suma, se opere mudança da estrutura da nova Carta. Se não em 1993, não. Visão diversa não esteve na “mens legislatoris” deste diploma supremo.

Resulta, pois, por dedução automática que a *revisão* de que estamos a tratar foi conscientemente destacada para época que não constitua inconveniente aos propósitos destes novos tempos; projetou-se para sobrevir a pacificadora decantação da recém-constituída ordem nacional.

Enfim, se se pudesse por motivos ocasionais, como os que nos parecem estar na raiz da atual proposta revisional, retorcer a vontade suprema “apenas raia sanguínea e fresca” — valha-nos RAIMUNDO CORREIA — a nova Carta, tal derivação haveria de consistir em grosseira fraude ao desforço nacional de 1988.

Não vem a propósito argüir que impõem a *revisão* razões de emergência política — razões meramente políticas, tal dissemos —, porquanto não vemos, ao contrário, como uma nova *mobilização nacional*, inevitável diante da proposta, que objetive essa mudança global não afete duramente a persistente crise social do País; quiçá, ainda mais que a convivência razoável — que podemos manter — com os declarados e sobejamento apercebidos atropelos da Carta Máxima.

⁴ Op. cit., supra, p. 179.

⁵ In *Instituições de Direito Constitucional*, Editora Forense, Rio de Janeiro.

5. Considerações finais

— A primazia da alternativa de consolidação do atual Texto Constitucional.

A esta altura o dilema do enfoque predominante *jurídico* ou *político* não parece dever resolver-se exatamente por preferência aos indicativos de uma ou outra de ambas as alternativas. Mas, por base de argumentos de bom-senso.

É muito mais porque a relação custo/benefício não compensa, se computadas as possíveis vantagens da opção pelo enfoque *político*, em face daquela por um respeito à *segurança jurídica*, que se encaminhará a solução mais sensata de tão-somente concretizar a determinação constitucional de *revisão* apenas em 1993.

Isto posto, primazia se deve a consolidar a Constituição em vigor. Com sua *complementação* e sua *regulamentação*, segundo expusemos.

De fato, a problemática situação nacional não remonta ao tempo recente da Assembléia Nacional Constituinte, pré-existindo a ela de há tanto tempo. E a Constituinte levou tais problemas na devida conta. Sopesou pedra por pedra desse exercício de xadrez em busca da equação *desenvolvimento igual a justiça social*.

Foi assim advertido, pois, que o Constituinte destacou a *revisão* para o texto transitório, precedendo-a de todo um inafastável *calendário* — implícitas e explícitas previsões de sua integralização — de *composição final* da Carta Máxima. Subordinou-a a um lapso inicial razoavelmente ensejador da altíssima tarefa integralizadora. A curto prazo, fora da normatização infra-constitucional, somente deferiu autorização a *emendas*.

É bem verdade, pode-se argumentar que tal determinação constituinte originária, tecnicamente, poderá ser alterada pelo constituinte derivado, precisamente por permissão daquele. Sabemos como Sieyès, ex. gr., assentou bem a noção da *permanência* do Poder Constituinte, uma vez instaurada a obra constitucional; mas, na situação brasileira em exame, tal a exuberância das mobilizações sociais para lograr a Carta vigente que à *vista do já argüido* dita alteração ressaí, pensamos, como imaginosa inversão de valores básicos da vida nacional apenas recentemente recompostos; no fundo, e cedo demais, a conseqüência renegando a causa, o que, decerto, fraude a boa razão de nossa atual Carta Magna.

É de ser ouvido, especificamente, o eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro SYDNEY SANCHES, entendendo que “*a experiência foi muito curta* para podermos avaliar *com segurança* se a Constituição já merece uma *revisão*” (grifamos).

Ou seja, aponta a probabilidade extremamente séria, por seus imprevisíveis efeitos, de uma condenação temerária do Texto Constitucional, uma declaração de inépcia incomprovada ou de execução sem defesa.

O Ministro prossegue: “Na verdade, ela precisaria ser implementada primeiro... Como isto não aconteceu, eu acredito que uma antecipação talvez não fosse o melhor caminho”. Tudo como pensamos.

Por outro lado, a Constituição tem estado titubeante e, aqui e acolá, imprestável, muito menos por si mesma, mas por essa quase completa falta de *viabilização infraconstitucional*. E tantos que agitam agora a *revisão já*, estiveram nas entranhas do processo constituinte. E então: “*Nemo auditur propriam turpitudinem alegans*”?

Pacífica é a convicção geral de que este período pós-constituinte tem acentuado sistemático congestionamento da agenda parlamentar nacional, com sem-número de *medidas provisórias* — ironicamente, inovação das mais bem intencionadas da nova Carta — que subverteram a ação implementadora do Congresso Nacional, contingência que, à evidência, torna injusta qualquer exclusiva afirmação quer de inépcia da Constituição, quer de inapetência e omissão do Parlamento brasileiro.

Bom exemplo desta paradoxal e indesejada interferência é o Código de Defesa do Consumidor, com promulgação estipulada para 120 dias após a conclusão da Constituição. Deveria estar pronto e acabado em 5-2-89, porém somente se completou em fins de 1990.

Demais, um expressivo número de normas estruturais à vida institucional brasileira, sem a produção devida, não deixa dúvida à absoluta prioridade que deva merecer a implementação constitucional. Por todas as razões de bom-senso.

São exemplos desta conseqüente *inadimplência constituinte* — eis que o processo de construção constitucional prossegue pelo processo legislativo instituído pelo legislador supremo originário — os Estatutos da Magistratura Nacional, iguais normas estatutárias do Ministério Público e das Defensorias Públicas federal e estaduais, a norma orgânica da Advocacia da União, além de urgentes adaptações dos Códigos básicos e disciplina de novos institutos e mecanismos decorrentes de 1988.

A visão *imediatista* da *revisão* não atende, em suma, a interesses francamente identificados com fundamentos técnicos ou precisamente expressivos do interesse nacional, e nos traz de volta práticas do “ancien régime”, com o velho *casuismo jurídico*, sempre com bons pretextos, mas a serviço dum como que *capitalismo político* (linhas de interesse atendentes ao *lucro político* e os que lhe possam ser conseqüentes). E de volta ao *curandeirismo*, ao *aventureirismo*, e ao *passionalismo*, no esforço freqüentemente populista para permanecer, em verdade, tudo como está.

Talvez servisse bem a tais revisionistas de conveniência a lição de ORTEGA Y GASSET, evocada por CELSO LAFER, a qual precisamente adverte que “a perspectiva é uma componente necessária da vida”. Ou ainda: devagar, também pode ser pressa.

A Retroatividade das Normas Constitucionais e os Efeitos da Constituição Federal sobre os Direitos Adquiridos

CARLYLE POPP

Advogado em Curitiba. Professor de Direito da PUC/PR e da Faculdade de Direito de Curitiba. Mestrando em Direito na UFPR

SUMÁRIO

I — Introdução. II — O nascer da norma constitucional. III — O princípio da irretroatividade. IV — O princípio do direito adquirido. V — A irretroatividade e o direito adquirido na Constituição. VI — Conclusão.

I — Introdução

O tema abordado neste estudo não se refere tão-somente a um aspecto técnico científico do Direito, mas possui uma grande importância social na medida em que diz respeito à segurança dos cidadãos no que concerne ao respeito ao passado.

O próprio conceito de direito adquirido está ínsito em cada cidadão, muito embora este, muitas vezes, não conheça o seu conteúdo jurídico.

Trabalho apresentado ao curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, nível de mestrado, à disciplina de Direito Constitucional, sob a coordenação do Prof. Alvacir Alfredo Niez.

O respeito ao direito adquirido, com a conseqüente proibição da retroatividade da norma legal, é um verdadeiro instrumento de paz social, impeditivo do arbítrio e do abuso de poder de parte do detentor deste.

Este estudo não se preocupou com profundas elocubrações jurídicas, mas sim numa abordagem direta, concisa e clara acerca do tema escolhido.

Inicialmente, busca-se as origens da norma constitucional, indo ao seu nascedouro, analisando-se, essencialmente, o princípio da recepção.

Na seqüência, sabedor da importância dos conceitos, apesar de que “a vida não existe para os conceitos, mas os conceitos para a vida”¹, toma-se o cuidado de abordar o conteúdo jurídico dos princípios da irretratividade e do direito adquirido.

Por fim, na parte crucial deste texto, faz-se considerações acerca da retroatividade das normas constitucionais e dos efeitos da Constituição sobre os direitos adquiridos, trazendo-se opinião pessoal — crítico/exemplificativa — e doutrinária sobre o assunto.

II — *O nascer da norma constitucional*

A vigência de uma nova ordem constitucional impõe a necessidade de se repensar acerca da constitucionalidade da legislação ordinária vigente no momento.

Sabido é que “a superveniência de uma nova Constituição desaloja por completo a anterior. Isto se dá em virtude do seu próprio caráter inicial e originário. É dizer: a Constituição é a fonte geradora de toda a ordem jurídica que dela extrai seu fundamento de validade”².

No entanto, sentido não teria pelo fato da ocorrência da implantação da referida nova ordem que toda a legislação ordinária perdesse a sua vigência.

Em termos práticos, enfatize-se novamente, a Constituição vigente revoga a anterior, tornando sem eficácia toda norma que com ela seja incompatível. Vislumbra-se, desta forma, que “está ínsita no sistema a regra de que a nova Constituição Federal não repudia as normas anteriores com ela compatíveis. A ordem normativa anterior à nova Carta só prevalecerá se for por ela, expressa ou tacitamente, admitida, verificando-se

1 “*Apud in*” AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*, p. 15.

2 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, p. 113.

a segunda hipótese sempre que as normas antigas forem conformes com as novas disposições constitucionais”³.

A esta compatibilidade entre a lei ordinária vigente anteriormente à Constituição e esta dá-se o nome de recepção⁴, cuja finalidade precípua é “dar continuidade às relações sociais, sem necessidade de novas leis ordinárias, o que seria, além de difícil, custoso, quase que impossível”⁵.

No entanto, algumas considerações são indispensáveis para efeito de diferenciar entre o princípio da recepção atuando sobre o direito constitucional anterior e sobre o direito ordinário anterior.

A primeira grande colocação que deve ser feita é no sentido de que a constituição anterior não é recepcionada pela vigente, tendo em vista que “o fundamento de validade de uma e de outra são diferentes”⁶.

“Com a entrada em vigor da Constituição, cessa a eficácia da norma constitucional, o mesmo não se dando com a legislação ordinária anterior, a qual não cessa de vigor, embora o novo fundamento de validade venha informado pelos princípios materiais da nova Constituição. O único obstáculo a transpor é não ser contrária à nova Constituição. Dá-se portanto uma novação, o que significa que as normas ordinárias são recepcionadas

3 DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*, p. 43.

4 JOSÉ AFONSO DA SILVA o denomina de princípio da continuidade, através da expressão eficácia construtiva das normas constitucionais: “Uma Constituição quando entra em vigor, não sendo a primeira, encontra normas jurídicas vigendo validamente, por força do regime constitucional precedente.

Aparecem, então, as questões da continuidade da legislação anterior, que muitas Constituições, como já verificamos, resolvem expressamente, determinando ou confirmando-lhes a eficácia, quando não as contrariam explícita ou implicitamente. É o chamado princípio da continuidade da ordem jurídica precedente naquilo em que atende ao princípio da compatibilidade com a nova ordem constitucional.

O princípio da continuidade opera-se, mesmo quando a nova Constituição não confirme expressamente as normas compatíveis. Arrima-se ele em outro princípio, ou seja, no da continuidade do Estado, porque se entende que a mudança constitucional não implica no surgimento de um novo Estado, mas uma simples mutação de regime, especialmente quando a nova Constituição deriva de um movimento revolucionário. (...)

..., cumpre ressaltar que a continuidade da legislação precedente constitui um aspecto da eficácia construtiva das normas constitucionais, visto que essa legislação recebe, da nova Carta Política, outro jato de luz revivificador que a revaloriza para a ordem jurídica nascente. São as normas anteriores como que recriadas pela Constituição que sucede.”

5 DINIZ, M. H., ob. cit., p. 43.

6 BASTOS, C. R., ob. cit., p. 114.

pela nova ordem constitucional e submetidas a um novo fundamento de validade”⁷.

Assim, parece evidente que apesar da Constituição nova não precisar se adequar ao sistema vigente⁸, existem circunstâncias em que este persiste, muito embora não haja sintonia entre a situação consolidada e o conteúdo da norma constitucional então vigente.

III — O princípio da irretroatividade

No dizer de DE PLÁCIDO E SILVA⁹, retroatividade das leis “é a expressão usada para indicar a condição ou a qualidade de certas leis que, promulgadas, exercem eficácia mesmo a respeito dos atos passados, regulando-os e os submetendo a seu regime.

Em princípio as leis são *irretroativas*: não retrocedem para levar seus efeitos aos atos pretéritos. Regulam somente os atos que se sucederem à sua promulgação.

Pelo princípio da *irretroatividade*, as leis respeitam os *direitos adquiridos*, os *atos jurídicos perfeitos* e as *coisas julgadas*.

As leis somente retroagem, em regra, quando expressamente dispõem efeitos retroativos ou pela natureza de suas próprias regras”.

O princípio da irretroatividade das leis visa a proteger as situações jurídicas consolidadas pelo tempo, mormente aquelas atingidas pelo ato jurídico perfeito, pela coisa julgada e pelo direito adquirido.

No entanto, em certos casos poderá ser a lei retroativa, desde que respeite os supramencionados postulados. “É retroativa a lei que atinge os efeitos de atos praticados sob o império da velha norma. Logo, as normas têm efeito retroativo quando se aplicam: a) a fatos consumados sob

7 *Id.*, *ibid.*, p. 115. Referido autor, adotando a posição de JORGE MIRANDA, destaca os três corolários principais oriundos desta idéia de novação: “Em primeiro lugar, todos os princípios gerais de quaisquer ramos do direito passam a ser aqueles constantes da nova Constituição. Em segundo lugar, todos os demais dados legais e regulamentares têm de ser reinterpretados à luz da nova Constituição, a fim de se poderem conformar com as duas normas e princípios. Em terceiro lugar, as normas contrárias à Constituição não são recepcionadas, mesmo que sejam contrárias apenas a normas programáticas e não ofendam a nenhuma preceptiva” (p. 115).

8 Na verdade, o que ocorre é o contrário, ou seja, o sistema vigente é que deve se adaptar à nova Constituição.

9 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, vol. IV, p. 137.

o império da norma anterior (*facta praeterita*); ou b) a situações jurídicas em curso no que atina aos efeitos realizados antes da vigência da nova norma (*facta pendentia*). É irretroativa a que não se aplicar a qualquer situação jurídica constituída anteriormente”¹⁰.

IV — O princípio do direito adquirido

“Direito adquirido é definido como sendo aquele que contém todos os elementos necessários para a sua constituição de acordo com o direito vigente no momento, chegando, pois, a integrar-se no patrimônio do seu titular”¹¹.

GABBA¹², por sua vez, entende que “é adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se realizou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que; b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”.

Na verdade, o direito adquirido advém do respeito ao ato jurídico perfeito, apesar de ser responsável pelo manutenção da coisa julgada. Assim, não seria de todo errado aduzir que as noções de coisa julgada e de direito adquirido são derivados do conceito de ato jurídico perfeito.

A conceituação legal de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, encontram-se no art. 6.º do Decreto-Lei n.º 4.657/42, mais conhecido como Lei de Introdução do Código Civil.

Dispõe referida norma jurídica:

“Art. 6.º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

10 DINIZ, M. H., ob. cit., p. 49. Referida autora, mais adiante assevera em sua obra (p. 50): “A retroatividade é uma arma dos ditadores, por modificar ou deixar sem efeito as consequências já consumadas anteriormente.”

11 WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*, p. 124.

12 GABBA, C. F., *Teoria della Retroattività delle Leggi*, p. 191. “È acquisto ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell'attuazione di una legge sotto l'impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrà immediatamente a far parte del patrimonio de chi lo ha acquistato.”

§ 1.º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo que se efetuou.

§ 2.º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável ao arbitrio de outrem.

§ 3.º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

Da mesma forma que “o princípio do direito adquirido fundamenta-se na irretroatividade das leis, . . . , a irretroatividade das leis embasa-se na busca da segurança jurídica, . . . , devendo esta garantia envolver as relações jurídicas de modo a impedir o seu comprometimento, que ocorreria se o advento de lei nova atingisse situações precedentemente formadas”¹³.

V — A irretroatividade e o direito adquirido na Constituição

“A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de PORTALIS, o homem que não ocupa um ponto no tempo e no espaço seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso do seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema de legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças”^{14 15 16}.

A grande questão colocada em discussão neste trabalho é saber se a Constituição nova atinge ou não os direitos adquiridos consolidados pelo

13 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional.” *Rev. de Inf. Legis.* 103/147 e ss., p. 150.

14 RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, Vol. I, Tomo II, p. 428.

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, pp. 311 e ss. igualmente fala em *proteção da confiança* ao se referir à proibição de leis retroativas.

16 DINIZ, M. H., ob. cit., p. 53, faz interessantes considerações sobre quais as normas que podem ou não possuir efeitos retroativos.

tempo, ou seja, saber se a norma constitucional possui efeitos retroativos ou não.

Existem duas situações que devem ser diferenciadas no presente texto. Uma delas diz respeito aos efeitos da nova Constituição sobre a lei ordinária anterior e a outra no que concerne aos efeitos da nova Constituição sobre a Constituição anterior.

Primeiramente, deve ser abordado o papel da nova ordem constitucional, tendo-se em linha de conta a lei ordinária pretérita.

Sabe-se que, como outrora foi abordado¹⁷, pelo princípio da continuidade da legislação ordinária¹⁸, somente continuam em vigor as normas ordinárias que sejam compatíveis com a nova Constituição, tendo em vista que esta cria outra ordem jurídica, totalmente incompatível com a anterior.

Por este motivo é que os Tribunais hodiernamente têm afirmado que inexistente direito adquirido contra a Constituição¹⁹. E é justamente com decalque neste posicionamento que a lição de MELLO FILHO fica mais lúcida na medida em que afirma que “a incidência imediata das normas constitucionais, todas elas revestidas de eficácia derogatória das regras e dos atos dotados de positividade jurídica inferior, não permite que se invoque contra elas qualquer situação juridicamente consolidada. Assim, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, embora imunes à ação legislativa ordinária, que não poderá afetá-los, mostram-se irrelevantes em face da inquestionável supremacia formal e material das regras constitucionais”²⁰.

No entanto, apesar de ficar evidente que o direito adquirido não pode subsistir quando da vigência de uma nova ordem constitucional que não o recepcionou, não significa isto que as situações já consolidadas pelo tempo devam ser revistas, haja vista que “coisas distintas são os fatos passados, normados e consumados no tempo passado e os fatos passados, mas cujos efeitos são contínuos, persistindo sob o efeito da lei

17 Ver capítulo II acerca do Nascer da Norma Constitucional.

18 Segundo SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988 — Aspectos Fundamentais* “o princípio da continuidade da legislação ordinária significa que a norma anterior é mantida perante a nova Constituição desde que com ela seja materialmente compatível...”

19 Cf. in *RDA* 54:215, 24:57.

20 MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*, p. 431.

nova. A lei nova não invade o passado, como o passado não entrava a lei nova”²¹.

Assim, no que concerne à legislação ordinária incompatível com a nova ordem constitucional, somente é afetado o direito adquirido de efeito contínuo, tendo em vista que a lei suprema não tem o poder de desfazer situações já consolidadas pelo tempo, mormente aquelas anteriores à sua vigência²².

No entanto, um pouco diferente é a situação do respeito ao direito adquirido quando este se decalca na Constituição anterior²³.

Na verdade, apesar de com a vigência da nova Constituição a anterior “perde(r) a eficácia, e, perdendo a eficácia, perde a *validade*, pois que a eficácia é condição de validade da ordem jurídica”²², crê-se que isto não é obstáculo para o respeito ao direito adquirido.

RIBEIRO BASTOS não se cansa de esclarecer que “é cediça também na nossa doutrina e jurisprudência a afirmação de que não pode haver direito adquirido contra a Constituição.

De fato, se não pode haver nem mesmo, . . . , direito adquirido contra a lei, não pode haver, obviamente, direito adquirido em afronta à Constituição. O ato assim praticado é inconstitucional e conseqüentemente passível de anulação. Mas o que tanto a doutrina como a jurisprudência parecem ter em mira são os atos praticados sob a égide de uma Constituição anterior. Então se pergunta: alguém que gozasse do benefício de uma vantagem auferida debaixo da Lei Maior precedente poderia continuar a percebê-lo debaixo da nova, ainda que esta já não consagre permissibilidade para a criação de novas vantagens do tipo?

Embora não desprezemos esta aparente antinomia, *não podemos ignorar por igual forma que a própria Constituição assegura o direito adquirido. Para que cessem, portanto, de vigor os direitos adquiridos sob o manto da Constituição anterior, é necessário ou que a própria Lei Fundamental expressamente os faça cessar ou então que suprima todo o instituto do seio do*

21 ROCHA, C. L. A., ob. cit., pp. 159 e ss.

22 Salvo se houver poder constituinte originário, oriundo de revolução, ou se forem esquecidos os princípios do Estado Democrático de Direito, haja vista que para alguns a Constituição tudo pode.

23 Esta não é a opinião de INACARATO, Marcio Antonio. “Efeitos da Constituição sobre o Direito Anterior”. *Rev. de Inf. Leg.* nº 49/75 e ss., p. 79.

24 INACARATO, M. A., ob. cit., p. 79.

qual o direito adquirido se embutia. Por exemplo: qualquer direito resultante de um contrato de locação desapareceria diante de uma Constituição que suprimisse o próprio direito de propriedade”²⁵.

Vamos exemplificar melhor: a Constituição anterior trazia em seu bojo, no art. 99 e parágrafos, no concernente à acumulação remunerada de cargos e funções públicas a seguinte redação:

“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;

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.”* (Grifos nossos.)

Desta forma, na anterior Carta Magna, conforme entendimento dominante em nossos Tribunais²⁶, a impossibilidade de acumulação de cargos não se estendia às fundações de direito privado, mantidas pelo Poder Público, conferindo-se, outrossim, uma interpretação restritiva à Constituição.

A vigente Constituição, no entanto, no inciso XVII do art. 37, inovou:

“Art. 37.

.....

XVII — a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de

25 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., p. 191.

26 Cf. in *RDA* 102/414; *RTJ* 109/833.

economia mista e *fundações mantidas pelo Poder Público.*" (Gritos nossos.)

Desta forma, dúvidas não mais há: os empregados de fundações mantidas pelo poder público, quer de direito público, quer de direito privado, não mais podem acumular cargos públicos. Mas a questão mais importante é saber se os que possuíam o direito adquirido à acumulação pela redação da anterior Carta podem continuar exercendo ambas as funções? A resposta deve ser positiva, tendo em vista que existe direito adquirido à acumulação de cargos, princípio constitucional mantido pela Constituição vigente, e não havendo — como não houve — expressa consideração constitucional, lícita é a continuidade na acumulação, mormente se existe compatibilidade de horários, independentemente da afinidade de matérias, haja vista que esta não mais é mencionada na Carta Magna vigente.

Assim, evidente é que sendo oriundo o direito adquirido, não de lei ordinária, mas da própria Constituição anterior, não há que se falar em inexistência de direito adquirido, salvo em duas hipóteses:

a) se a Carta Magna expressamente desconsiderou a possibilidade de tal hipótese concreta;

b) se o exercício do direito se tornar materialmente impossível.

VI — *Conclusão*

De todas as ponderações efetuadas no presente estudo, nos limites horizontais aqui objetivados, algumas, pela sua própria natureza, devem ser destacadas.

Diante disso, indispensável é ressaltar que:

a) o princípio da recepção somente abrange aquelas normas legais que não sejam incompatíveis com a nova ordem constitucional;

b) a irretroatividade das leis é motivo de segurança jurídica e deve ser considerada como excepcional;

c) o princípio do direito adquirido tem a função básica de garantir a consolidação dos direitos e a segurança jurídica dos cidadãos, mantendo-se a esperança dos indivíduos, impedindo a volta legiferante ao passado;

d) o direito adquirido, quando decalcado em norma legal ordinária não recepcionada pelo novo texto constitucional, não possui força sufi-

ciente para manter-se aplicável, haja vista que possuía sustentáculo em situação legal desconstituída pela Carta Magna que passou a vigor;

e) no entanto, quando o direito adquirido dizer respeito a situação consolidada pelo conteúdo do texto constitucional anterior, o mesmo somente não continuará a produzir efeitos caso expressamente a nova Carta impedir ou se, em face de novos princípios trazidos pelo novo texto constitucional, o exercício do direito adquirido tornar-se materialmente impossível.

VII — Bibliografia

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. 1ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 1989.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 1ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Reflexões, Estudos e Pareceres de Direito Público. Considerações em torno da noção constitucional de direito adquirido*. São Paulo, Ed. Saraiva.

———. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

———. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Della Norma Giuridica*. G. Giappichelli Editore, Torino.

———. *Teoria Dell'Ordinamento Giuridico*. G. Giappichelli Editore, Torino.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed., Coimbra, Ed. Almedina, 1989.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição 1988*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1990.

CUNHA, Fernando Whitaker da et alii. *Comentários à Constituição*. 1º volume, 1ª ed., Rio de Janeiro, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1990.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 1ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

- FERRAZ JR., Tércio Sampalo. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, 1ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1990.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito Intertemporal Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1968.
- INACARATO, Márcio Antonio. "Efeitos da Constituição sobre o Direito Anterior." *Revista de Informação Legislativa* nº 49, Brasília, Senado Federal, 1976.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, 1ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1990.
- GABBA, C. F., *Teoria della Retroattività delle Leggi* 2ª ed., vol. I, Torino, 1884.
- MARINHO, Josaphat. "Irretroatividade e Retroatividade da Lei na Constituição de 1946". *Revista de Informação Legislativa* nº 5, Brasília, Senado Federal, 1965.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1988.
- RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 1º vol., Tomo II, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1960.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. "O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional." *Revista de Informação Legislativa* nº 106, Brasília, Senado Federal, 1989.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1982.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1990.
- . *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1982.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais*. 1ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1987.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. "As Expectativas de Direito, a Tutela Jurídica e o Regime Estatutário." *Revista de Informação Legislativa*, jan./mar., Brasília, Senado Federal, 1971.
- WALD, Arnoldo. "Da Doutrina Brasileira do Direito Adquirido e a Projeção dos Efeitos dos Contratos contra a Incidência da Lei Nova." *Revista de Informação Legislativa* nº 70, Brasília, Senado Federal, 1981.
- . *Curso de Direito Civil. Parte Geral*, 4ª ed., São Paulo, Ed. Sugestões Literárias, 1975.

A Inobservância do Princípio da Continuidade das Leis como Fator de sua Multiplicação - um Exemplo

CÁSSIA MARIA SENNA GANEM
Assessora Legislativa do Senado Federal

SUMÁRIO

I — A liberdade de consciência, de crença e de culto nas Constituições brasileiras. Bosquejo histórico. II — A liberdade de consciência como “direito absoluto” e questões correlatas. III — O Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. O Código Penal. IV — O princípio da continuidade das leis. V — Conclusão.

I — A liberdade de consciência, de crença e de culto nas Constituições brasileiras. Bosquejo histórico

O inciso VI do art. 5.º da Constituição Federal, inscrito no Capítulo I — Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, declara a inviolabilidade “(...) da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”, apesar de se tratar de norma auto-executável, como adiante veremos.

As Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, de 1967 e sua Emenda nº 1, de 1969, respectivamente, estatuíram:

1891 — “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.” (§ 3.º do art. 72).

1934 — “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes.” (art. 119, § 5.º)

1937 — “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para

esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes.” (n.º 4 do art. 122).

1946 — “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo os dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.” (§ 7.º do art. 141).

1967 (Com a redação da Emenda n.º 1/69) — “É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.” (§ 7.º do art. 153).

Observamos, de plano, antecipando-nos ao tema que além será tratado, ter a Constituição de 1988 sido a única a garantir, “na forma da lei” a proteção aos cultos.

Sem participarmos da análise filosófico-jurídica das *diferenças* entre a *liberdade* de consciência, de crença e de culto, verificamos que o *livre exercício dos cultos religiosos* foi assegurado por todas as Cartas republicanas, tendo como marco o Decreto n.º 119-A, de 7 de janeiro de 1890, regulando a separação entre Igreja e Estado, “documento sereno, discreto e preciso”, segundo o Pe. JOSÉ SCAMPINI, S.D.B. (em “A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras”), cujo art. 3.º garante a liberdade religiosa dos *indivíduos* e das igrejas, associações e institutos “em que se acharem agremiados” “(...) sem intervenção do poder público”, e, no art. 2.º, proclama “a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo sua fé e não serem contrariados nos actos particulares ou públicos (...)”.

“É fora de dúvida, todavia, que na sua tarefa de garantir o direito em todas as suas relações, o poder público deve assegurar aos membros da comunhão política que ele preside a livre prática do culto de cada um e impedir quaisquer embaraços que o dificultem ou impeçam, procedendo nisso de modo igual para com todas as crenças e confissões religiosas.” (Pe. JOSÉ SCAMPINI, *op. cit. Rev. de Inf. Legislativa* do Senado Federal, n.º 42, pág. 391.)

No Império, a Religião Católica era a religião do Estado, como preceituava o art. 5.º da Carta de 1824, *tolerando-se* o “culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo” (cf. art. 5.º — B), permitidas “todas as outras religiões”.

Os arts. 191 e 277 do Código Criminal prescreviam, respectivamente, constituir crime “perseguir por motivo de religião a que *respeitar* a do Estado e não ofender a moral pública (...)” e punível “o ato de abusar ou zombar dos cultos *permitidos* no Império, corolário do princípio con-

sagrado no art. 179, § 5.º, da Carta Imperial, que, por sua vez, se fundava no art. 10 da Declaração de Direitos do Homem, de 1789, reprodução semelhante aos arts. 5.º e 6.º da Constituição Francesa de 1814 (cf. PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, Rio, 1967, p. 219).

O Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, no art. 19, estatuiu:

“É livre a manifestação de pensamento, de crença religiosa e de convicções filosóficas e políticas”. E no art. 20: “É garantido o direito à prática de culto religioso, respeitada a dignidade da pessoa.”

Redação das mais sintéticas, na linha programática, sem detalhamentos *supérfluos ou obviedades*.

Em síntese:

As Constituições de 34 e de 46 estabelecem que a liberdade de consciência é inviolável; a de 1937, como a de 1891, não faz referência à liberdade de consciência; as de 67 e 69 afirmam que a liberdade de consciência é plena.

A Carta vigente declara-a inviolável, *tout court*, exemplo da de 1946.

II — A liberdade de consciência como “direito absoluto” e questões correlatas

Para o trato do problema dos *direitos absolutos*, ERNEST ROGUIN escolheu, na formulação de sua “teoria geral da classificação dos direitos”, o critério do “objeto do direito”, retomando, assim, a distinção feita por WINDSCHEID: *absolutos são aqueles que existem contra todos*; relativos, os que existem contra uma pessoa ou número limitado delas.

ROGUIN propõe se incorpore à classificação de WINDSCHEID, dentre outros, o que chama de “monopólios de direito privado”, ou “de propriedade intelectual”. (*La règle de droit*, Lausanne, 1889, 3.ª parte, p. 201, *apud Introducción al Derecho*, ENRIQUE R. AFTALION *et alii*, 8.ª edição, 1967, p. 270). Daí, o surgimento dos “direitos autopessoais” (denominação dada por CARLOS OCTAVIO BUNGE, na obra *El derecho*, pp. 381 a 389), “sobre a própria pessoa”, ou “os que possui cada homem sobre a sua individualidade física e psíquica”, englobando a vida, a integridade orgânica, a honra, a liberdade física, e a *liberdade psíquica* ou *liberdade de consciência*, que nos interessa nestas considerações.

“Son derechos absolutos pues no existen contra una persona determinada sino que *todas en general están obligadas a respetarlos*. El sujeto pasivo no es una persona en particular sino que lo constituyen *todas las demás personas sometidas al poder social*. El deber correspondiente a estos derechos es puramente pasivo: *consiste sólo en respetarlos, esto es no violarlos o perturbarlos*. El Estado es para Roguín, el origen y el límite de

los derechos autopersonales. *Estos no serian originarios, sino concedidos por el Estado, el que, en consecuencia, puede restringirlos o suprimirlos para satisfacer necesidades políticas o prover a la defensa social (ejemplos, estado de sitio, ley marcial, pena de muerte, pena de prisión, etc.). De modo, pues, que cuando se dice que estos derechos son "absolutos" no se alude a su ejercicio (que puede estar más o menos restringido) sino sólo a que todos deben respetarlos y no solamente ciertas determinadas personas.*" (V.g., nos termos do inciso I, *a*, do art. 136, e inciso IV, do art. 139, inciso VIII, do art. 5.º, da Constituição Federal brasileira). (ENRIQUE B. AFTALION *et alii*, *op. cit.*, p. 277.)

Em abono desta tese, veja-se, por exemplo, a *propriedade*, sobre a qual podem incidir limitações que venham atender a sua função social, sobretudo a *desapropriação* "por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social" (cf. incisos XXIII e XXIV do art. 5.º, e 170, III, da Constituição Federal), e a decretação da indisponibilidade de bens ou o seu perdimento, decorrentes da prática de atos ilícitos e lesivos.

Os direitos de liberdade, de locomoção, de associação, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, de *crença religiosa* ou de *convicção filosófica* ou política, etc. dispensariam, mesmo, a expressão "manifestação do titular" para que as outras pessoas se vejam obrigadas a respeitá-los, segundo algumas teorias sobre a sua natureza.

Voltando aos limites do direito à liberdade de *consciência*, de *crença*, e de *associação*, alinhemos as disposições constantes dos incisos VIII, *in fine*, XVI, XVII, *in fine*, XLII, XLIII, XLIV, do art. 5.º da Constituição Federal, dos arts. 131 e 154 do Código de Processo Civil (com a redação dada pela Lei n.º 5.925/73), pois o juiz é obrigado a decidir conforme as leis, e o art. 1.226, VII do Código Civil.

"A *liberdade de crença* compreende a liberdade de ter uma crença e a *de não ter crença*", observa PONTES DE MIRANDA, nos *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, Tomo V, 2.ª edição, ERT, p. 119).

E prosseguindo:

"O fanatismo e a intolerância de Lutero e de Calvino continuaram a tradição eclesiástica. Tampouco, foi a liberdade de religião fruto de revoluções. Na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão omitiu no rol dos direitos fundamentais a liberdade de religião. Todos sabem que se quis forjar, depois, religião de Estado. Na Alemanha, vemo-la em 1848, mas logo anulada pela Assembléia Nacional de Francfurte. Depois, apareceu na Declaração de Direitos de 1850; e a evolução demorou até 1919, para logo ser destruída a partir de 1933. Volveu após a guerra." (*Op. cit.*, pp. 120/1.)

“No estado atual do princípio, a liberdade de religião está esvaziada de qualquer elemento de desigualdade, ou de despotismo (preponderância): é direito individual fundamental, que independe de qualquer escalonamento, em virtude de maior ou menor número de adeptos, ou de outro fator diferente. O *qualificador universal “todos” não se refere à religião, mas ao indivíduo*. O princípio não diz “Todas as religiões são livres”, porém *“Todos os indivíduos têm igual direito à liberdade religiosa.”*”

Parte do princípio mais geral, que é o de liberdade de pensamento, tem-se perguntado se nele cabe o de liberdade de pensar *contra* certa religião ou *contra* as religiões. Nas origens, o princípio não abrangia essa emissão de pensamento; depois, incluiu-se nele, alterando-se-lhe o nome em “liberdade de crença”, para que se prestasse a ser invocado por teístas e ateus. Tal como está formulado, hoje em dia, o *princípio de liberdade de pensamento*, é ocioso discutir-se a matéria. *Liberdade de religião é liberdade de se ter a religião que se entende, em qualidade, ou em quantidade, inclusive não se ter.*” (Op. cit., p. 123 — grifamos.)

Pe. JOSÉ SCAMPINI, na sua tese de doutorado (*Rev. de Inf. Legislativa*, Senado Federal, n.º 40, p. 384), observa:

“O conteúdo, pois, da liberdade religiosa não é a verdade religiosa, é a *imunidade de qualquer coação externa*, enquanto o fundamento da liberdade religiosa é a *dignidade humana*, ou seja, o homem é responsável por seu destino.” (A respeito, vide PIETRO PAVAN, *La Libertà Religiosa*, Brescia, 1967, p. 127.) (Grifamos.)

Dos *Anais da Constituinte Republicana* (vol. I, p. 363), extraímos esclarecedor ponto de vista, externado pelo “Sr. SEABRA”, Deputado da Bahia:

“Mas o Estado não hostiliza ninguém e muito menos a Deus. *O Estado não afirma nem nega*. Toma a atitude de um indivíduo que apenas observa os movimentos e procura mantê-los regularmente, para que se não perturbe a *ordem pública*. (...) somente intervém com a sua autoridade nas ocasiões *em que há perturbação da ordem*, paz e tranqüilidade públicas.” (Grifamos.)

“— República sem liberdade de consciência não é República”, afirmou o Deputado TOSTA (*Anais*, Anexo ao vol. I, p. 58).

E o Deputado JUSTINIANO SERPA:

“Ainda como consequência necessária do art. 7.º reclamo a mais larga, a mais ampla liberdade de consciência e de crenças, absoluta tolerância de cultos, o maior respeito a todos os prin-

cípios religiosos, literários e científicos, quaisquer que estes sejam. E reclamo, senhores, em nome dos mais elevados interesses do meu País e dos grandes dogmas do governo republicano.” (Anais, vol. I, p. 461.) (Grifamos.)

“Nenhum Estado, nem o governo federal podem fundar uma igreja. Nenhum dos dois pode *aprovar leis que favoreçam* uma religião, *que auxiliem todas as religiões, ou preferir* uma religião em detrimento de outra. Nenhum dos dois pode forçar, ou influenciar, *uma pessoa a freqüentar*, ou a ficar afastada da igreja, contra a sua vontade, ou forçá-la a professar uma crença, *ou a manifestar descrença religiosa*. Ninguém pode ser punido por ter, ou professar, crença *ou descrença religiosa*, por ir *ou por deixar de ir* à igreja. Nenhum imposto, qualquer que seja o seu montante, grande ou pequeno, pode ser lançado para patrocinar atividades ou instituições religiosas, seja qual for a sua denominação, e não importa que formas possam adotar para ensinar ou praticar religião. Nenhum Estado e nem o governo federal podem, aberta ou secretamente, participar dos negócios de quaisquer organizações ou grupos religiosos, e vice-versa. Segundo as palavras de Jefferson, a cláusula contra o estabelecimento de religião, através de lei, foi destinada a “levantar um muro de separação entre a Igreja e o Estado” (EVERSON *versus* Boart of Education. 330 vs. — 1947, in *A Constitutional Faith*, Hugo Lafayette Black).

Voltando a Pontes de Miranda, compreende-se

“... *na liberdade de culto a de orar e a de praticar os atos próprios das manifestações exteriores em casa ou em público, bem como a de recebimento de contribuições para isso.*” (Op. cit., p. 129). (Grifamos.)

“(...) que o Estado nada tem a ver com o fiel, com o crente, mas só com o cidadão — é fora de dúvida que, na sua tarefa de garantir o direito em todas as suas relações, do poder público é *dever assegurar aos membros da comunhão política, que ele preside, a livre prática do culto de cada um e impedir quaisquer embaraços que o dificultem ou impeçam, procedendo nisso de modo igual para com todas as crenças e confissões religiosas.* Foi em consideração disso que a República, logo nos primeiros e gloriosos passos com que entrou no caminho das reformas de caráter político-social que teve de empreender, determinou (pelo Decreto n.º 119-A, de 7 de janeiro de 1890) a *supressão das relações oficiais entre o Estado e a religião, até então por ele subsidiada e protegida preferentemente — a proibição de culto com caráter oficial e sua sustentação às expensas do tesouro público — a liberdade de regerem-se de acordo com*

sua fé, independentemente de licença e ingerência, nos seus atos públicos e particulares, de quaisquer autoridades públicas, não só os indivíduos, mas também quaisquer igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados — o reconhecimento da personalidade jurídica de todas as igrejas e confissões religiosas para adquirirem bens e administrá-los, sob os limites das leis relativas à propriedade de mão morta, a manutenção da cônica, sustentação dos serventários católicos na ocasião existentes, e a extinção do padroado.” (Idem, *ibidem*, p. 132). (Grifamos.)

“No estado atual do direito público, a liberdade de cultos é limitada por medidas de ordem pública, com o mesmo critério que preside às outras limitações: as práticas — assim em atos como em palavras — têm de respeitar as leis penais, isto é, não podem ser tais que constituam crimes ou contravenções; nem lhes seria permitido infringir as outras liberdades.” (Idem, *ibidem*, p. 137). (Grifamos.)

O segundo artigo da Declaração de Direitos, incluído na *antiga Constituição da Pennsylvania*, postula:

“Todo homem tem o direito natural e inalienável de cultuar Deus segundo os ditames da própria consciência e entendimento; e nenhum homem poderá ser compelido a assistir a um culto religioso, a construir ou manter qualquer local de culto, ou sustentar qualquer ministério, contrário à sua livre vontade e espontâneo consentimento; homem algum que reconheça a existência de um Deus pode ser privado ou cerceado de qualquer direito civil de cidadão devido a seus sentimentos religiosos ou maneira peculiar de culto; e nenhuma autoridade pode ou deve ser investida, arrogada ou assumida por qualquer poder que possa, em alguma circunstância, interferir com o direito de consciência no livre exercício de um culto.” (Declaração de Direitos, art. 2.º). (Grifamos.)

E aqui ferimos ponto essencial da discussão em torno da liberdade de culto, qual seja, *o relativo aos seus limites*.

O “livre exercício”, portanto, esbarrará, fatalmente, no balizamento imposto pela “ordem pública e os bons costumes”, expressão que, embora não constante do inciso VI do art. 5.º da Constituição de 1988, à diferença das Cartas de 1934, de 1937, de 1946 e de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969, está subentendida, e não pode o constituinte ter querido o absurdo, permitindo contravenham os cultos às leis.

HUGO LAFAYETTE BLACK, juiz da Suprema Corte Americana, a propósito, comenta o caso “Reynolds versus United States” [98 U.S. — 145 (1877):

“O Congresso declarou crime a poligamia no Território de Utah, antes que ele se tornasse um Estado. Processados de acordo

com essa lei, os *mórmons*, baseando-se em que a sua fé religiosa aprovava a prática, alegaram que a lei territorial que a considerava crime, violava a Primeira Emenda. A Suprema Corte não aceitou o argumento, assinalando que a Primeira Emenda *protege somente o direito de ser mórmon, de crer nessa religião e de sustentá-la, mas que uma igreja não pode, dando a determinada conduta aprovação religiosa, impedir o governo de considerá-la crime. Estabeleceu-se deste modo o limite exato entre a liberdade de crer numa doutrina e de defendê-la, e a de adotar conduta que viole a lei.*” (HUGO LAFAYETTE BLACK, *op. cit.*, pp. 75/76.)

De igual modo, poder-se-ia argumentar em relação ao *incesto*, aos *sacrifícios humanos*, à negativa em receber o incapaz, sob guarda e cuidados médicos, transfusão de sangue necessária a salvar-lhe a vida, não trabalhar aos sábados, incorrendo em falta sujeita a descontos e até à dispensa por inassiduidade, ou nos domingos e dias santos de guarda, quando a função o exigir, embora, quanto a estes, se possa dizer estarem relacionados com a “liberdade de culto”, na medida em que se relacionam aos valores do espírito.

No Segundo Império, o Senador SILVEIRA MARTINS apresentou o Projeto letra T, de 1887, cujo art. 1.º dispunha, escorreitamente:

“É livre, no Império, a todas as religiões, o exercício de seu culto, sem outro limite além da repressão legal a que ficam sujeitos os que, no uso dessa liberdade, cometerem algum delito.”
(Grifamos.)

A iniciativa recebeu parecer favorável das Comissões de Legislação e Negócios Eclesiásticos, em 16 de maio de 1888, no qual foram classificadas de “vexatórias” e “odiosas” as disposições que pretendia revogar (2.ª parte do art. 5.º da Constituição Imperial, e o art. 276 do Código Criminal).

O projeto foi aprovado em terceira discussão e remetido à Câmara dos Deputados, em 6 de junho de 1888, onde foi *rejeitado* por 57 votos contra 47, em 22 de maio de 1889, após “dormir nas pastas” da Casa, como disse o Deputado Rodrigues Peixoto.

A “religião dominante” sempre buscou ser “tolerante”, como exemplificou o Senador Barão de Cotegipe, no debate sobre o projeto de Silveira Martins:

“Aí está na Corte mesmo o exemplo de mais ampla liberdade na Casa Evangélica, que data de 1819.”

“Os costumes eliminaram esta disposição restritiva (referindo-se ao art. 276 do Código Criminal, referente à publicidade do culto) e hoje não só são permitidas ou *toleradas* todas as reli-

giões, como também *se consente* que elas celebrem em casas que tenham forma exterior de templo.”

Ao que retrucou o Senador AFFONSO CELSO:

“Ora, o que acontecerá, no interior sobretudo, onde ainda impera algum fanatismo?”

“É isso o que acautela a redação do projeto como está concebido.”

Vale citar AFONSO ARINOS, que defende interessante tese a respeito:

“Se houvesse a permissão oficial, na Constituição, para o culto público e para a atividade política dos estrangeiros, introduzir-se-ia um germe de submissão dos interesses nacionais à pressão dos países muito poderosos, economicamente, *que eram exatamente os países protestantes*: a Inglaterra e os povos nórdicos, holandeses, alemães, escandinavos.”

“Por isso os Deputados do Império tinham que fazer a declaração de que eram católicos.” (In *O Pensamento Constitucional Brasileiro*, conferência na UnB — p. 33.)

D. Pedro II, entretanto, era “tolerante” com as religiões não-católicas, e o “regalismo laicista” acabou por oprimir a Igreja, em 1889.

Citemos, neste passo, alguns exemplos históricos de “tolerância religiosa”:

ALEXANDRE HERCULANO, na sua *História de Portugal* (vol. VI, pp. 26 e segts., 7.^a edição — 1916), comenta sobre a “tolerância árabe”:

“procedia da índole do islamismo, das suas máximas — digamos assim canônicas e civis —, não se limitou na Espanha à concessão de seguirem em silêncio a própria crença os habitantes avassalados pela espada do islam, nem ainda à de celebrarem publicamente os seus ritos: manifestou-se também no respeito às instituições dos vencidos e à sua propriedade.”

O Abade CLAUDE FLEURY (*Histoire Ecclésiastique*, vol. III, p. 1, edição de 1844, relata como a “tolerância árabe” chegou ao ponto de Movíá, o primeiro califa Omíada, fazer reparar e reconstruir igrejas cristãs. Pe. Vieira, em carta de 26 de outubro de 1671, dizia “ser a indistinação (entre católicos e judeus) o meio mais eficaz de se extinguir o judaísmo” (*Cartas*, tomo III, p. 374 e seguintes).

No Brasil Holandês, o “Regimento do governo das praças conquistadas”, de outubro de 1629, aprovada pela Cia. das Índias Ocidentais, no seu art. 10, estatuiu:

“Será respeitada a liberdade aos espanhóis, portugueses e naturais da terra, quer sejam católicos romanos, quer judeus,

não podendo ser molestados ou sujeitos a indagações em suas consciências (...)" (*Revista do Instituto Arqueológico e Geográfico Pernambucano*, n.º 31, p. 292).

Mera "tolerância ou benevolência", mais uma vez, atribuindo-se os conquistadores, em 1634, o direito de "intervir no terreno da consciência". O calvinismo é proclamado a religião do Estado, e o fanatismo oficial recrudescer, em 1637, e a liberdade de culto dos católicos e judeus sofre restrições.

MAURÍCIO DE NASSAU, apesar da sua "prudente tolerância", proibiu cerimônias religiosas por sacerdotes católicos "junto aos réus condenados pelos juizes" (cf. G. BARLEU, *O Brasil Holandês*, p. 56, *apud* — Mário Neme, *Fórmulas Políticas no Brasil Holandês*, Edit. USP — 1971, p. 165).

Em 1640, os moradores reivindicam a liberdade de culto, após as omissões de Nassau e sua conviência com as perseguições contra os católicos, a quem incumbia administrar a política de "tolerância" estabelecida pela Cia. das Índias Ocidentais.

Os judeus, em Recife, eram vilipendiados numa espécie de "guerra santa".

NASSAU, no seu *Testamento Político*, de 6 de maio de 1644, diz:

"Não convém por agora que a prática da nossa religião seja abertamente introduzida entre os portugueses com *abolição dos seus ritos e cerimônias* (...)" (JOÃO ALFREDO LIBÂNIO GUEDES e JOAQUIM RIBEIRO, *História Administrativa do Brasil*, DASP — 1966, p. 466).

E quanto aos negros e seus rituais, no Brasil?

A economia escravagista e a segurança pública dos senhores brancos viram-se ameaçadas pelas religiões africanas, "contra a lei de Deus" (cf. denúncia do Procurador, à Câmara, na vereança de 25 de maio de 1748).

Em 1778, dois quilombos às margens do Tietê, de "negros pagãos", foram destruídos.

Em 1885, a Câmara de Itu decreta penas de prisão e multa contra a "feitiçaria".

Em Campinas, em 1876 (*Rev. do Arquivo Municipal*, vol. LVI, p. 86, nota 152), foram proibidas reuniões rituais de negros, contra as quais insurgiu-se o bispado.

E quanto aos índios, a palavra de VIEIRA (*Sermões*, vol. XII, p. 333, Ed. Lello), contundente, indignada:

"Que teologia há ou pode haver que justifique a desumanidade e sevícia (...)."

VIEIRA foi o primeiro liberal-abolicionista, embora os jesuítas não tivessem os mesmos sentimentos em relação aos negros (cf. ROCHA POMBO, *História do Brasil*, vol. I, IX, XXXVI). Os índios eram “consolados” pelos padres com o “apelo à fé”.

Em 9 de janeiro de 1860, lei equiparou o direito político do acatólico ao do católico, no Brasil, como um marco evolutivo na luta pela igualdade entre os homens.

Em síntese: a “religião oficial”, a “religião dominante”, em todos os tempos, aliada e até confundida com o Estado, sempre perseguiu, mesmo quando, eufemisticamente, “tolerou” os cultos religiosos que lhe pareciam estranhos a Deus, à moral social, aos bons costumes, à segurança pública, à economia do país, ao sistema político, enfim, usou o braço secular para perseguir, prender, multar, torturar e matar os meros “crentes” de outras “seitas”.

A liberdade religiosa evoluiu para tornar-se uma das maiores conquistas da civilização, constante de praticamente todas as Constituições, e, na prática, o maior fato deste século.

Católicos, protestantes, judeus, islamitas, “fetichistas” e “magos”, todos podem, livremente, crer e praticar os seus rituais, sem o que teríamos a subversão e a desordem na República, sem a concessão de privilégios a uns e outros, retardando o avanço das idéias e opiniões legítimas, o espiritual e o temporal separados numa evolução consideravelmente salutar, só interferindo o poder civil, protetora ou restritivamente, nos casos permitidos pelas leis, se resultar da prática religiosa ofensa ao Direito.

“Talvez com o tempo, o que hoje chamamos de Idade Média incluía também a nossa era” (GEORG C. LICHTENBERG), se meditarmos sobre os horrores da Inquisição, a maldade calvinista, as perseguições aos católicos irlandeses, o holocausto dos judeus, na Europa dominada pelo hitlerismo, o stalinismo e o “medievalismo” islâmico iraniano, sob os aiatolás.

As “morais imperativas”, os “imperativos categóricos”, as “tábuas de valores éticos”, definindo condutas e sancionando outras, protegidas pelas leis e favorecedoras dessa ou daquela crença, ao longo do tempo, fosse ela a crença do Estado, ou a “religião” do Estado, como o foram o fascismo e o comunismo soviético, no seu conjunto hediondo, durante séculos, leva-nos à reflexão sartriana: “(...) o mentiroso prefere censurar-se por haver mentido mas que a interdição da mentira lhe faça saber que ele sempre pode *não mentir*”. “Você mente, mas a mentira deve ser *condenada*”. E SARTRE questiona: “Por que essa contradição? Talvez queiram impor aos outros uma lei que eles violam? Não: eles a impõem a si mesmos. Ficam *tranqüilizados* com a existência da lei. Se a mentira é admitida sem reserva, torna-se realidade e a verdade nada mais é que uma aparência mentirosa; tudo se confunde. Só posso mentir”. (Determinação e Liberdade, em “Atas do Seminário” promovido pelo Instituto

Gramsci, realizado em Roma, de 22 a 25-3-63, Ed. Paz e Terra, 1969, p. 34.)

“Templos, mesquitas ou igrejas: não faço distinção entre essas diversas casas de Deus. São tais quais a fé as fez. São uma resposta do homem para chegar de alguma maneira ao Invisível.” (MAHATMA GANDHI).

III — O Decreto n.º 119-A, de 7 de janeiro de 1890. O Código Penal A eficácia da lei no tempo e a sua cessação

A República, comenta A. DE SAMPAIO DORIA, consagrou o princípio da *Igreja livre no Estado livre* (*Princípios Constitucionais*, p. 100).

No Brasil, a separação entre Igreja e Estado vem consignada pelo Decreto n.º 119-A, de 7 de janeiro de 1890, que “prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a *plena liberdade de culto*, extingue o padroado, e estabelece outras providências”, estatuinto o seu art. 2.º:

“A todas as confissões religiosas pertence por igual a *faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou públicos*, que interessem o exercício deste direito.”

No art. 3.º está inquestionavelmente claro o “pleno direito de se constituírem e viverem collectivamente, *segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder público.*”

Finalmente, a “tolerância compadecida”, fórmula hipócrita e autoritária, fora substituída pela liberdade e pela indiscriminação, em matéria religiosa, implantada a contento da própria Igreja Católica, que acabou entendendo ser a separação oficial saudável também para ela.

Em 22 de junho de 1890, o Decreto n.º 510, do Governo Provisório, “publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil” — “convoca para 15 de novembro daquele anno” “o primeiro Congresso Nacional dos representantes do povo brasileiro (...)”, “com poderes especiais do eleitorado para julgar a Constituição que neste acto se publica (...)”, assim estatufa:

“Art. 10 — É vedado aos Estados, como à União:

1.º

2.º Estabelecer, subvencionar, ou *embaraçar o exercício de cultos religiosos.*” (Grifamos.)

“Art. 72 —

§ 1.º

§ 2.º

§ 3.º — Todos os indivíduos e confissões religiosas *podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observados os limites postos pela lei de mão-morta.*” (Grifamos.)

Como vimos na introdução deste trabalho, todas as Constituições brasileiras, de 1891 a 1988, conservaram as prescrições do primeiro ato republicano, tratando da *liberdade de culto*, na sua *literalidade fundamental*

Não há fugir a essa conclusão, em face dos textos cotejados, o que nos leva a tecer considerações em torno da questão da *eficácia da lei no tempo e sua cessação*, para concluirmos que a linha predominante no pensamento do constituinte brasileiro é a de propiciar *liberdade de culto, independentemente de qualquer regulamentação*, atendendo aos princípios do liberalismo.

Senão, vejamos: é princípio consagrado no Direito brasileiro o de que a lei em vigor tem *efeito* imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (cf. art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

A *ratio* desta disposição é a de proteger não só os indivíduos, como o interesse coletivo, estabelecendo o primado da segurança na vida social.

Já no Título XLIV do Livro II, das Ordenações Filipinas (o principal para o estudo da História Administrativa do Brasil), se dispunha:

“Que se não entenda derogada por el-Rei Ordenação, *se da substância dela não fizer expressa menção, dado ocorrer, às vezes, provisões e alvarás contrários ao texto maior.*”

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 consagrou a regra da *não-retroatividade* (art. 77, 3.º), a exemplo da Imperial (art. 179, 3.º), incorporada à de 1934, de forma doutrinariamente confusa, no dizer de OSCAR TENÓRIO (in *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, 1944*, p. 712), subsistindo na de 1937, na de 1946, 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969, e na de 1988 (art. 5.º, XXXVI).

Embora, à diferença da Constituição Republicana, não haja ficado expressa, nas Cartas que se lhe seguiram, a *não-retroatividade* (exceção feita, em 1937, 1946, 1967 e 1988, *às garantias relativas à matéria penal*) mantém-se como princípio geral, não vedado constitucionalmente e de observância obrigatória, consoante o critério das teorias objetivas: quando estabelecido *em lei ordinária* será respeitado desde que o contrário não seja determinado. Inequivocamente. “a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito”.

KELSEN acha que a retroatividade pode ser consagrada na lei (*Teoria Geral do Estado*, p. 206).

Para RECASENS SICHES, “o motivo de segurança”, “valor fundamental do jurídico”, “(…) no es su fin supremo. Este consiste en la realización de valores de rango superior. Ciertamente, la seguridad es también un valor, pero en relación, con la justicia es un valor inferior” (*apud* OSCAR TENÓRIO, *op. cit.*, p. 109).

O legislador, aceito o primado constitucional, ficaria limitado em nome da segurança individualista, e ao Judiciário incumbe rechaçar preceito que a viole.

“La loi nouvelle ne peut donc modifier une situation juridique subjective antérieure, parce qu'elle toucherait alors à un acte individuel qui a été accompli à un moment où elle n'existait pas encore et la loi serait alors vraiment rétroactive, ce qu'elle ne doit pas être.” (LÉON DUGUIT, *Leçons de Droit public général*, pp. 70 s.).

Na dinâmica da lei, por conseguinte, temos a sua *constituição* e a sua *extinção*.

O art. 2.º da Lei de Introdução estatui:

“Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

Simplificadamente, se modificar ou revogar a lei é alterá-la, *ampliativa* ou *restritivamente*, *derrogando-a* ou revogando-a *parcialmente*, ou, ainda, *revogando-a* ou “abolindo os textos existentes” (cf. OSCAR TENÓRIO, *op. cit.*, p. 46), derrogar, pois, é fazer cessar em parte a autoridade da lei; quando se extingue totalmente, ab-rogada se a diz. Revogação, para MAXIMILIANO, é termo “genérico” abrangente, de ambas espécies. (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 438.) Todavia, tanto este autor quanto OSCAR TENÓRIO criticam certa confusão terminológica reinante, no particular, sobre a qual não nos estenderemos.

Desde que não existe na lei nova ab-rogação explícita de lei anterior, verifica-se se houve *ab-rogação implícita*, ou *incompatibilidade de coexistirem as duas normas*.

IV — O princípio da continuidade das leis

Para a tese que buscamos aqui defender, qual seja, a da *prevalência* das disposições do Decreto n.º 119-A, de 7 de janeiro de 1890, no tocante à liberdade de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos, e das prescrições penais, quanto à “proteção aos locais de culto e a suas liturgias”, em face do que já foi visto, como nenhuma lei posterior criou disposições *incompatíveis* com a legislação anterior referida, *regulando inteiramente a matéria* ou *revogando-a expressamente* (cf. § 2.º do art. 2.º da Lei de Introdução), e sendo princípio indiscutível que a norma constitucional incide, imediatamente, prevalecendo as leis que com ela se compatibilizem, tudo assim se traduz: “posteriores, *leges ad priores* perti-

nent, *nisi contrariae, sunt*" (a máxima da continuidade da sua eficácia).
Voltemos a OSCAR TENÓRIO:

"A incompatibilidade se manifesta, à primeira vista, quando entre as disposições da lei anterior e as da lei posterior o conflito é evidente. As normas postulam conduta diferente. Trata-se de incompatibilidade material." (*Op. cit.*, p. 49).

"Que se entende pela expressão. — regular inteiramente a matéria? Em sentido literal, corresponde a dispor de maneira global no mesmo texto, de matéria até então regulada por outra lei. Na hermenêutica jurídica, não significa dispor diferentemente. A lei posterior pode respeitar disposições existentes nas anteriores. Nem por isto, do ponto de vista formal, elas continuam em vigor. Se o princípio da norma anterior coincide, *mesmo na letra, com a norma posterior, pouco importa. Revogada estará a lei anterior. Basta que a lei posterior disponha, totalmente, sobre a matéria.*" (*Op. cit.*, pp. 53/54.)

E exemplifica OSCAR TENÓRIO:

"A Constituição Federal de 1937 revogou a de 1934. As regras do Primeiro Diploma republicano, que não são incompatíveis com o de 1934, estão em vigor. Na legislação ordinária, há o caso das falências. A Lei n.º 2.024, de 17 de dezembro de 1908, reformou a parte do Código Comercial sobre a matéria. Por sua vez, o Decreto n.º 5.746, de 9 de dezembro de 1929, revogou a Lei n.º 2.024, pois dispôs inteiramente sobre o direito falimentar." (*Op. cit.*, p. 54.)

Em breve digressão, ressaltamos que a lei de 18 de agosto de 1769, ou "Lei da Boa Razão" ("Declarando a autoridade do Direito Romano e Canônico, Assentos, Estilos e Costumes"), no n.º 11, ao mandar abolir textos do Direito Civil, *excetua* "(...) contudo as restrições, e ampliações, que, necessariamente, se deduziram do espírito das minhas Leis significado pelas palavras delas tomadas no seu genuíno e natural sentido; as que se reduziram aos princípios acima declarados; e as que, por identidade de razão, e por força de compreensão, se acharem dentro do espírito das disposições das minhas ditas leis." (D. José, por graça de Deus, Rei de Portugal (...)).

A Carta Política do Império, no seu art. 265, dispunha:

"Todas as leis existentes contrárias à letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum vigor."

As Constituições de 1891, de 1934 e de 1937, estatuíram:

"Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariarem as disposições desta Constituição."

As Cartas de 1946, de 1967 e 1969, em obséquio ao óbvio, não reproduziram o preceito. Tampouco, a de 1988.

RUI BARBOSA, a propósito, comenta:

“(...) Em todas as Constituições, está subentendida essa disposição.” (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. VI, p. 406).

CARLOS MEDEIROS SILVA diz, com muita propriedade:

“Entre nós, são inúmeros os exemplos desta sobrevivência. A Constituição de 1934, art. 72, manteve o júri; no art. 176, a representação diplomática junto à Santa Sé; no art. 127, previa legislação especial de proteção das renovações de locações comerciais. Tais dispositivos não foram reproduzidos na de 1937, mas se entendeu, que, a despeito do amparo constitucional direto, as leis e atos relativos ao assunto não haviam caducado porque não estavam em oposição ao novo texto. Na Carta de 1937, no art. 67, foi determinada a criação do Departamento Administrativo, disposição não repetida na de 1946; o DASP, todavia, não foi considerado extinto pela omissão do texto novo à sua existência.”

Se não decorrem *antinomias* ou *incompatibilidades* entre a legislação anterior e os textos constitucionais posteriores, conclui-se, de plano, não ter tal legislação ordinária sido revogada, devendo prevalecer, por conseguinte, até a edição de lei nova que a revogue, tácita ou expressamente.

MAXIMILIANO observa que, quando “a nova Constituição mantém, em alguns dos seus artigos, a mesma linguagem da antiga, presume-se que se pretendeu não mudar a lei nesse particular, e a outra continua em vigor, isto é, aplica-se à atual a interpretação aceita para a anterior” (*op. cit.*, p. 385).

Continuaremos a reproduzir, pelo acerto e grau de precisão, os textos dos mestres, que, com *engenho e arte*, versaram o tema da continuidade das leis:

“Tudo que depende de eficácia, dentro do tempo, da nova Constituição, só é constitucional se atende aos novos textos. Nenhum contrato da União, dos Estado Membros ou dos Municípios, nem lei, nem extinto decreto-lei, nem simples decreto vale, se não poderia ser concluído ou editado sob a Constituição nova (...). A Constituição é rasoura que desbasta o direito anterior, para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras constitucionais.” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 — com a Emenda n.º 1, de 1969*. Tomo VI, p. 380).

"A Constituição, como lei orgânica, revoga todo o direito constitucional anterior (...). *Em matéria de direitos e garantias individuais, as Constituições brasileiras, da de 1824 a 1946, contêm textos que se reproduzem inteiramente ou que se reproduzem com pequenas modificações gramaticais (...).*"

"Subsiste a legislação ordinária do regime anterior, desde que não incompatível com o novo" (OSCAR TENÓRIO, *op. cit.*, p. 84). (Grifamos.)

"Desde el punto de vista del Derecho estatal *se deduce de esta continuidad* que las anteriores leyes y ordenanzas siguen en vigor sin más, es decir, *sin un especial acto de recepción, entanto no contradigan a la nuerva regulación*. Incluso determinaciones contenidas en Constituciones anteriores pueden seguir en vigor, *si bien como simples leyes.*" (CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 108, edição de 1934). (Grifamos.)

Este último ponto de vista harmoniza-se com o de PONTES DE MIRANDA, que entende "absorvidas" até as regras contidas na Constituição anterior, posto que, como simples leis, tudo decorrendo do transcrito princípio constitucional expresso nas Cartas de 1891, 1934 e 1937 e implícito nas que se lhes queiraram.

Todavía, o Ministro DJACI FALCÃO, ao votar como Relator da Representação n.º 753, tendo como representada a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, assim se pronunciou, com invejável rigorismo técnico:

"Todavía, quer o constituinte de 1946, seja o de 1967, com acerto deixou de seguir essa diretriz. Com respeito à *legislação ordinária anterior, segundo o princípio geral, considera-se revogada naquilo que contrariar ou for incompatível com os preceitos constitucionais* (§ 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil). De outra parte, uma Constituição nova, como instrumento fundamental da estrutura jurídico-política do Estado, *ab-roga o diploma básico anterior. Ai um diploma integral substitui o outro na sua inteireza. Não há razão para o artifício da desclassificação de uma regra constitucional para norma ordinária, subordinando-a a ab-rogação ou derrogação pelo processo legislativo comum*. Este entendimento, a meu ver, justifica a conduta dos Constituintes de 1946 e 1967." (12-6-68).

Em síntese: se a norma do § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil é de aplicação geral e incontroversa para as leis em geral, o é, também, para a Constituição, pois aqui temos a substituição do sistema político por outro.

A doutrina dominante a respeito da revogação das leis, todavia, indica-nos que, se o suporte fático constituído sob o império de Carta cons-

titucional anterior não colide com o diploma maior posterior, esse suporte, seus efeitos, subsistem, incorrendo óbices à sua aplicação e dispensando, assim, qualquer “regulamentação”, como no caso do inciso VI do art. 5.º da Constituição de 1988, tendo em vista tratar-se de norma de *aplicação imediata, auto-executável* ou *bastante em si mesma, suficientemente precisa*, (...), onde o direito instituído se ache armazenado por si mesmo, pela própria natureza dos seus meios de execução e preservação” (RUI BARBOSA. *Comentários*, p. 488).

O § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal em vigor dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A norma, pois, contida no inciso VI do art. 5.º da Carta é de aplicação imediata? É justo dizer que a faculdade de todas as confissões religiosas “exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos atos particulares ou públicos”; a impossibilidade de o Estado vedar qualquer religião, ou discriminá-las implica a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”? Acharmos que sim! A garantia “na forma da lei” se apresenta ociosa.

Em face do mandamento do § 1.º do art. 5.º da Carta de 1988, como se não devesse estar *subentendida* a proteção aos locais de culto, tendo em conta o contrasenso de indicar um fim, um direito, sem prescrever ou garantir os meios ao seu pleno exercício, fala-se em “lei” regulamentadora. Além do mais, se necessária fosse a regulamentação, concluir-se-ia que a norma do art. 208 do Código Penal, ao prever o “ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo”, acha-se convalidada pelo diploma maior, e, portanto, em vigor, atendendo ao escopo do texto constitucional. A norma penal pune, também, os atos de escarnecer de alguém por motivo de crença ou *função religiosa* e de vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto.

Daí pode decorrer, também a aplicação de norma geral civil (art. 159 do Código Civil), segundo a qual *todo aquele* que, por dolo ou culpa, causar dano a terceiro tem o dever de prestar reparação. E, no caso de *omissão* da autoridade policial, o nexo de causalidade entre a ação do agente e o resultado bastaria para empenhar a responsabilidade civil do Estado (§ 6.º do art. 37 da Constituição Federal), comprovada a negligência, o mau aparelhamento ou insuficiência de serviço policial. E daí, a responsabilidade administrativa do servidor, na forma do estatuto próprio.

Indaguemos, neste passo, se a “omissão”, nas Cartas de 1946 e de 1967, com a Emenda n.º 1/69, da exigência de “lei protetora”, teria permitido ao Estado *não garantir* a liberdade de culto contra agressões de qualquer espécie? Claro que não!

A boa exegese constitucional está a indicar que “não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo

texto" (ALÍPIO SILVEIRA, in *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, I, pp. 222/223).

Do contrário, estar-se-ia admitindo a possibilidade de haver *absurdos* no texto constitucional. E, se assim não fosse, seria admissível que as interpretações, por mais sábias que fossem pudessem criar conseqüências outras que não defluíssem do próprio texto constitucional e implícitas no seu espírito e sistemática.

"Anterior e superior à palavra é a idéia de quem preceitua" advertem-nos o milenar *Direito Romano* (CELSO, *Digesto*, Liv. 33, Tit. 1.º, p. 7, § 2.º).

O intento que dita a norma, qual seja, a sua *auto-executoriedade*, dispensando qualquer título legal hábil, requer, portanto, possa ser utilizada pelos interessados, sem necessidade de qualquer intervenção legislativa para dar-lhe operacionalidade. A disposição do inciso VI do art. 5.º é *comando completo*, cujas palavras se entrosam com o seu espírito, num sentido unívoco, e a interpretação chega a ser meramente *declarativa* e incondicionada à edição de lei para a sua execução.

Assim como seria nula, inexistente, norma ordinária versando matéria que devesse ser regulada por lei complementar, nenhum efeito prático teria "regulamentar" o citado dispositivo constitucional, já "regulamentado" pelo Código Penal. Este, em verdade, *apenas sanciona* conduta ilícita típica, garantindo o direito à inviolabilidade dos cultos. O Código é o *veículo legal da proteção a um direito de aplicação imediata*, não dependente de qualquer regulamento para o seu pleno exercício.

Quando a Constituição vigente sentencia que "lei punirá", "lei regulará", "lei disporá" ou "na forma da lei", cabe ao intérprete verificar, repetimos, se legislação anterior que com ela não colide existe, e, portanto, vige, atendida estando a exigência de "regulamentação", mesmo que o texto constitucional posterior não tenha reproduzido o dispositivo, como extraímos da lição de Carlos Medeiros Silva. Com maior cuidado, incumbe ver se o dispositivo é, apesar da sua redação, *bastante em si mesmo*. Aí, com maior razão há de se desprezar a referência ao regulamento, *stricto sensu* ali colocada por defeito de técnica legislativa, tecnicamente desnecessária. O Direito Penal é completamente independente, por razões formais e finalísticas, por motivos substanciais ontológicos e *funcionais*, cujo caráter sancionatório se verifica *propter maleficium*. O mesmo diga-se das prescrições civis relativas ao restabelecimento do equilíbrio social violado pelo dano, à restauração do *statu quo ante*, que não importam em *regulamentação* do comando constitucional de que se trata.

V — Conclusão

O Direito Penal estatuiria sanções para a violação de preceitos ou atentado a direitos contidos em outras áreas do ordenamento, como é o

caso, assumindo um “caráter acessório”, com a precedência lógica do Direito Constitucional. Regulamentar, porém, não o seria.

Recordemos, aqui, a regra inscrita na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2.º):

“Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a *modifique* ou *revogue*.” (Grifamos.)

Logo, as normas existentes e vigorantes são de aplicação pacífica, sem solução de continuidade, tendo em vista a subsistência de legislação anterior, não revogada pela atual Carta e pelas que lhe antecederam.

A babel legislativa gera incerteza nas relações jurídicas, provocando o que o Deputado GERALDO GUEDES chamou de “verdadeiro festival de leis” (DCN — Seção I, edição de 14-4-71, p. 150) em nosso País.

A Comissão de Juristas organizada pelo Ministro da Justiça, NEREU RAMOS, em 1956, alertou:

“Tudo indica que o prestígio do Congresso se reforçará na opinião pública desde que sua tarefa legiferante se apresente, em condições de atender, a tempo e a hora, as soluções legais reclamadas pelo corpo social.”

O Dr. FERNANDO GIUBERTI NOGUEIRA, ex-Orientador de Pesquisas Legislativas do Senado Federal, em trabalho publicado na *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal (n. 30 — 1971, pp. 149 a 178), diz com propriedade:

“A legislação agigantou-se, tornando-se progressivamente tumultuária. Transformou-se em imensa floresta, capaz de desorientar até o mais operoso e documentado dos juristas. *Ao lado das velhas surgiram as novas leis, ambas coexistindo numa promiscuidade anárquica.* A velocidade dos acontecimentos instalou produção em série, sendo que cada vez menor cuidado passou a ser dispensado à elaboração legislativa.”

“O processo legislativo, na acepção ampla e atual do termo, alcança, também, em suas malhas tentaculares, os provimentos menores, que desdobram e desenvolvem, na antesala do flagrante da execução, as normas básicas enunciadas nos provimentos maiores. A co-participação no processo legislativo *lato sensu* se estende, solidariamente, de um a outro extremo dos atos que se endereçam à efetivação da norma legal.”

Urge, pois, reformar-se o Parlamento, desacelerando o ritmo de elaboração das leis e sistematizando, assim, o processo legislativo que a inconvenientes e prejuízos nos leva, com tantos paralelismos e duplicidades.

Quinto Constitucional dos Tribunais de Alçada e Acesso aos Tribunais de Justiça na Constituição de 1988

XAVIER DE ALBUQUERQUE
Ministro aposentado, ex-Presidente do
Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

I — Objeto do estudo. II — Evolução do problema e solução legislativa. III — Solução constitucional de questão. IV — Conclusão.

I — Objeto do estudo

1. Entre os princípios que impôs à organização do Poder Judiciário e mandou observar pelo Estatuto da Magistratura, o inciso III do art. 93 da Constituição de 1988 estatuiu o seguinte:

“III — o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem.”

Em alguns Estados da Federação nos quais há Tribunal de Alçada, o Tribunal de Justiça expediu ato normativo destinado, entre outros fins, a implementar o princípio constitucional.

2. No Estado do Paraná, foi baixado o Assento n.º 4/88, de 25-11-88, em cujo art. 3.º, parágrafo único, ficou estabelecido o seguinte:

“Art. 3.º — (...)

Parágrafo único — O preenchimento das vagas destinadas ao quinto constitucional que ocorrerem no Tribunal de Justiça, será efetivado através de promoção dos Juizes integrantes do Tribunal de Alçada, ali representantes do Ministério Público e

dos advogados, obedecidos os critérios de antigüidade e merecimento e as condições neste Assento contempladas.”

3. No Estado do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça editou o Assento Regimental n.º 5/89, de 16-2-89, exclusivamente destinado a dispor sobre a matéria. Seus arts. 1.º a 3.º tomaram esta redação:

“Art. 1.º — Nos casos de vaga de Desembargador oriundo do Ministério Público ou da Advocacia, os juízes integrantes do quinto constitucional do Tribunal de Alçada terão acesso ao Tribunal de Justiça, observados os critérios de antigüidade e merecimento (art. 93, III, da Constituição da República).

Art. 2.º — No caso de vaga a ser preenchida pelo critério de antigüidade, terá acesso o juiz mais antigo da respectiva classe de origem, observado o disposto no art. 93, II, *d*, da Constituição da República.

Art. 3.º — No caso de vaga a ser preenchida pelo critério de merecimento, caberá ao Tribunal de Justiça elaborar a lista.”

4. Também no Estado de São Paulo, o Conselho Superior da Magistratura, visando a disciplinar o sistema de promoções para o Tribunal de Justiça e para os Tribunais de Alçada, expediu o Provimento n.º 349, de 14-12-88, em cujo art. 5.º, *caput*, assim dispôs:

“Art. 5.º — Nos concursos de promoção para o Tribunal de Justiça, respeitar-se-á sempre a classe de origem dos candidatos, de tal forma que, para vaga de Desembargador provindo da Magistratura de primeira instância, só poderão concorrer juízes de carreira, ao passo que, para vaga de Desembargador do quinto constitucional, só poderão concorrer Juízes oriundos do Ministério Público ou da classe dos Advogados.”

5. Sucedeu que os dois primeiros desses atos normativos — o do Paraná, e o do Rio Grande do Sul —, relativamente às normas postas em destaque pelas transcrições há pouco feitas, tiveram sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

A norma paranaense faz objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 27, proposta pelo Procurador-Geral da República sob provocação de membros do Ministério Público estadual, e também da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 29, intentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual igualmente se argüi a inconstitucionalidade das normas sul-rio-grandenses. São seus relatores, respectivamente, os eminentes Ministros Célio Borja e Aldir Passarinho.

6. Nem sempre coincidem, numa e noutra dessas argüições de inconstitucionalidade, os fundamentos que as embasam. Nelas sobressaem, todavia, uns poucos que, ou lhes são comuns, ou aparentam maior consistência.

Diz-se, assim, que as normas impugnadas colidem com o art. 94 e seu parágrafo único da Constituição, que dispõem genericamente sobre a integração, na composição dos Tribunais e por um quinto dos lugares, de membros do Ministério Público e advogados, uns e outros indicados em lista sextupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, lista que, reduzida a tríplice pelo órgão judiciário, é enviada, para nomeação de um de seus integrantes, ao Poder Executivo. A colisão, nessa linha de entendimento, traduz-se pelo comprometimento das prerrogativas, quer dos órgãos de representação das duas classes, relativamente à elaboração da lista sextupla, quer do Poder Executivo, quanto à escolha para nomeação de um dos integrantes da lista tríplice. Também a exprime, na opinião do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a inobservância do requisito de mais de dez anos de carreira (para o membro do Ministério Público) ou de efetiva atividade profissional (para o advogado), requisito que feita a juiz de Tribunal de Alçada ocupante de lugar afetado ao chamado quinto constitucional. Neste ponto, o argüente invoca o art. 100, § 4.º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

7. Para responder à argüição de inconstitucionalidade da norma contida em seu Assento n.º 4/88, prestou informações, elaboradas pelo ilustre Professor E. D. Moniz de Aragão, a pedido do seu Presidente, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Em mais de vinte substanciosas laudas, o importante documento repele os fundamentos que lhe dão arrimo e sustenta, conclusivamente, a perfeita compatibilidade entre a Constituição e a norma impugnada, voltada, de resto, para a cabal observância da cláusula final do inciso III do art. 93 do estatuto político.

8. Também prestou informações, em defesa da constitucionalidade do seu Assento Regimental n.º 5/89, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

II — *Evolução do problema e solução legislativa*

9. O chamado quinto constitucional foi inovação da Constituição de 1934, mas o problema sob exame somente começou a despontar, onde e quando, segundo a permissão da Constituição de 1946, se criaram — com a denominação, que se consagrou e foi perfilhada pela Emenda Constitucional n.º 16/65, de Tribunais de Alçada — “tribunais de alçada inferior à dos Tribunais de Justiça” (art. 124, II, na redação primitiva).

Muitas foram as vicissitudes por que passaram a criação desses Tribunais de Alçada e, principalmente, sua inserção, congruente com os princípios gerais traçados pela Constituição Federal, na estrutura de cada Poder Judiciário estadual. Foram elas relembradas no Plenário do Supremo

Tribunal Federal, em votos dos saudosos Ministros Barros Monteiro e Rodrigues Alckmin, quando do julgamento conjunto, a 13 de dezembro de 1972, das Representações n.ºs 879 e 881 (RTJ 67/630 e RTJ 66/631). No estudo já mencionado, que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná adotou como suas próprias informações para instruírem o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, o Professor Moniz de Aragão valeu-se desses votos e os complementou, enriquecendo-lhes a reconstituição histórica.

10. Entre essas dificuldades, sobrelevou a do tratamento a ser dado aos juizes dos Tribunais de Alçada, neles integrados como ocupantes de lugares afetados ao quinto constitucional, para os fins de acesso ou promoção que deversem ter para lugares de natureza correspondente, que se vagassem nos Tribunais de Justiça.

Na solução dessa dificuldade, parece caber ao Estado de São Paulo a precedência. Sobre ela, assim depôs no referido voto o pranteado Ministro RODRIGUES ALCKMIN (RTJ 66/648 — grifos acrescentados):

“Pensou-se, então, numa solução que não repugnava ao texto constitucional e que parecia conciliar todas as dificuldades, fazendo que os Tribunais de Alçada fossem, realmente, Tribunais de alto nível e pudessem permitir o acesso ao Tribunal de Justiça. Fez-se, na interpretação da Constituição, possível a promoção dos juizes dos 4/5 do Tribunal, que são de carreira, por antiguidade e por merecimento ao Tribunal de Justiça. E, quanto aos juizes que vierem do quinto constitucional, juizes oriundos do Ministério Público e da advocacia, poderiam eles, a par de outros que têm a mesma experiência específica de advogados e promotores, galgar o Tribunal de Justiça, no quinto reservado aos membros da advocacia e do Ministério Público.”

11. A solução paulista foi adotada em outros Estados, e tal adoção, precisamente, deu motivo às representações de inconstitucionalidade antes referidas (n.º 9, retro, segundo parágrafo). Na Representação n.º 879, a norma impugnada figurava no Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul e permitia que os juizes do Tribunal de Alçada, integrantes do quinto, concorressem ao preenchimento de vaga da mesma natureza no Tribunal de Justiça. Semelhantemente, fez objeto da Representação n.º 881, norma de organização judiciária do Estado de Minas Gerais, segundo a qual os juizes do Tribunal de Alçada que nele compusessem o quinto, conservariam, para efeito de preenchimento do cargo de Desembargador, a categoria com que houvessem ingressado naquele Tribunal.

No referido julgamento conjunto dessas duas representações, o Supremo Tribunal Federal deu beneplácito e livrou da pecha de inconstitucional à fórmula paulista que, naquela altura, também se naturalizara gaúcha e mineira.

Nosso voto naquelas deliberações, acompanhado pelos dos saudosos Ministros Oswaldo Trigueiro e Aliomar Baleeiro, restou vencido. Pareceu-nos impossível contemporizar — à falta de norma especial que, no texto constitucional de então, lhe excepcionasse a incidência — com a desobediência, que a solução ali discutida importava, àquela que exigia o requisito do efetivo exercício da advocacia ou da função ministerial.

Em meio ao vivo debate que nosso voto provocou, no qual vários ministros intervieram em defesa da fórmula que combatíamos, insistiu o saudoso Ministro Barros Monteiro em que ela era a solução melhor. Retrucou-lhe, com acuidade proverbial e, a bem dizer, profeticamente, o pranteado Ministro Oswaldo Trigueiro (*RTJ* 66/651): “É outro problema, que ao constituinte cabe resolver”.

12. Durante algum tempo, após os mencionados acórdãos do Supremo Tribunal Federal, esteve pacificada a questão. Advindo, porém, em 1977, a Emenda Constitucional n.º 7, que previu sua edição por lei complementar, e, em 1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, viu-se ela, por obra desta última, profundamente afetada. Sucedeu que o legislador complementar federal, diante de disciplina constitucional que, no pertinente, não sofrera alteração, entendeu de lhe dar desate contrário ao que, adotado pelos legisladores gaúcho e mineiro, fora placitado pela Corte Suprema.

A solução legislativa dada ao problema ficou, então, assim lançada no § 4.º do art. 100 da referida Lei Orgânica (Lei Complementar n.º 35, de 14-3-79):

“§ 4.º Os juizes que integrem os Tribunais de Alçada somente concorrerão às vagas no Tribunal de Justiça correspondentes à classe dos magistrados.”

13. No entretanto, o Estado do Rio de Janeiro instituíra, pela Resolução n.º 1, de 21-3-75, do seu Tribunal de Justiça, Código de Organização e Divisão Judiciárias cujo art. 167, parágrafo único, sobre definir como cargos isolados dos tribunais de alçada os destinados aos advogados e membros do Ministério Público, assegurava aos seus ocupantes “o direito de concorrer ao cargo de desembargador, na composição das listas tripliques para o preenchimento das vagas correspondentes às classes de que provieram”. Tratava-se, à evidência, de outra naturalização, agora como fluminense, da antiga solução paulista.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por sua Seccional no Estado, arguiu a inconstitucionalidade dessa norma e pediu ao Procurador-Geral da República que submetesse a arguição ao Supremo Tribunal Federal. E o Chefe do Ministério Público da União, inobstante os dois precitados acórdãos da Suprema Corte, que davam respaldo ao dispositivo impugnado, mas levando em conta “ter o Projeto da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em tramitação no Congresso Nacional, consagrado justamente

a posição contrária à firmada pelo Excelso Pretório, aliada à circunstância da substancial alteração na composição deste Egrégio Tribunal" deu curso à arguição que se converteu na Representação n.º 1.006 (RTJ 93/460), da qual foi Relator o eminente Ministro Leitão de Abreu. A justificativa acima aspeada consta do parecer final emitido pelo Procurador-Geral e figura na p. 470 da publicação indicada.

No julgamento dessa nova representação, o Supremo Tribunal Federal fez cabal reexame da questão constitucional e, na real verdade, submeteu a revisão, posto debilitada pela dissidência de quatro respeitáveis votos vencidos, seus dois julgados anteriores. A maioria, que ali passamos a integrar, entendeu que a norma impugnada — e, conseqüentemente, a solução nela adotada para a questão — não se compatibilizava com a Constituição. A esta, ao invés — salientou o voto do Relator (RTJ 92/481) —, dera correta interpretação o prefalado art. 100, § 4.º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

14. Nos quase dois lustros que se seguiram ao julgamento da Representação n.º 1.006, outros acórdãos lhe reiteraram a diretriz (RE 100.554, RTJ 113/1.264, e RE 108.571, DJ 23-9-88, Ement. 1.516-5, p. 968).

Pode concluir-se, portanto, que a solução legislativa dada à questão pelo legislador complementar de 1979 e legitimada pela mais recente jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal, prevaleceu até quando o constituinte de 1987/1988, estimulado pela polêmica incessante que ela envolve e sensibilizado por uma de suas vertentes, optou por lhe dar solução diversa, repristinadora da velha fórmula paulista.

Aí encontrou seu desfecho a observação vaticinante do saudoso Ministro Oswaldo Trigueiro (n.º 11, retro, quarto parágrafo, *in fine*).

III — Solução constitucional da questão

15. A controvérsia sobre o problema nunca cessou de angustiá-lo, assim nas contendas judiciais como nos estudos legislativos, com defensores de uma e outra das duas opostas soluções, isto é, da que São Paulo adotou e exportou para outros Estados federados, placitada pela jurisprudência entre fins de 1972 e meados de 1979, e da que prescreveu a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que desde então ela também legitimou.

Pela primeira, propugnaram respeitáveis manifestações.

Quando ainda se realizavam, em 1974, sob a coordenação do Presidente do Supremo Tribunal Federal, estudos voltados para a anunciada reforma do Judiciário, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aprovou e lhe ofereceu sugestões nas quais, entre muitos pontos, propunha a persistência da vinculação dos juízes do quinto constitucional do Tribunal de Alçada à respectiva origem representativa, de modo a poderem ascender ao Tribunal de Justiça em vagas correspondentes (v. Revista *Ajuris*, 2/5-15, 11-12 e 15).

Concluídos tais estudos, e encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição que ali tomou o n.º 29, de 1976, ofereceram-se emendas, no âmbito do Parlamento, que também advogavam semelhante solução. Na Emenda n.º 52, o Senador Franco Montoro propôs que o art. 129, III, da Constituição, passasse a conter o seguinte preceito (v. Suplemento ao *Diário do Congresso Nacional* de 5-12-76, p. 40):

“O preenchimento dos cargos de Desembargador do Tribunal de Justiça somente pode ser feito por juiz de Tribunal de Alçada, onde os houver, observada, com relação ao quinto reservado a advogados e membros do Ministério Público (art. 118), a condição com que ingressaram no Tribunal de Alçada.”

Em linha coincidente, a Emenda n.º 187, de autoria do Senador Otto Lehmann, buscou dar esta redação ao art. 144, IV, da Constituição (v. Suplemento cit., p. 104):

“IV — na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão, respectivamente, preenchidos por representantes da mesma origem, e com eles concorrerão, para acesso ao Tribunal de Justiça, os que, em razão de origem idêntica, sejam membros de tribunais de menor alçada.”

Opinando sobre tais propostas, disse o Relator da matéria, Senador ACCIOLY FILHO, quanto à primeira, que

“a emenda vincula a promoção ao Tribunal de Justiça à passagem pelo Tribunal de Alçada, o que é de ser acolhido, valendo o mesmo para a ascensão dos magistrados oriundos de advocacia e do Ministério Público e a proporção a respeitar-se entre antiguidade e merecimento” (v. Avulso do Congresso Nacional sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º 29, de 1976, p. 31).

Relativamente à segunda, manifestou-se por sua aprovação parcial, mas ressaltou que as idéias que dela aproveitava se haviam transposto para o Substitutivo que ofereceu (v. Avulso cit., p. 50). Assim se deu, com efeito, pois o Substitutivo do Relator destinou a seguinte redação para o art. 144, IV, da Constituição (v. Avulso cit., p. 68):

“IV — na composição de qualquer tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Onde houver Tribunal de Alçada, as vagas do Tribunal de Justiça de que trata este inciso serão preenchidas

com nomes escolhidos dentre os ocupantes dos lugares, a eles correspondentes, do Tribunal de Alçada.”

Os eventos políticos do começo de 1977, que desaguarão na decretação do recesso do Congresso Nacional e na outorga da Emenda Constitucional n.º 7, comprometeram o exame, que ali se fazia, das modificações constitucionais em pauta. Não fora isso, bem poderia ter sobrevivido desde logo a solução constitucional que somente em 1988 se viria a consagrar.

16. Mais tarde, como já foi dito, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional o projeto da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e nele introduziu disposição que se viria a converter na solução legislativa de 1979, versada no capítulo precedente. Na Exposição de Motivos EM/GM/0185, de 26-5-78, com que apresentou o projeto ao Chefe da Nação, deu-lhe realce o Ministro da Justiça, nestes termos (Leis Complementares à Constituição Federal. Senado Federal, vol. 3, 1985, p. 1052):

“Assim, o art. 96, § 4.º, a prescrever que concorrem, os juízes integrantes dos Tribunais de Alçada, para acesso ao Tribunal de Justiça, somente às vagas correspondentes à classe dos magistrados, com o que se visa a pôr fim à discussão sobre se os juízes daqueles tribunais, nomeados dentre advogados e membros do Ministério Público, podem ter acesso ao Tribunal de Justiça em vaga reservada a magistrado ou somente em vaga deixada por representante das classes dos advogados e do Ministério Público.

A norma pretende guardar fidelidade ao sentido da Constituição, art. 144, IV, em que os juízes componentes dos Tribunais de Alçada concorrem às vagas, no Tribunal de Justiça, correspondentes à classe dos magistrados. Não podem os juízes concorrer às vagas do quinto constitucional, ainda que, para integrarem o Tribunal de Alçada, hajam sido recrutados dentre os advogados ou membros do Ministério Público, pois a Constituição estabelece estejam no efetivo exercício da profissão, ou do cargo na carreira do Ministério Público, à época da escolha e da nomeação, aqueles que ocuparão, em qualquer tribunal de segundo grau de jurisdição, os lugares reservados a advogados e membros do Ministério Público.”

No curso da tramitação legislativa, o projeto não deixou de sofrer, no particular, a censura dos partidários da solução oposta à que nele se adotava, nem escapou das tentativas de sua substituição.

Relatando-o, com efeito, perante a Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados, o Deputado RUY CÓDO lhe opôs aberta crítica:

“Outra norma” — escreveu (Leis Complementares... cit., p. 1074) — “que se afasta do interesse público, para servir ao

pessoal, individual, está no § 4.º do mesmo art. 96. Dado que o 'quinto' dos Tribunais de Alçada não provém da carreira porque o ingresso nesta só se faz nos cargos iniciais e por concurso público de provas e títulos (Constituição, art. 144, I), os seus integrantes não poderão vir a ocupar no Tribunal de Justiça os lugares destinados 'à classe de magistrados'. Em recentes julgamentos, o Supremo Tribunal Federal consagrou a legitimidade, face à Constituição, da transferência dos representantes do 'quinto' para os correspondentes lugares no Tribunal de Justiça. Logo se vê que o preceito ora criticado visa a atender interesses pessoais, que não lograram impor-se no julgamento da mais alta Corte constitucional da Nação."

Por outro lado, emendas foram propostas ao dispositivo projetado, para lhe dar sentido contrário ao objetivado pelo Poder Executivo. Referiu-as, em parecer como Relator na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o Senador HELVÍDIO NUNES que, sobre a Emenda n.º 70, de autoria do Senador FRANCO MONTORO, assim opinou (Leis Complementares... cit., pp. 1121-1122):

"Os novos §§ 4.º e 5.º visam à conservação da condição de origem, quanto aos magistrados provenientes do Ministério ou da advocacia, em obediência ao quinto constitucional, para efeito de preenchimento de suas vagas, ou de remoção ou promoção (§ 4.º), bem como a aplicação do mesmo princípio aos Juizes dos Tribunais de Alçada (§ 5.º).

Sobre a matéria há duas posições, ambas perfeitamente defensáveis: a consubstanciada, no projeto, que não admite concorram os juizes do TA oriundos do MP e da advocacia, às vagas do quinto no TJ e a que, ao contrário, sustenta só a estas poderem aqueles concorrer.

A matéria já foi apreciada por duas vezes pelo STF, que se pronunciou pela constitucionalidade das leis de Organização Judiciária, que consagram o último critério (Rep. n.ºs 881 — MG, e 879 — RS), decisões, porém, tomadas por maioria, após amplo debate como se pode ver das cópias anexas desses julgados. Há razões ponderáveis a favor das duas correntes.

(...)

Vale lembrar que o Procurador-Geral da República, acolhendo representação do Conselho Seccional da OAB do Rio de Janeiro, acaba de ingressar, através de ação direta de inconstitucionalidade, no STF, visando a declarar a inconstitucionalidade do artigo do Código de Organização Judiciária do Rio de Janeiro, que consagra o segundo critério.

Seria, assim, conveniente manter o projeto, ajustando-o, na sua tramitação, ao que vier a decidir o STF, pois de nada valeria consagrar na LOMAN posição contrária, que poderia, em seguida, vir a ser declarada inconstitucional.”

O mesmo Relator também apreciou a Emenda n.º 73, de autoria do então Senador, hoje eminente Ministro PAULO BROSSARD, dizendo (id. id., p. 1122):

“A emenda dá nova redação ao item 4.º do art. 96, nestes termos: “os Juizes que integram os Tribunais de Alçada na condição de classistas do Ministério Público e advogados concorrerão dentro de suas respectivas classes de origem, quando nelas houver vaga nos Tribunais de Justiça.”

Como a Emenda n.º 70, pelas mesmas razões, deve esta emenda ser rejeitada.”

17. Ora, mantida a efervescência latente que a polêmica matéria não deixa esvaecer-se, não foi de causar surpresa que, na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, haja saído vencedora a corrente que ficara frustrada em 1976/1977, quando o Congresso Nacional examinava proposta de Emenda Constitucional voltada para a Reforma do Judiciário, e vencida em 1978/1979, quando elaborava a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Se a vitória dessa corrente lhe houvesse sorrído nesta segunda oportunidade, sem que nenhuma alteração se fizesse, simultânea e correspondentemente, no próprio texto constitucional, teria tido fugaz duração, pois o Supremo Tribunal Federal — como temeu, aliás, em seu parecer de Relator na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o Senador Helvídio Nunes (n.º 16, retro, penúltimo parágrafo) — haveria de declarar a inconstitucionalidade da norma que a tivesse consagrado. Muito diverso é o êxito que ela vem de recolher recentemente na Assembléia Nacional Constituinte. Agora, a norma que o exprime inscreve-se na própria Constituição.

Posto traduzida em fraseado nem sempre coincidente, é seguramente a mesma, a idéia que essa corrente vem advogando de longa data e que, finalmente, logrou fazer prevalecer na nova Constituição.

Dizia a norma gaúcha, impugnada na Representação n.º 879, que os juizes de alçada, integrantes do quinto, poderiam concorrer ao preenchimento de vaga da mesma natureza no Tribunal de Justiça (n.º 11, retro). A mineira, objeto da Representação n.º 881, rezava que os mesmos juizes, para o efeito de promoção ao cargo de Desembargador, conservariam a categoria que lhes houvesse propiciado o ingresso no Tribunal de Alçada (id. id.). E a regra fluminense, cuja inconstitucionalidade foi declarada na Representação n.º 1.006, assegurava-lhes o direito de concorrerem ao cargo de desembargador para o preenchimento das vagas correspondentes às classes de que proviessem (n.º 13, retro). É indiscutível que, na raiz de todas elas, inseria-se a mesma idéia matriz.

Foi na derradeira delas, a fluminense, que figurou, quiçá pela vez primeira, a noção de classes de proveniência (“classes de que provieram”), com significado perfeitamente igual à de classe de origem, agora utilizada pela Constituição. Logo depois, a origem idêntica referiu-se à emenda do Senador Otto Lehmann (n.º 15, retro, quarto parágrafo), ao passo que, dois anos mais tarde, a do Senador Franco Montoro aludiu a condição de origem (n.º 16, retro, quarto parágrafo). Por fim, reportou-se a emenda do então Senador, hoje eminente Ministro Paulo Brossard, não menos que às classes de origem (id. id., quinto parágrafo), com as mesmas palavras e no mesmo sentido em que também o faz a nova norma constitucional.

Não parece possível, portanto, duvidar-se do que quer a Constituição, no inciso III, segunda parte, do seu art. 93. Ela quer, indubitavelmente, que, onde houver Tribunal de Alçada, ele constitua estágio necessário e universal para acesso ao Tribunal de Justiça, no qual as vagas ocorrentes serão sempre preenchidas por juizes dele provindos e de acordo com a classe de origem. Juizes de alçada provindos da carreira iniciada em primeiro grau, concorrerão a vagas de desembargador destinadas à sua classe, ao passo que aqueles oriundos da advocacia, ou do Ministério Público, disputarão as reservadas, por igual, às classes respectivas.

A Constituição, a bem dizer — como salientou o Professor Moniz de Aragão, nas informações que elaborou a pedido do Tribunal de Justiça do Paraná —, instituiu, nos Estados onde exista Tribunal de Alçada, carreira diferenciada, ou segmento dela, para a magistratura do chamado quinto constitucional. No passado, ao votarmos no julgamento conjunto das Representações n.ºs 879 e 881 (n.º 11, retro), tendo presentes as normas constitucionais então imperantes, tachamo-la de esdrúxula. Agora, contudo, consagrou-a a Constituição e, por isso, *tollitur quaestio*.

18. Aliás, para a doutrina que se deu pressa em versá-la, a inteligência da norma constitucional não enseja discepções.

“Os advogados e membros do Ministério Público” — escreveu sobre ela ORLANDO DE ASSIS CORREA (*Nova Constituição Anotada*, 1989, p. 72) — “que integrarem Tribunais de Alçada não perderão sua condição de classistas, para efeito de promoção ao Tribunal de Justiça.”

Na opinião de Wolgran Junqueira Ferreira (*Comentários à Constituição de 1988*, vol. 2, 1989, p. 701), observar a classe de origem significa que “se a vaga no Tribunal de Justiça decorreu de aposentadoria do quinto dos advogados ou do Ministério Público, há que se preenchê-la com procuradores ou membros do Tribunal de Alçada do quinto do Ministério Público ou de advogados, dependendo da classe de origem”.

“A seguir” — entende, por sua vez, JOÃO BOSCO CAVALCANTI LANA (*Comentários à Constituição Federal*, 3.º vol., 1989, p. 58) — “se cuida do acesso aos tribunais de segundo grau, mantidos os critérios anteriores com a inovação de

que a apuração se fará na última entrância, mas, obrigatoriamente passando pelo Tribunal de Alçada, onde o houver, acrescentando-se, por força da existência do quinto constitucional dos tribunais, reservado tradicionalmente aos advogados e ao Ministério Público, a vinculação do candidato à promoção à classe de origem, isto é, a dos juizes de carreira, a dos advogados ou a do Ministério Público."

Finalmente, em monografia dedicada ao tema "O Poder Judiciário e a Nova Constituição", 1989, depois de registrar que a alusão final a classe de origem, contida no preceito em questão, "solveu antiga controvérsia (p. 32), o Professor ALCIDES MENDONÇA LIMA referiu-se ao julgamento da Representação n.º 1.006 (n.º 13, retro) e concluiu (p. 33):

"A tese vencedora, por último, no Supremo Tribunal Federal, não foi acolhida pela atual Constituição, solvendo a *vexata questio*, com diretriz que, aliás, sempre combatemos, inclusive em estudo divulgado pela imprensa.

Daqui por diante, por texto expresso, o advogado e membro do Ministério Público, integrantes do "Alçada", deixaram de ter direito ao acesso para o "Justiça" em igualdade de condições com seus colegas no órgão, os juizes de carreira, em vaga de qualquer desembargador, para levar em conta a origem classista, com o fim de preencher a vaga da mesma estirpe. O último julgamento do Supremo nem chegou a prevalecer com a vigência desta Constituição."

19. A semelhante inteligência, não oferece embargo o disposto no art. 94 da mesma Constituição. Contém ele, regra geral compósita que, porque excepcionada pela regra especial em apreço, somente tem incidência integral, relativamente ao Tribunal de Justiça, naqueles Estados, que constituem a maioria, em que não haja Tribunal de Alçada. Havendo-o, o inciso III, parte final, do art. 93 preexclui as normas do art. 94 relacionadas com o requisito de dez anos de carreira ou de efetiva atividade profissional, e com as prerrogativas dos órgãos de representação dos advogados e dos membros do Ministério Público, de indicação em listas sêxtuplas, bem assim do Poder Executivo, de escolha e nomeação.

Harmonizam-se, dessarte, ao invés de colidirem, as preferidas disposições constitucionais.

IV — Conclusão

20. Isto posto, opinamos no sentido de que são constitucionais, ao contrário do que se argüi nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 27 e 29, ora pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal, as normas ali impugnadas e expedidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e do Rio Grande do Sul.

A Constituição de 1988: um Mito para Resgatar

SÍLVIO DOBROWOLSKI
Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª
Região

THE HOLLOW MEN

We are the hollow men
We are the stuffed men
Leaning Together
Headpiece filled with straw (T. S. ELLIOT).

SUMÁRIO

1. *Explicação inicial.* 2. *Constituição: conceitos.* 3. *Uma Constituição no papel?* 4. *A erosão do sentimento constitucional, no Brasil.* 5. *Um mito para resgatar.* 6. *Bibliografia.*

1. *Explicação inicial*

Nos últimos dias do mês de julho de 1989, o Instituto Brasileiro de Direito Constitucional realizou, na cidade de São Paulo, o Décimo Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, sob o tema "Quase um ano de Constituição".

Os palestrantes e debatedores, Professores de Direito Constitucional, Ministros dos Tribunais Superiores, juizes, promotores e advogados, dissecaram, com minúcia, os aspectos mais importantes da Carta e da sua prática, desde sua promulgação.

As manifestações apresentadas direcionaram-se, infelizmente, em um sentido de preocupante dúvida sobre o cumprimento do texto de outubro. Muitos dos oradores demonstraram ver frustradas as esperanças de reconstrução nacional, advindas com a edição da Lei Maior. A exequibilidade

de suas normas, a efetiva intenção em cumpri-las e dar os meios para atuarem concretamente, e a permanência de antigas práticas contrárias aos seus preceitos, foram aspectos ressaltados em mais de um discurso.

A partir dessas observações, buscou-se examinar o assunto, para dar contribuição pessoal ao tema, ainda que limitada à mera recolha de dados.

A exposição do tema será iniciada a partir do delineamento dos possíveis sentidos e adjetivações que se sói dar ao vocábulo Constituição, nos usos sociológico, político e jurídico. Passar-se-á, em seguida, à descrição do atual momento constitucional brasileiro, com exposição resumida das vicissitudes encontradas na concretização dos dispositivos da Lei Maior. O levantamento das conseqüências, para a vivência nos campos social e político do País, constitui o tópico seguinte. O trabalho deságua na tentativa de prescrever os rumos a serem tomados.

2. *Constituição: conceitos*

Em sentido amplo, constituição é o modo de ser ou a estrutura de alguma coisa. Toda sociedade possui convicções compartilhadas entre seus membros e padrões de conduta aceitos pela maioria. Esses elementos compõem a *Constituição em sentido amplo*, que Aristóteles denominava de "politeia" (LOEWENSTEIN, 1979:150).

Na acepção referida, todo grupo social possui Constituição. Pode-se falar, como conceito assemelhado, em *Constituição em sentido material*, quer dizer, a composição fática das forças sociais, políticas, econômicas e ideológicas, conformando a estrutura ou o específico modo de ser da sociedade estatal.

Para a presente exposição, importam os conceitos de Constituição sob o enfoque jurídico.

Convém recordar que, nesse sentido, a Constituição se prende à passagem do fundamento da obediência ao poder político. Após a fase mítica, em que os governantes eram aceitos como representantes ou encarnações do sobrenatural, buscou-se uma fundamentação racional, capaz de justificar a voluntária submissão à autoridade, em lugar da anterior, puramente emotiva. Tal aspiração cristalizou-se na indispensável concordância quanto a certas regras, destinadas a regular o acesso e o exercício do poder, bem como a assegurar uma esfera de autonomia dos indivíduos. A esse corpo de normas jurídicas destinadas a dar os fundamentos do Estado, denomina-se *Constituição em sentido substancial*.

Cumpra assinalar, com LOEWENSTEIN, que toda Constituição apresenta dupla significação: a de liberar os governados do controle social exercido de maneira absoluta pelos governantes e a de demarcar a esfera de participação, daqueles, no processo do poder político (LOEWENSTEIN,

1979: 150). Essa última acepção compreende, portanto, as regras que determinam a estrutura do Estado, a distribuição das funções estatais (separação ou divisão de poderes), o acesso a esses lugares, bem ainda os direitos dos indivíduos e as garantias fundamentais.

*Necessário acrescentar que o advento do Estado Social, na atual centúria, acresceu às funções estatais a de promover a justiça social, passando-se a admitir não apenas direitos humanos formais, como os do figurino liberal, para que se exigia a abstenção do Estado quanto à esfera reservada ao indivíduo, mas direitos a uma concreta realização, corrigindo as diferenças de nível sócio-econômico mais gritante, por meio de prestações e de ativa intervenção estatal. A esses novos direitos reservou-se a denominação de *direitos sociais*. A par e em razão deles, a Constituição passou a conter normas limitadoras do exercício do poder político e de todos os outros poderes disseminados pelo ambiente social, de ordem econômica, cultural e psicossocial, transformando-se em Constituição de toda a sociedade.*

Por último, com a difusão da forma escrita, adotadas certas solenidades para elaborá-la, fala-se em *Constituição formal*. Sob o aspecto jurídico é o sentido de maior relevância, porque ela representa a base, o fundamento da restante ordem jurídica a ela subordinada. São as regras enfeixadas nesse documento jurídico denominado de Constituição, mesmo que não versem matéria substancialmente constitucional. Atribui-se a elas a dignidade, a força vinculativa do ordenamento jurídico, reconhecidas à Constituição, como *norma fundamental*. Para isso, sua feitura e as posteriores alterações merecem um processo de elaboração mais solene, mais árduo do que o previsto para a legislação de nível inferior, a fim de lhe assegurar relativa estabilidade, impedindo modificações procedidas por meios legislativos comuns.

A Constituição é, portanto, documento em que se lançam os fundamentos da convivência social, delineando a estrutura do Estado pretendido pela sociedade e serve de ponto inicial e medida de validade do ordenamento jurídico. Esses efeitos só operam quando a Lei Magna for efetivamente vivenciada pelo grupo social a que se destina. Antes disso, será um mero pedaço de papel. Constituição é processo, a ser desenvolvido pelos governantes e, ainda mais, pelo povo.

Consoante a sua adequação à realidade, LOEWENSTEIN oferece mais uma classificação das Constituições. Para ele, uma Constituição pode ser meramente semântica, quando se constituir em disfarce capaz de manter a dominação de um grupo às custas da sociedade. Será nominal quando as condições sociais e econômicas, mormente a falta de uma educação política, não permitem a concordância entre as regras constitucionais e a vida social e política do povo. Enfim, a Constituição será normativa quando houver correspondência entre as normas e a realidade, isto é, quando regular, efetivamente, a convivência (LOEWENSTEIN, 1979:217/22).

3. Uma Constituição no papel?

Depois de um ano de promulgação, indaga-se sobre sua observância e efetiva posição como norma fundamental. Cumpre examinar se as suas normas vêm sendo cumpridas, a maneira como seus institutos ganham concretude e, em particular, a criação de mecanismos para poderem atuar, de fato, os programas, as regras orientadoras, os ideais nela expressos.

Muitos dispositivos constitucionais, a fim de se transformarem em realidade, pois são simples esquemas institucionais ou planos de ação, necessitam de leis que os desenvolvam e da reunião concertada de recursos de toda a ordem para iniciar-se a concretização dos seus programas.

Da segunda espécie de disposição constitucional é a do artigo 212, *caput*, assim concebido:

“A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

Já o art. 37, XI, exige uma lei ordinária para se afirmar, pois declara:

“a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;”.

Por sua vez, o artigo 184, tratando de reforma agrária, em seu § 3.º, pede lei complementar que deverá “estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação”.

Constata-se, com facilidade, ter sido muito pequena a emissão dessas medidas legislativas vivenciadoras da Constituição. Para não sair do Título II — Direitos e Garantias Fundamentais —, sem cuidar de enumeração exaustiva, podem-se listar as seguintes faltas:

- art. 5.º, LXXI: processo de mandado de injunção;
- art. 5.º, LXXII: processo do *habeas-data*;

— art. 7.º, XI: participação do empregado nos lucros e na gestão da empresa;

— art.7.º, XXI: aviso prévio proporcional;

— art. 14, *caput*, incisos I, II e III: plebiscito, referendo e iniciativa popular.

O jornal *Folha de S. Paulo* (1.º de outubro de 1989, p. A-8), sob o título "Avanços no setor social não saíram do papel", noticiou:

"Um ano após a promulgação da Constituição, a maior parte dos dispositivos inovadores, anunciados como grandes conquistas da sociedade brasileira, permanecem no papel, por falta de normas regulamentadoras. Em 12 meses, o Congresso Nacional aprovou 20 projetos que regulamentam a Constituição — menos de 10% do total necessário. Nesse ritmo, a regulamentação levaria dez anos. O presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, Nelson Jobim (PMDB — RS), considera tudo normal. Acha que a regulamentação estará pronta até 1998. "Estará concluída até o fim do século", acrescenta. (...)

O Palácio do Planalto editou 101 medidas em 12 meses e consumiu boa parte do tempo dos parlamentares. Na prática, governou por decreto-lei, porque 50 medidas provisórias acabaram transformadas em lei pelos congressistas."

No mesmo local, esse órgão da imprensa constatou, sob o título "Permanece o vazio legislativo":

"Um ano depois de promulgada a Constituição, permanece o vazio legislativo. Se a demora pode ser considerada natural, se a racionalidade é importante na elaboração das novas leis, algumas questões prioritárias não podem esperar o ano 2000. O Brasil ainda dispõe, por exemplo, dos mecanismos institucionais necessários para a defesa do Estado democrático. (...)

O fato é que não foi regulamentado o funcionamento do Conselho da República, órgão que deve se pronunciar nas hipóteses de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio e sobre "as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas"."

A 10 de outubro de 1989, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, acentuou:

"Pelo tempo curto, desde o advento da Constituição Federal e pelas notórias circunstâncias de uma quadra eleitoral de marcada significação aos destinos da Pátria, que lhe seguiu, é certo não

se alcançou, a esta altura, sequer visão universal, no plano dos fatos sociais, dessas mudanças normativas, algumas delas pendentes ainda de indispensáveis regras de integração dos respectivos sistemas de incidência.”

O processo legislativo ofereceu percalços e dúvidas quanto à exata compreensão das assim denominadas *medidas provisórias*. Estas mereceram inserção no art. 62 do texto de 5 de outubro, como segue:

“Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

Foi o instituto tomado de empréstimo à Carta da Itália e com ele se pretendeu reduzir a atribuição legislativa do Presidente da República, na ordem constitucional anterior, com os decretos-leis. Na Constituição de 1967, com a redação da Emenda n.º 1, de 1969, a faculdade em questão era limitada quanto às matérias sobre as quais podia ser exercitada: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos, consoante dispunha o respectivo art. 55.

No atual texto, inexistem esses limites, levando, p. ex., à edição de medidas como a de n.º 10 — a primeira emitida sob essa denominação, pois as nove primeiras resultaram de conversão de decretos-leis da ordem revogada, ainda não examinados pelo Congresso. Nela se dispôs sobre “a proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução” e, além de disposições de índole administrativa, trouxe descriminalização de fatos antes tipificados e a criação de outras figuras penais. Os assuntos ali tratados, mormente por se tratar de modificações na legislação vigente, muito dificilmente poderiam ser tidos como cercados de relevância e de urgência, a modo de justificarem a atividade legiferante do Executivo.

Em outros episódios, houve situações curiosas, como a do Presidente do Senado Federal restituindo autógrafos de medida legislativa, por entender sua matéria digna para regulamentação em decreto. Também o Executivo, em face da falta de pronunciamento pelo Poder Legislativo, pretendeu ser lícito reeditar o texto de medida provisória não apreciada no prazo de 30 dias. A idéia foi admitida, no Congresso, pela inexistência de lei complementar prevista no art. 59, parágrafo único, para regular o processo legislativo.

No âmbito do Poder Judiciário, grassaram dúvidas sobre o entendimento da Constituição.

Em palestra na Escola da Magistratura de Santa Catarina, a 13 de outubro de 1989, o Ministro SYDNEY SANCHES, do Supremo Tribunal Federal, reportando-se ao mandado de injunção, cabível quando “a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos fundamentais” (art. 5.º, LXXI), assinalou:

“Não resulta claro do texto que o Poder Judiciário, ao deferir o mandado de injunção, se limitará a determinar que o Poder ou autoridade competente baixe a norma regulamentadora (caráter mandamental da ação), ou, desde logo, constituirá o direito do impetrante perante o impetrado (caráter constitutivo da ação).

Essa dúvida subsiste, sobretudo, em face de normas relativas à competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre mandado de injunção (arts. 102, I, *g*, e 105, I, *h*).

Também sobre a legitimidade passiva do mandado de injunção, há sérias dúvidas. Só o Poder Público ou a autoridade pública a teriam? Ou também o particular, perante o qual o impetrante pudesse exercer o direito?”

Em seguida, apresentou vinte e cinco questões referindo dúvidas de alta indagação, sobre o tema.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal, conforme notícia a *Gazeta Mercantil* (edição de 24 de novembro de 1989, p. 29, título da matéria: “Mandado de injunção é auto-aplicável”), “interpretou, pela primeira vez, o § 1.º do art. 5.º da nova Carta, que define o mandado de injunção e considerou-o “auto-executável”, noticiou a Radiobrás.

Após a apreciação do longo voto do Ministro Moreira Alves e do parecer favorável do Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga, o Plenário do STF concordou que o “novo recurso — mandado de injunção — terá um tratamento semelhante ao mandado de segurança”.

Uma consulta aos repertórios de decisões do Supremo Tribunal Federal aponta apenas sete casos de mandado de injunção todos considerados incabíveis. Em seis deles, o Tribunal considerou existir dispositivo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 5.º, § 1.º) para regular a questão submetida (MI 16-6-DF, MI 9-3-DF, MI 5-1-RJ, MI 24-7-DF, MI 15-8-DF, cujas ementas constam no *Diário da Justiça* da União, nos seguintes dias e páginas: 4-11-88, p. 28.686; 11-11-88, p. 29.305; 25-11-88, p. 31.055; 2-12-88, p. 31.891; 16-12-88, p. 33.511). Outro foi indeferido (MI 14-0-DF, *Diário da Justiça* da União, de 18-11-88, p. 30.022), porque, “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 Fe-

deral, de nome de membro do Ministério Público federal, para ser investido no cargo de Procurador-Geral da República”.

A pesquisa no Superior Tribunal de Justiça também revela hipóteses de não-cabimento da injunção. Assim, nos mandados de injunção n.º 3 — RJ e 15 — DF (*Diário da Justiça da União*, dias 28-8-89 e 4-9-89, pp. 13.671 e 14.029) explicitou-se que “se o próprio impetrante afirma que o pagamento das vantagens pleiteadas deve ser feito em consonância com a legislação em vigor, dispensando a matéria qualquer outro disciplinamento, claro está não haver espaço para o presente mandado”, e “se a omissão do legislador, por própria versão dos impetrantes, inexistente, o caso não é de injunção, mas sim de mandado de segurança”.

Com respeito a *habeas-data*, instrumento jurisdicional para obter ciência ou retificação de dados pessoais guardados em “registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” (art. 5.º, LXXII), o horizonte é iêntico ao do mandado de injunção. Nos quatro casos localizados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nenhum foi conhecido porque os interessados deixaram de efetuar prova de existir prévio requerimento administrativo denegado. Confirmam-se os *habeas-data* n.ºs 1, 4, 5 e 9, publicado o primeiro no *Boletim do Tribunal Federal de Recursos* n.º 160, p. 10, e os demais, no *Diário da Justiça da União*, dos dias 28-8-89 e 27-6-89, p. 13.672 (os *habeas data* n.ºs 4 e 5) e p. 11.352.

Por vezes, os cidadãos têm se omtido em postular a adição de leis explicitadoras. Embora o art. 37, VII, declare que o direito de greve dos servidores públicos “será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”, houve diversas greves no serviço público, sem qualquer preocupação acerca da necessária normatização. Da mesma forma, no setor privado, eclodiram muitos movimentos paredistas, em todos os setores, sem se indagar do atendimento ao consignado pelo art. 9.º, § 1.º:

“A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.”

Há descumprimento da Constituição pelo silêncio legislativo acerca de matérias de indispensável regulamentação, bem ainda pela falta de providências concretas de todos os setores do Estado e da sociedade, para dar vida aos programas constitucionais. Quanto a estes a crise sócio-econômica testemunha a falta de iniciativas relevantes. Constatam-se, outrossim, dificuldades de interpretação na Carta, ou entrechoque de entendimentos divergentes sobre o significado de alguns institutos ou, mesmo sua compreensão errônea.

Boa parte da Constituição continua mero texto, não se incorporando à vida cotidiana dos brasileiros. Tem-se a “sensação de viver em um País diferente do descrito na Constituição” (ANTONIO, 1978:229). Será o caso

de proclamar como fez Mario D'Antonio, a respeito da Constituição italiana, que a nossa Lei Maior não existe? Vale transcrever suas palavras candentes, para inspirarem, se possível, uma correção de rumos:

“La conclusione coraggiosa a cui bisogna pur parvenire è che la costituzione approvata nel 1947 dall'assemblea costituente non esiste più, non esiste nello spirito, non vive: è una costituzione di carta.

Rimangono certamente gli articoli secchi di una costituzione di carta, ma non c'è più lo spirito della costituzione; rimane un documento storico da cui non promana alcun messaggio, che non provoca alcuna risposta neppure emotiva.

Con ciò non si vuol dire che questo documento sia disprezzato, come è avvenuto per altre costituzione ritenute pezzi di carta sporca; anche ridotto a chiffon de papier esso è sempre racchiuso in un moderno tabernacolo frigorifero in cui è però definitivamente ibernato, benchè molti sperino di poterlo estrarre e scongelare al momento opportuno.” (ANTONIO, 1978:229.)

4. *A erosão do sentimento constitucional, no Brasil*

No imaginário popular brasileiro, ademais da função de legitimação racional do exercício do poder, já mencionada no item 2, *retro*, a Constituição foi elevada a posto ainda mais alto, oferecida como solução de todos os problemas nacionais. Não é necessário buscar adminículos no recente movimento pró-constituente, onde foram comuns tais apelos, de nítida feição político-populista. É possível encontrar achegas em um autor desligado da luta partidária, como o Professor PAULO BONAVIDES, eminente jusfilósofo e cientista político. Discutindo as teses de emendar-se a Constituição de 1967 e a de considerá-la caduca, após concluir pela ilegitimidade daquela Carta, disse-a “uma agressão do Estado à sociedade” e concluiu:

“Em suma, não haverá neste País Direito Constitucional democrático enquanto o lado jurídico da Constituição estiver em desacordo com o lado político, enquanto o Estado não exprimir a vocação da alma coletiva, enquanto perdurar a menoridade do povo soberano, enquanto a legitimidade do corpo social não prevalecer sobre a legalidade do Estado na fundamentação dos comportamentos e das instituições.” (BONAVIDES, 1985:335.)

O texto afina com a mais profunda tradição jurídicista liberal, que predomina em nosso meio, e não somente entre os juristas. Prevalece a idéia de que a lei é instrumento bastante para modificar a vida social. Julga-se cabível alterar padrões vigentes, mesmo quando profundamente

enraizados na cultura pátria. É verdade, também, contraditoriamente, que é comum o descompasso entre a norma e a sua aplicação, alcançando, por vezes, dimensões surreais (SHIRLEY, 1987:89).

Essa mentalidade legalista afetou a compreensão brasileira do que é uma Constituição, quanto a seus efeitos e também a respeito do que nela se deve conter. Pelo primeiro aspecto, transmitiu-se à coletividade a crença de ser a nova Carta uma verdadeira panacéia para todos os males.

Em vista desse entendimento, o constituinte cuidou de incluir na sua obra, enorme quantidade de matéria objeto, antes, de lei ordinária. A título de exemplificação, encontram-se os exemplos adiante arrolados:

(a) art. 228: declara inimputáveis os menores de dezoito anos;

(b) art. 229: afirma terem os pais o dever de assistir, criar e educar seus filhos menores, bem ainda atribui aos filhos maiores a obrigação de amparar os pais em situações de velhice, carência ou enfermidade;

(c) art. 230: impõe o amparo, pela coletividade, aos idosos;

(d) art. 239, § 2.º: proíbe o levantamento de quotas do Programa de Integração Social, em razão de matrimônio dos beneficiários;

(e) art. 242, § 2.º: mantém o Colégio Dom Pedro II na órbita federal.

Em matéria de direitos sociais "a Constituinte aprovou (...) os direitos sociais, brindando os assalariados brasileiros com a mais impressionante lista de vantagens nominais que se tem notícia no País" (BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita, 1988:A-28). No campo tributário, serve de exemplo o art. 155, § 2.º, incisos I a XII, acerca do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, que constitui verdadeira lei complementar.

Resultou, por isso, uma Carta minuciosa e de grande extensão. COTRIM NETO criticou-a, como segue:

"A nossa recém-construída e tão esdrúxula Carta que apresenta todas as características de um genuíno Código ordinário, e a maior do mundo, bem maior do que a que era antes, a da Índia. Pelo menos aí o mundo se curva ante o Brasil." (COTRIM NETO, 1989:202).

Pela ênfase nos direitos sociais, afirmou-se a intenção de transformar a sociedade, intrinsecamente injusta, como evidencia a miséria a que está sujeita grande parte da população, enquanto pequena parcela goza de níveis de vida privilegiados. No entanto, "la Constitución no puede salvar el abismo entre pobreza y riqueza; no puede traer ni comida, ni casa, ni ropa, ni educación, ni descanso, es decir, las necesidades esenciales de la vida". (LOEWENSTEIN, 1979:229).

No País, também não faltou quem atinasse nesse sentido. BARROS JÚNIOR admoestou a pouca atenção sobre a necessidade de condições materiais prévias para as grandes transformações culturais (BARROS JÚNIOR, 1988: A-28). FÁBIO KONDER COMPARATO asseverou:

“Os constituintes deveriam saber que não há a menor possibilidade de se garantirem direitos humanos para a maioria (já não digo para a totalidade) do povo, sem desenvolvimento; deveriam saber que desenvolvimento é crescimento econômico auto-sustentado, com a eliminação das desigualdades fundamentais de condição de vida; deveriam saber que tudo isso só se concretiza em um processo longo, necessariamente planejado e conduzido pelos poderes públicos.” (COMPARATO, 1988:A-3).

O título do artigo jornalístico de KONDER COMPARATO — *Epitáfio* — indica a frustração das enormes expectativas decorrentes da intensa campanha propagandística. As dificuldades na concretização dos programas e normas constitucionais, embora compreensíveis, apresentam-se desfundamentadas não só ao jurista citado, mas igualmente ao homem comum do povo. Como ficam as promessas que lhe foram feitas? Perante o vazio de respostas, a confiança no regime constitucional resta destituída de razão.

Mais uma vez, existe séria e concreta ameaça de possuímos uma Constituição decorativa, desligada da nossa vivência sócio-política. Poderá repetir-se o sucedido com a Carta de 1934, de vida breve e nenhuma concretude. Ou está para acontecer o desmoronamento da Lei Maior de 1891, sobre a qual LIMA BARRETO referiu-se, em sua sátira, *Os Bruzundangas*, que “quando se reuniu a Constituinte da República da Bruzundanga, houve no país uma grande esperança”. Com o passar dos anos, porém, sofreu “várias mutilações, desfigurações e interpretações”, restando como documento sem significado (BARRETO, 1988:50).

O sentimento constitucional do povo, na circunstância, fica abalado. Sua esperança em um país melhor, com a promulgação da nova Carta, aparece como enganosa. A situação dessa gente é comparável aos homens ocios de ELLIOT, recheados com palha (ELLIOT, 1986:77).

5. *Um mito para resgatar*

A erosão do sentimento constitucional corresponde à perda da fé no Direito, como instrumento regulador das relações sociais. Falida a Constituição, apaga-se a esperança no governo impessoal da lei, com promessas de liberdade e justiça social. Segue-se o vazio e a busca de substitutivos, despontando concreta ameaça de entrega do governo a um pretense iluminado ou a um sistema autoritário que se apresente como habilitado a resolver os problemas cotidianos.

Urge, portanto, resgatar o significado simbólico que assumiu a Constituição de 1988. Ainda parece haver tempo. E para isso, o importante é concretizá-la como processo de vida, como uma realidade, não como simples pedaço de papel. Há tempo para a feitura da legislação infraconstitucional, ao menos, aquela mais importante, e se podem tomar medidas para dar início à realização do programa de vida inscrito na Carta. É preciso que a perda da fé, nos seus mandamentos, seja superada através de um trabalho de conscientização de que, sem ela, o futuro do País se apresenta pouco claro. Enfim, é lícito corrigir-lhe as imperfeições, mondar-lhe os excessos, seja no prazo nela já previsto, ou antecipadamente, desde que submetidas as mudanças à aprovação popular.

Calha transcrever a peroração de FROSINI, em tudo aplicável ao nosso caso:

“Si è diffusa la convinzione, che grazie alla Costituzione ci sia la libertà di pensare, di parlare e di decidere di politica; che ognuno abbia i suoi diritti, che sono scritti nella Costituzione; che il sistema sociale e giuridico, per le sue carenze e le sue storture, debba essere giudicato col metro di misura ideale fornito dalla Costituzione. La Costituzione è diventata un mito, cioè il simbolo a cui fanno appello i sentimenti di libertà e di giustizia; in questo senso, essa è un mito da salvare.” (FROSINI, 1975:102.)

6. Bibliografia

- ANTONIO, Mario D'. *La costituzione di carta*. S. 1., Mondadori, 1978.
- BARRETO, Afonso Henriques de Lima. *Os Bruzundangas*. Rio de Janeiro, Tecnoprint, 1988.
- BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita. “Direitos sociais — a crise e a gramática”. In: *Folha de São Paulo*, 24-3-88, p. A-28.
- BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição*. Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- COMPARATO, Fábio Konder. Epitáfio. In: *Folha de São Paulo*, 3-9-1988, p. A-3.
- COTRIM NETO, A. B. “A reforma constitucional soviética de Gorbachev”. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 22, 89, jan./março 1989, pp. 205-15.
- FROSINI, Vittorio. *Costituzione e società civile*. Milano, Edizioni di Comunità, 1975.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona, Ariel, 1979.
- SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1987.

As Chamadas “Questões Políticas” no Direito Constitucional Brasileiro

LLEWELLYN DAVIES A. MEDINA
Juiz de Direito em Minas Gerais

SUMÁRIO

1 — *Introdução.* 2 — *Delineamento do tema.* 3 — *A “questão política” no Direito americano.* 4 — *A “questão política” no Direito brasileiro.* 5 — *Conclusão.*

1 — *Introdução*

A organização político-constitucional brasileira, desde a Carta de 1891, atribui a cada um dos poderes políticos do Estado o exercício preponderante de uma parcela da função estatal, competindo ao Poder Executivo o exercício da função administrativa; ao Poder Legislativo o exercício da função legislativa e ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional.

A presente análise parte do mandamento constitucional que fixa os limites de atuação do Poder Judiciário, eis que é na órbita do titular da função jurisdicional que se coloca o tema aqui ferido.

A Carta Constitucional de 1891, no art. 59, fixa a competência do STF, podendo-se dizer que foi a partir de tal dispositivo que a pena de Rui Barbosa introduziu na doutrina brasileira a teoria relativa às chamadas “questões políticas”, já conhecida da doutrina americana desde Marshall e o famoso *case Marbury x Madison*.

Para que não se descure da atualidade do tema, mencionem-se os mesmos princípios nas Cartas Constitucionais de 1934 (art. 76), 1937 (art. 101), 1946 (art. 101), 1967 (art. 114), EC n.º 1/69 (art. 119) e 1988 (art. 102).

No direito comparado, além da matriz recebida da Constituição americana (art. III — Seção 2.^a), muito contribuiu para o desenvolvimento da doutrina das “questões políticas” a fixação da competência da Corte Suprema argentina (art. 100), igualmente fonte em que se inspirou Rui Barbosa para desenvolver agudíssimos argumentos em favor de sua construção doutrinária, no clássico “O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional” (1).

A despeito do tratamento que a doutrina vem dando ao assunto, a conceituação de “questão política” é muito mais exemplificativa do que integrante de uma construção doutrinária. De qualquer forma, caracterizada que seja como “política”, a “questão” escapa da órbita de conhecimento do Poder Judiciário, por dizer respeito, com exclusividade, a qualquer dos outros poderes do Estado.

2 — *Delineamento do tema*

MÁRIO GUIMARÃES (2) registra que a “área de ação da Justiça é ampla: todas as lesões a direitos individuais estão compreendidas nela”. Aqui está o primeiro critério para delimitar a conceituação de “questão política”. Não há dúvida de que cabe ao Poder Judiciário, amplamente, o exame de quaisquer questões que envolvam lesões de direitos, excetuando-se, tão-somente, aquelas que possam ser qualificadas como “questões políticas”.

No regime da Constituição anterior, o art. 153, § 4.º, estabelecia que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Tal dispositivo constitucional afastava qualquer limitação à atuação do Poder Judiciário na tutela dos direitos individuais.

O menos avisado, é certo, poderia concluir ser possível excluir da apreciação do Judiciário lesão de direito coletivo. Entretanto, inúmeros são os direitos coletivos que a ordem jurídica já tutelava no regime constitucional anterior e que se acham expressamente amparados por adequados instrumentos processuais. Mencione-se, por exemplo, a ação popular.

1 *Obras Completas de Rui Barbosa*, V. XXXVII, 1910, Tomos V e VI — Ministério da Educação e Cultura — Fundação Casa de Rui Barbosa — Rio de Janeiro — 1983.

2 *O Juiz e a Função Jurisdicional* — Forense — Rio de Janeiro — 1ª edição — 1958.

De qualquer modo, a vigente Constituição de 1988 espanca qualquer dúvida do intérprete mais afoito, ao dispor, no art. 5.º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, suprimindo o termo “individual”. Harmonizando, o sistema dedicou o Capítulo I, do Título II, aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, além de prever, expressamente, o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX); ações coletivas propostas por sindicatos (art. 8.º, III) e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos (art. 129, III e § 1.º).

Compreendendo-se, assim, que não pode ser excluída da apreciação judicial qualquer lesão a direito — tanto individual quanto coletivo —, resulta daí o segundo critério para delimitar a conceituação de “questão política”, como sendo toda aquela matéria que versasse questão que não dissesse respeito a direito individual ou coletivo.

3 — A “questão política” no direito americano

A matriz para a teorização sobre o interessante tema vem do direito americano, como bem o demonstram Rui, Pedro Lessa e Mário Guimarães. No direito americano, “there is no “rule of thumb” which can be used to decide whether a case involves a “political question”. Each case must be analyzed in the context in which it arises” (3).

Não havendo uma formulação genérica para a conceituação do que seja “questão política”, o texto citado alinha hipóteses que podem ser rotuladas como uma “political question”, ou seja:

— “a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department;

— “a lack of judicially discoverable and manageable standars for resolving it;

— “the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind cleary for nonjudicial discretion;

3 *Smith's Review* — Constitutional Law — West Publishing Co. St. Paul — Minn. 1976 — pp. 780-79.

— “the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government;

— “an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made, or

— “the potentiality of embarrassment from mult multifarious pronouncements by various departments on one question” (4).

Vê-se, assim, que a chamada “questão política” tem seus contornos fixados, caso a caso, exemplificativamente, não alinhando a doutrina americana pressupostos que genericamente permitam identificar se a “questão” é ou não “política”.

4 — A “questão política” no direito brasileiro

Entre nós, o caminho adotado é o mesmo que o direito americano trilhou. PEDRO LESSA, em obra de 1915, estudando o tema, procura responder à pergunta: “Quais são as “questões políticas” de sua natureza?” (5) A resposta traz certa perplexidade porque, depois de referir o direito americano, o autor salienta a discricionariiedade da questão para tê-la como política, terminando por responder que “questão política” é aquela que seja simplesmente, puramente, meramente, política (6).

MÁRIO GUIMARÃES, em outra obra clássica, repete PEDRO LESSA e volta a indagar o “que será, porém, questão puramente política?” (7), respondendo com palavras tiradas de PEDRO LESSA: “As que se resolvem com faculdades *meramente políticas*, por meio de *poderes exclusivamente políticos*, isto é, que não têm como termos correlativos direitos encarnados em pessoas, singulares ou coletivas, sobre que tais poderes se exerçam. Quando a função de um poder, executivo ou legislativo, não corresponde, ou antes, não se opõe um direito, de uma pessoa, física ou moral, que a ação desse poder interessa, um tal poder pressupõe evidentemente o arbítrio da autoridade em quem reside.” (Grifos no original.)

4 *Op. cit.*, p. 78.

5 *Do Poder Judiciário* — Livraria Francisco Alves — Rio de Janeiro — 1915.

6 *Op. cit.*, p. 59.

7 *Op. cit.*, p. 252.

PEDRO LESSA e MÁRIO GUIMARÃES, entretanto, mais não fazem do que repetir RUI BARBOSA, que em diversas passagens de sua obra fixa os contornos das noções de poderes meramente ou absolutamente políticos e poderes discricionários⁽⁸⁾, terminando por alinhar, exemplificativamente, vinte e uma hipóteses de “questões políticas”⁽⁹⁾:

- a declaração de guerra e a celebração da paz;
- a manutenção e direção das relações diplomáticas;
- a verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros;
- a celebração e rescisão de tratados;
- o reconhecimento da independência, soberania e governo de outro país;
- a fixação das extremas do país com os seus vizinhos;
- o regime do comércio internacional;
- o comando e disposição das forças militares;
- a convocação e mobilização da milícia;
- o reconhecimento de governo legítimo nos Estados, quando contestado entre duas parcialidades;
- a apreciação, nos governos estaduais, da forma republicana, exigida pela Constituição;
- a fixação das relações entre a União e os Estados e as tribos indígenas;
- o regime tributário;
- a adoção de medidas protecionistas;
- a distribuição orçamentária das despesas;
- a admissão de um Estado à União;

8 *Op. cit.*, p. 116.

9 *Op. cit.*, pp. 118/119.

- a declaração da existência de estado de insurreição;
- o restabelecimento da paz nos Estados insurgentes e a reconstrução neles da ordem federal;
- o provimento dos cargos federais;
- o exercício da sanção e do veto sobre as resoluções do Congresso;
- a convocação extraordinária da representação nacional.

Cotejando as hipóteses de “questões políticas” alinhadas por RUI BARBOSA, com o texto da vigente Constituição Federal, vê-se que muitas delas ali estão expressas, *verbis*:

- a declaração de guerra (art. 84, XI);
- a celebração de paz (art. 84, XX);
- manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus agentes diplomáticos (art. 84, VII);
- celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII);
- permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente (art. 84, XXII);
- exercer o comando supremo das Forças Armadas (art. 84, XIII, 1.ª parte).

V — Conclusão

A regra é a de que nenhuma lesão de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Quando, entretanto, tratar-se de uma “questão política”, esta será subtraída da tutela jurisdicional.

Certo é que caberá sempre ao Judiciário, examinando caso a caso, decidir se a questão submetida é política e, neste caso, não conhecer do pedido, para não invadir esfera de atuação de outro poder, comprometendo a harmônica interdependência dos poderes do Estado. O que não se pode admitir é que, sob o pretexto de que a questão é política, seja prévia e antecipadamente subtraído seu exame pelo Poder Judiciário, o que, por este lado, também significaria a intromissão de outro poder na esfera de atuação do titular da função jurisdicional.

A Constituição de 1988 e a Liberdade de Ensino

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA
Procurador da República

SUMÁRIO

*I — Natureza jurídica. II — Faculdade e dever da família.
III — Direito anterior. IV — Conclusão.*

Na vigência da Constituição de 1967/69, que convivia com os atos institucionais, de forte caráter centralizador, em que todos os poderes estavam nas mãos do Estado, prevaleceu na sua interpretação o entendimento jurídico de que a educação era monopólio do Estado, atividade exclusivamente atribuída ao Estado. Esta interpretação chegou inclusive a influenciar a concepção jurídica de alguns Tribunais, como, por exemplo, o extinto TFR, que através das suas Súmulas n.ºs 15 e 60, deixava subjacente que a escola particular somente existia por um favor da administração que lhe delegava a função, porque o Estado não teria condições físicas ou financeiras de, sozinho, abarcar toda atividade educativa. Assim, o ensino particular não passava de mera atividade estatal delegada, como, por exemplo, os cartórios e os serviços de concessionárias do Poder Público. Esta era a concepção preconizada pela Constituição de 1967/69 e sem precedentes durante a vigência da Carta de 1946.

I — Natureza jurídica

2. A Carta de 1988, porém, neste aspecto mais moderna, dispôs de maneira mais aberta. Com efeito é dito:

“Art. 209. *O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:*

I — cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II — autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.” (Grifo nosso.)

3. Garantiu-se a liberdade de ensino, a iniciativa dos particulares, que não pode mais ser sufocada pelo Estado, atividade que, no entanto, como as demais, se sujeita às leis em geral do País e à fiscalização por parte da administração como toda e qualquer atividade particular. Retirou contudo, com cristalina clareza, a natureza delegatária estatal que se deu ao ensino no período que vai de 1964 a 1987.

4. Antes, afirma a Carta Magna atual:

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

.....
III — pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e
coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.”
(Grifo nosso.)

5. Estabeleceu assim que as instituições públicas e privadas de ensino têm existência paralela, não de *coexistir*, extinguiu, na sua natureza, o caráter de delegação. Vale dizer, a administração pública não detém mais o monopólio do ensino, há de agir, coexistir, com as instituições particulares, que assim não têm a existência assegurada por favor da administração, mas em texto constitucional, e amparada pela liberdade de iniciativa. Disto se conclui, com facilidade, que a escola particular ao exercer a sua atividade, não o faz mais *em nome do Estado*, o faz *ao seu lado*, coexistindo com a escola pública, inclusive como garantia e corolário do pluralismo de idéias e concepções preconizado no próprio texto constitucional.

II — *Faculdade e dever da família*

6. Por outro lado, o art. 205 da Constituição reconhece que a educação, sendo direito de todos, é dever da família e do Estado. Conjugando-se o artigo com os anteriores, verifica-se que o ônus do Estado, a sua obrigação, não se confunde com o monopólio, mesmo porque a este dever se sobrepõe o da família. Vale dizer, o Estado tem a obrigação de colocar à disposição do cidadão o ensino, sobretudo onde a sociedade por si não o pode prover, e este tem o direito de escolher entre o Estado e o particular que porventura o queira oferecer. Afinal o homem é anterior ao Estado e este existe para servir àquele.

O dever do Estado está bem delimitado no art. 208, sendo dirigido precipuamente ao ensino no nível fundamental e aos mais necessitados em caráter manifestamente supletivo.

III — *Direito anterior*

7. Enquanto na concepção centralista e autocrática da Carta de 1967/69 o Estado delegava porque não teria meios de, sozinho, açambarcar a tudo e a todos na vida social, fazendo da educação autêntico monopólio seu, serviço concedido, cartório ou carta de sesmaria, este precedente não se via na vigência da Constituição de 1946.

8. Aliás a Constituição de 1946 era no seu texto, inclusive, mais tímida que a atual de 1988 no que se refere à liberdade de educação. Dizia:

“Art. 167. O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulam.”

9. Convém buscar luzes nos estudiosos de então.

Comentando o texto, afirmara PAULINO JACOMES:

“O Estado não monopoliza o ensino, pois, em qualquer de seus ramos (primário, secundário e superior), é aberto à iniciativa particular, desde que respeitadas as leis que o regulam.” (Constituição Federal-Explicada, Forense, Rio — 1958 (grifou-se).)

10. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI também dizia comentando o texto:

“A coexistência desses dois regimes constitui o sistema predominante, ficando o Estado com os estabelecimentos padrões e sujeitando os particulares a uma regulamentação que impõe um mínimo de deveres a que corresponde a aceitação pelo Estado dos diplomas expedidos” ... “o art. 167 declara o ensino livre à iniciativa individual. O dispositivo permite uma liberdade absoluta, porém subordinada à regulamentação do Estado”... “Dentro dos quadros modernos, pode-se dizer que adotamos o regime de intervenção do ESTADO, embora sem o monopólio deste em matéria de ensino.” (A Constituição Federal Comentada, vol. IV, pp. 93/101, 2.ª edição, José Konfgino — Editor, Rio — 1953 (grifou-se).)

11. Analisando, na época, o tema, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 39.101, em 26-8-1958, tendo como relator o Ministro AFRÂNIO COSTA, teve oportunidade de dizer:

“Nã há como entrever delegação do ESTADO, onde apenas há uma simples licença ou autorização para funcionamento.”

Na mesma linha havia sido decidido no ano anterior o Recurso em Mandado de Segurança n.º 2.827, relator o Ministro ANTONIO VILLAS BOAS.

IV — Conclusão

12. A concepção do texto de 1988 é, no entanto, mais aberta, moderna e democrática que a de 1946, ambas, de qualquer modo, é indiscutível, em franca oposição ao texto hermético ditado pela Carta de 1967/69, extremamente intervencionista na Universidade, na área da educação.

13. Modernamente, a administração entra com a sua atividade educacional paralela, simultânea, *coexistindo*, com a livre ação do indivíduo, do particular, dando assim ensejo ao pleno pluralismo de idéias e concepções didático-pedagógicas, sem prejuízo do direito do Estado de legislar genericamente sobre o assunto e de exercer a avaliação sobre escola particular.

14. Assim, o que a Constituição hoje estabelece é que o Estado se obriga a manter a rede pública de ensino, *coexistindo* esta com a particular livre à iniciativa particular sem nenhum favor, delegação ou concessão do Poder Público.

15. Deste modo a Constituição de 1988, no que se refere à liberdade de iniciativa na área do ensino, amparando-se na tradição da de 1946, deixou de lado a figura do “Estado assistencial” e se aproxima do *princípio da subsidiariedade* a que se refere a Carta Encíclica *Centesimus Annus*, do Papa JOÃO PAULO II, recentemente promulgada:

“Assistiu-se, nos últimos anos, a um vasto alargamento dessa esfera de intervenção, o que levou a constituir, de algum modo, um novo tipo de Estado, o “Estado do bem-estar”. Esta alteração deu-se em alguns países, para responder de modo mais adequado a muitas necessidades e carências, dando remédio a formas de pobreza e privação indignas da pessoa humana. Não faltaram, porém, excessos e abusos que provocaram, especialmente nos anos mais recentes, fortes críticas ao Estado do bem-estar, qualificado como “Estado assistencial”. As anomalias e defeitos, no *Estado assistencial*, derivam de uma inadequada compreensão das suas próprias tarefas. Também neste âmbito, deve-se respeitar o *princípio de subsidiariedade*: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua ação com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum.

Ao intervir diretamente, *irresponsabilizando a sociedade*, o Estado assistencial provoca a *perda de energias humanas e o aumento exagerado do setor estatal*, dominando mais por lógicas burocráticas do que pela preocupação de servir aos usuários, com um acréscimo enorme das despesas. De fato, parece conhecer melhor a necessidade e ser mais capaz de satisfazê-la quem a ela está mais próximo e vai ao encontro do necessitado. Acrescente-se que, freqüentemente, um certo tipo de necessidades requer uma resposta que não seja apenas material, mas que saiba compreender nelas a exigência humana mais profunda.” (Publicada na *Revista LTR 55-05/546-547*.)

16. Desapareceu portanto o caráter delegatário, retornando a um sistema baseado no de 1946, mais aberto no entanto, o ensino particular volta a ter a sua natureza jurídica própria de direito privado. Ainda que dispusesse de meios, não pode mais a administração pública querer encampar, açambarcar ou se substituir à toda rede particular de ensino, ou “cassar” uma delegação que hoje, de resto, não mais existe, eis que ambas as redes, pública e particular, por força constitucional, têm que *coexistir*, como pressuposto e garantia da liberdade de expressão, de cátedra, de pluralismo de idéias, de liberdade das artes e ciências, dentro de padrões morais e éticos que respeitem a dignidade do homem e o seu *direito de amadurecer a sua inteligência e liberdade na procura e no conhecimento da verdade* — *op. cit.*, pp. 523-551 (JOÃO PAULO II).

Medidas Provisórias

GIOVANI CLARK

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As medidas provisórias e os decretos-leis. 3. O controle dos pressupostos das medidas provisórias. 4. A lei complementar e as medidas provisórias. 5. As medidas provisórias e as normas legais em vigor. 6. As matérias passíveis de medidas provisórias. 7. A reedição de medidas provisórias. 8. O projeto de lei complementar para as medidas provisórias. 9. As medidas emergenciais no Direito Comparado. 10. Conclusão.

1 — *Introdução*

Este trabalho tem a difícil tarefa de tratar de um dos temas jurídicos mais polêmicos nos dias de hoje. Falar das medidas provisórias, consagradas pelo texto constitucional de 1988 exige perspicácia, já que a abordagem da matéria não pode ficar restrita ao mundo jurídico nacional, o auxílio do Direito Comparado é necessário.

Após a Carta Constitucional de 1988 ter implantado a figura das medidas provisórias, figura aliás pouco inovadora, porque a Constituição anterior consagrava o parecidíssimo decreto-lei, políticos e juristas passaram a discutir os limites, os efeitos e alcance das medidas provisórias, já que as mesmas possuem peculiaridades e especialidades próprias e flagrantes diferenças do antigo decreto-lei, além de acarretar inúmeras conseqüências na esfera jurídica e no tecido social.

Com o advento da produção em série e em massa, da tecnologia, do crescimento econômico, da sociedade de consumo, etc., a sociedade passou

a ter necessidade da produção de diferentes normas jurídicas de forma rápida para atender e solucionar os problemas econômicos e sociais.

Na sociedade moderna não apenas os países do Terceiro Mundo, mas também os do Primeiro Mundo necessitam de eficazes e rápidas normas jurídicas (elaboradas e em vigor) para atender os anseios sociais. Não é à toa que existe uma "tendência mundial do constituinte de dar frágeis poderes para o Executivo legislar" (1), como aliás fez o constituinte nacional de 1988 a fim de suprir a lentidão e, até mesmo, a omissão do Legislativo em relação às suas funções habituais de produtor originário das normas legais.

"A conclusão, portanto, que o Direito Comparado oferta, é a de que cabe ao Legislativo legislar e ao Executivo executar a legislação parlamentar, exceção feita a casos excepcionalíssimos, com hipóteses bem definidas em normas explicadoras da lei suprema." (2)

As mutações e o dinamismo da realidade social e econômica não podem ficar à mercê da morosidade do Legislativo, exigindo assim que o Executivo em certos momentos especiais e sobre algumas matérias específicas elabore normas jurídicas para momentos excepcionais. Alguns autores já defendem a criação de um quarto Poder, chamado Poder Econômico, para contrapor a letargia do Legislativo, o fortalecimento do Executivo e produzir regras legais de conteúdo econômico. (3)

A Carta Magna Brasileira refere-se expressamente às medidas provisórias em seu art. 62 e parágrafo único:

"Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes."

1 MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Medida Provisória — Regulamentação — Limite". *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 307, p. 83, ano 85, julho, agosto e setembro de 1990.

2 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Op. cit.*, p. 83.

3 Um dos simpatizantes desta tese no Brasil é o Professor José W. Nogueira de Queiroz, que trata do assunto em seu livro *Direito Econômico*, Forense, 1982.

Quando o texto constitucional trata do processo legislativo, art. 59, V, CF, o tema medida provisória também é desenvolvido.

Vários autores nacionais refletem sobre as medidas provisórias cada qual dando a sua definição para a referida figura jurídica constitucional; vejamos: para EROS ROBERTO GRAU “medidas provisórias são leis especiais dotadas de vigência provisória imediata”⁴; para MICHEL TEMER “a medida provisória não é lei, é ato que tem a “força de lei”... não é lei porque não nasce no Legislativo”⁵; já para IVES GANDRA “a medida provisória é, portanto, um ato legislativo constitucional delegado, com força de lei, que se transforma em lei própria ou deve ser desconstituída”.⁶

O Professor IVO DANTAS, discorrendo sobre as medidas provisórias, diz em relação às mesmas: “Norma jurídica com força de lei não é o mesmo que lei, em sentido de lei”.⁷ CAIO TACITO afirma que medida provisória é “ato emergencial, com força de lei”.⁸

As nossas atuais medidas provisórias guardam semelhança com os decretos-leis do sombrio golpe militar de 1964. Certos juristas afirmam até mesmo que o constituinte de 1988 não se utilizou dos decretos-leis para esquecer de nosso triste passado ainda vivo na memória. Mas as medidas provisórias também trouxeram indesejáveis efeitos e poderes, diz IVO DANTAS:

“Enquanto isto, no art. 62 se estabelecem as condições para a sua caracterização, sendo que no inciso XXVI do art. 84, se fala da atribuição do Presidente da República para sua edição. De sua análise pormenorizada passaremos a tratar a seguir, antes, porém, repetindo aqui o que escrevemos alhures: só a fobia pela expressão decreto-lei e a vontade de ocultar a verdadeira face do novo instituto trazido à Constituição justificaram a substituição da primeira e tradicional expressão do nosso constitucionalismo (decreto-lei) por esta outra (medida provisória), cujos aspectos negativos, em razão dos poderes, aparentemente ilimitados conferidos ao Presidente da República, são, muitas vezes, piores do que aqueles permitidos pelo decreto-lei.”⁹

4 GRAU, Eros Roberto. “Medidas Provisórias na Constituição de 1988.” *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 658, ano 79, p. 241, ago./1990.

5 TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, p. 153.

6 *Op. cit.*, p. 83.

7 DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias*. Recife, Editora Ciência Jurídica Ltda., 1991, p. 70.

8 TACITO, Caio. “Medidas Provisórias na Constituição de 1988”. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 90, ano 22, p. 52, abr./jun. 1989.

9 *Op. cit.*, p. 57.

Reforça ainda o professor paulista PÉRICLES PRADE:

“Apesar do repúdio ao decreto-lei pelos constituintes, o instituto recém-criado, com nova maquiagem, tem apresentado características mais autoritárias do que o diploma sucedido.”¹⁰

Através de uma análise ao Processo Constituinte Brasileiro facilmente constata-se que os representantes populares reconheceram a necessidade do Executivo Federal legislar excepcionalmente e, sobre certas matérias limitadas, com o controle do Poder Legislativo. Da forma em que as medidas provisórias foram concebidas, não há então espaço para amplos poderes ao Executivo via as referidas medidas.

“Essa legislação de urgência encontra-se em vários países, ora regulada em textos constitucionais, ora tolerada pela necessidade. Distingue-se das leis delegadas por ser uma competência legislativa autônoma ou direta, pertencente ao Executivo, embora, geralmente, sujeita à ratificação do Parlamento. Representa uma espécie do processo legislativo autocrático, de modo limitado, num *habitat* de governo representativo. Por esse motivo, o seu âmbito deve ser interpretado ainda mais restritivamente do que a da delegação legislativa.”¹¹

“Feitas estas observações propedêuticas às denominadas medidas provisórias, e lembrando que elas representam uma exceção ao procedimento normal de elaboração legislativa, cumpre-nos destacar que seu cabimento deverá ser interpretado sempre em sentido estrito, submetendo, portanto, seus pressupostos ou requisitos a uma criteriosa e rígida análise, sob pena de descaracterização do instituto e, mais do que isto, de através dele correr-se um risco profundo à manutenção do Estado Democrático de Direito (art. 1.º da Constituição Federal).”¹²

2 — As medidas provisórias e os decretos-leis

A Constituição Brasileira de 1967, com a Emenda Constitucional n.º 1/1969, tratava em seu art. 55 e parágrafos 1.º e 2.º dos decretos-leis:

“O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

1 — segurança nacional;

10 PRADE, Péricles. “Medidas Provisórias — Análise do Substitutivo aos Projetos de Lei Complementar.” *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 660, ano 79, p. 19, out./90.

11 DANTAS, Ivo. — *Op. cit.*, p. 60.

12 DANTAS, Ivo. — *Op. cit.*, p. 60.

II — finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III — criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1.º — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no parágrafo 3.º do art. 51.

§ 2.º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.”

Como já referimos anteriormente, as medidas provisórias são tratadas nos arts. 59, V e parágrafo único e 62, parágrafo único da nossa atual Constituição.

Comparando-se as medidas provisórias e os decretos-leis, encontramos algumas constatações interessantes, vejamos:

I — a competência para editar medida provisória e decreto-lei é do Presidente da República, sendo em ambos os casos apreciados pelo Congresso Nacional. Quanto à competência, lembra ainda o Professor MICHEL TEMER:

“O decreto-lei só poderia ser expedido pelo Presidente da República. Estados e Municípios não poderiam adotá-lo. Para as medidas provisórias inexistente essa vedação. Estados e Municípios podem estipular a sua adoção nos seus textos organizados (Constituição estadual e lei orgânica municipal).”¹³

II — a motivação para as medidas provisórias devem ser: relevância e urgência, ambas juntas; já para os decretos-leis: a urgência ou interesse público relevante, e desde que não haja aumento nas despesas públicas. Neste caso existe uma alternativa (urgência ou interesse público) ligada a uma condição de não aumentar as despesas públicas;

III — o prazo para aprovação das medidas provisórias é de trinta dias, diferentemente dos decretos-leis, que era de sessenta dias;

IV — quanto às medidas provisórias o Texto Constitucional de 1988 não traz expressamente quais as matérias que devem versar as mesmas, já a antiga Carta Magna trazia claramente as matérias pertinentes aos decretos-leis (segurança nacional, finanças públicas, normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos). A estipulação de

13 *Op. cit.*, p. 154.

matérias para edição de decretos-leis não foi obstáculo para utilização dos mesmos de forma indevida e inadequada. Relatando sobre os decretos-leis, escreve MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

“O Judiciário fechou os olhos para a questão da matéria do decreto-lei, com a conseqüência de que o Executivo, não encontrando os limites de que falava Montesquieu, usou largamente do decreto-lei, interpretando latissimamente os conceitos de “segurança nacional”, primeiro, de “finanças públicas”, depois. Assim, o decreto-lei tornou, no regime anterior, o meio “normal” de legislação, meio prático para o Executivo que com ele não precisava acomodar maioria para eventuais projetos de lei — e com a vantagem de que, mesmo rejeitado o decreto-lei, sua aplicação seria válida — meio no fundo, aceitável para o Congresso que podia lavar as mãos relativamente às leis necessárias mas impopulares (que deixava serem aprovadas pelo decurso de prazo) sem assumir, para o vulgo fiado nas aparências, qualquer responsabilidade por elas.”¹⁴

V — se as medidas provisórias não são apreciadas e aprovadas em trinta dias, as mesmas perderão a eficácia, diferentemente dos antigos decretos-leis que se caso não forem apreciados em sessenta dias, estavam aprovados por decurso de prazo;

VI — nas medidas provisórias admite-se emenda em sua fase de tramitação no Congresso Nacional, já nos decretos-leis o anterior texto constitucional vedava expressamente qualquer tipo de emenda;

VII — se a medida provisória for rejeitada, a norma anteriormente suspensa por aquela passará a vigorar novamente e os atos praticados durante a medida provisória serão nulos ou anuláveis em geral, cabendo ainda ao Congresso Nacional regular as relações jurídicas decorrentes. A situação modifica-se nos decretos-leis porque a rejeição dos mesmos não implicaria nulidade dos atos praticados em sua vigência;

VIII — por último, existe a dúvida se as medidas provisórias podem ou não ser reeditadas, já que a Carta Constitucional não se refere a este ponto. Para alguns juristas a reedição é possível, para outros não.

3 — O controle dos pressupostos das medidas provisórias

Inúmeras questões são colocadas em suscitação pelos homens do direito. A primeira delas é se os requisitos das medidas provisórias (relevân-

14 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “As Medidas Provisórias com Força de Lei.” *Repertório IOB de Jurisprudência*. Rio de Janeiro, 1ª quinzena de março 1989, pp. 88/89.

cia e urgência), estão ou não fora do controle do Legislativo e Judiciário, por estarem dentro do poder discricionário do Presidente?

Dois eminentes juristas em suas lições resolvem este questionamento inicial sobre as medidas provisórias. Primeiro ensina o Ministro do STF JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO:

“O Chefe do Executivo da União concretiza, na emanção das medidas provisórias, um direito potestativo, cujo exercício — presentes razões de urgência e relevância — só a ele compete decidir. Sem prejuízo, obviamente, de igual competência do Poder Legislativo, a ser exercida *a posteriori* e, quando tal se impuser, dos próprios Tribunais e juízes.

Esse poder cautelar geral — constitucionalmente deferido ao Presidente da República — reveste-se de natureza política e de caráter discricionário. É ele, o Chefe do Estado, o árbitro inicial da conveniência, necessidade, utilidade e oportunidade de seu exercício.

Essa circunstância, contudo, não subtrai ao Judiciário o poder de apreciar e valorizar, até, se for o caso, os requisitos constitucionais de edição das medidas provisórias. A mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos, pelo Chefe do Poder Executivo, constitui razão bastante para justificar o controle jurisdicional.”¹⁵

O citado professor paulista PÉRICLES PRATES relata ainda:

“O juízo presidencial de valor, resultante de sua discricionariedade para avaliar os pressupostos (1.^a fase), é político-jurídico e subjetivo. A reavaliação do Congresso (2.^a fase) é *jurídico-política* e objetiva. E o controle judicial, se houver abuso de poder e/ou outras situações de arbitrio, é *jurídico* e objetivo.”¹⁶

É bom lembrar, como aliás faz o Professor IVO DANTAS em sua obra anteriormente citada, que a Constituição Italiana, em seu art. 77, quando refere-se ao “*Provvedimenti Provvisori con Forza di Legge*”, instituto jurídico semelhante às nossas medidas provisórias, exige para sua edição “*casi straordinari di necessità ed urgenza*”.

A Constituição Espanhola, por sua vez, também possui uma figura jurídica quase idêntica, ou seja: “*Disposiciones Legislativas Provisionales*”, e exige para que as mesmas sejam editadas pelo governo “*en caso de extraordinaria y urgente necesidad*”.

15 MELLO FILHO, José Celso. “Considerações sobre as Medidas Provisórias.” *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 33, p. 206, junho 1990.

16 *Op. cit.*, p. 25.

4 — A lei complementar e as medidas provisórias

Um outro ponto que vem gerando dúvidas em relação às medidas provisórias são se estas estão sujeitas a regulamentação por lei complementar.

Quando a Constituição Federal de 1988 trata do processo legislativo em seu art. 59 e parágrafo único, inclui as medidas provisórias dentro do dito processo legislativo, no inciso V do citado artigo. Isso significa que o legislador constituinte quis que as medidas provisórias fossem, necessariamente, regulamentadas por lei complementar.

A Carta Magna Brasileira determina que a lei complementar regule sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das normas legais em geral, inclusive sobre as medidas provisórias, dentre outras. Ensina IVES GANDRA:

“Ora, seria inadmissível que o art. 59 cuidasse de todo o processo legislativo permanente, exigindo regulamentação por lei complementar e não o fizesse em relação a um processo legislativo, dependente e com aspectos a exigir explicitação que a pertinente às outras formas de veiculação. À evidência, o art. 59 cuida de todo o processo legislativo, inclusive daquele condicionado à produção de lei posterior, que é da medida provisória.”¹⁷

Estando as medidas provisórias inseridas dentro do processo legislativo, os membros do Congresso Nacional podem emendar as mesmas, que se transformadas em lei, o Presidente terá o direito de vetá-las. Tal veto também pode ser derrubado pelo Congresso, afirma EROS GRAU:

“Quanto ao processo legislativo das medidas provisórias — terceiro aspecto que menciono —, parece evidente sujeitarem-se elas a emendas, e, após, a veto presidencial. Trata-se, como venho enfatizando, de lei especial dotada de vigência provisória imediata.

Assim, podem ser emendadas e, ao sancioná-las, pode o Presidente da República exercer em relação a elas o direito de veto.”¹⁸

Em relação às medidas provisórias, acrescenta ainda CAIO TACITO:

“A Constituição de 1967 expressamente vedava, na apreciação dos decretos-leis, o oferecimento de emendas. A Carta Magna atual, compondo o sistema das medidas provisórias, silencia sobre a matéria. A Resolução n.º 1/89, do Congresso Nacional, regulando o procedimento de exame e votação, expressamente admite,

17 *Op. cit.*, p. 84.

18 *Op. cit.*, p. 241.

no prazo de cinco dias, a apresentação de emendas, vedadas, porém, as que “versem matéria estranha àquela tratada na medida provisória” (art. 4.º).

Esta é, igualmente, a orientação dominante na doutrina constitucional italiana, que admite possa a lei de conversão emendar o provimento provisório editado pelo Governo, atribuindo-se a parte emendada tão-somente efeito futuro (eficácia *ex nunc*), ao passo que a norma confirmada conserva a eficácia imediata que adquiriu desde seu início. . . ”¹⁹

5 — As medidas provisórias e as normas legais em vigor

Outra suscitação que veio à baila no mundo jurídico é se as medidas provisórias revogam ou não uma lei que disciplina mesma matéria referente àquela.

A esmagadora maioria dos autores ensina que as medidas provisórias não revogam lei incompatível com as mesmas, apenas suspende vigência e a eficácia da norma legal, até a sua aprovação ou rejeição.

Nesse sentido trago à colação IVO DANTAS:

“Finalmente, os pressupostos de relevância e urgência não autorizam a medida provisória revogar, apesar de sua vigência imediata, nenhum dispositivo de lei, pois só quando convertida pelo Congresso Nacional, é que poderá fazê-lo, como conseqüência do princípio de que “a lei posterior revogará a lei anterior naquilo em que colidirem”.

Norma jurídica até mesmo afirma que durante os trinta dias de sua vigência antes da conversão, o que a medida provisória fará é suspender a lei que antes regulava a matéria, a qual terá nova regulamentação, ou pela conversão da medida provisória, ou pela regulamentação que vier a ser estabelecida pelo Congresso Nacional, após a rejeição, expressa ou tácita, da proposta do Executivo.”²⁰

6 — As matérias passíveis de medidas provisórias

Uma das questões mais controvertidas sobre as medidas provisórias são quais as matérias que estão em sua alçada. O texto constitucional não

19 *Op. cit.*, pp. 54/55.

20 *Op. cit.*, p. 70.

regula expressamente as matérias passíveis do “ato emergencial com força de lei”, fato que não acontecia na época dos decretos-leis.

Para MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO as medidas provisórias podem versar sobre qualquer matéria. Diz o Professor:

“Enquanto, todavia, o decreto-lei era limitado no tocante à matéria (pelo menos na letra da Constituição), as medidas provisórias não estão restritas quanto ao campo de incidência, logo, cabem sobre qualquer matéria.”²¹

Bem próximo à linha de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO está CAIO TÁCITO que se referindo a este ponto conclui da seguinte forma:

“A medida provisória poderá operar tanto para alterar o direito existente como para suprir lacunas da lei, especialmente quando omissa o Congresso na complementação de normas constitucionais.

Não há como tratar diversamente a validade da medida provisória quando a matéria versada deve ser objeto de lei ordinária, ou de lei complementar. A nosso ver, caberá tão-somente, na última hipótese, que a conversão em lei ou a rejeição da medida provisória obedeçam, na decisão plenária, a qualificação de *quorum* prevista no art. 69 da CF, ou seja, deliberação por maioria absoluta.”²²

Apesar de toda sabedoria dos juristas acima citados, não concordamos com os poderes ilimitados dados ao Poder Executivo da União para editar medida provisória sobre qualquer matéria. A Constituição Federal não permite tal fato, dentro desta encontramos várias restrições para que se possa editar as medidas.

Como na Constituição Italiana, que não admite “Ordinanze di Necessità” em matéria penal, a Carta Magna Brasileira também veda medidas provisórias na mesma matéria, porque contraria o princípio da legalidade (art. 5.º, XXXIX da CF). Medida provisória não é lei no sentido estrito, como exige a esfera penal, e sim “ato normativo com força de lei”.

Escreve JOSÉ GERALDO FILOMENO:

“Dentre os principais argumentos que se levantaram contra as indigitadas medidas provisórias, notadamente na respeitável ação de inconstitucionalidade, destacam-se os seguintes, em

21 *Op. cit.*, p. 87.

22 *Op. cit.*, p. 54.

síntese. Embora não limite o texto do art. 62 da CF a matéria sobre a qual possam versar as novas medidas de exceção à formulação ordinária do ordenamento jurídico, não poderiam versar sobre a definição de delitos e respectivas penas, em face do princípio da legalidade previsto pelo inc. XXXIX do art. 5.º ainda da CF (“nullum crimen, nulla poena sine lege”), dando-se especial ênfase ao termo “lei”, isto é, no seu caráter estrito e no sentido de significar, precipuamente, o produto formal da atividade ou função legislativa do Estado, desempenhada por seus órgãos competentes, não podendo os que exercem a função ou atividade executiva da mesma sociedade, política por excelência, substituir aquela outra, sob pena de comprometer-se o funcionamento harmônico das três esferas do exercício da soberania do Estado.”²³

Em matéria tributária também fica vedada a publicação de medidas provisórias, já que as mesmas ferem os princípios gerais do Direito Tributário (legalidade — arts. 5.º, II e 150, I da CF — e anterioridade — art. 150, III, b da CF), consagrados em nossa Constituição Federal.

As medidas provisórias para serem editadas devem sujeitar-se aos princípios constitucionais, não podendo, portanto, insurgir-se a estes e nem muito menos mostrar-se incompatíveis com os mesmos. Medidas provisórias e Direito Tributário são incompatíveis, assim pensam ALIOMAR BALEIRO, MIZABEL DERCI, IVO DANTAS e outros juristas nacionais.

As medidas provisórias, como as leis delegadas, estão limitadas pelo art. 68, § 1.º da CF²⁴. Desta forma inserem-se no bojo das mesmas apenas as matérias de lei ordinária, fora disso não podemos admitir a edição de medidas provisórias. Com propriedade relatam IVO DANTAS e IVES GANDRA, respectivamente:

“Nos termos da Constituição Federal, o Presidente da República poderá legislar tanto por leis delegadas como por medidas provisórias, sendo oportuno lembrar-se que estas, em última análise, são espécies daquelas, razão pela qual terão necessariamente de

23 FILOMENO, José Geraldo Brito. “Infrações Penais e Medidas Provisórias.” *Revista dos Tribunais*, v. 659, ano 79, p. 367, setembro 1990.

24 O art. 68, parágrafo 1º, dá as limitações para as medidas provisória:

“Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.”

sofrer, no mínimo, de idênticas limitações. Neste sentido, é de notar-se que o Projeto de Lei Complementar sobre o qual no momento analisamos, repete em seu art. 3.º, I, *a, b e c*, as mesmas limitações do art. 68, § 1.º, I, II e III da CF), conforme se poderá verificar de um simples paralelo entre os textos referidos.”²⁶)

“Ora, se o constituinte, para a lei delegada, impôs limites ao Poder Executivo, não teria sentido não impô-los para a medida provisória. O veículo de maior estatura não pode valer menos do que aquele de menor, de tal forma que à medida provisória está vedada, implicitamente, tratar de matéria que a lei delegada não pode cuidar.”²⁶

É importante ressaltar que alguns autores aconselham a aplicação da Teoria da Imprevisão para os contratos. Segundo eles, as medidas provisórias podem trazer desigualdade e desequilíbrio, entre as partes, devido a acontecimentos extravagantes causados pelas medidas, podendo assim os contratantes prejudicados irem a juízo para restabelecer o equilíbrio do contrato anteriormente firmado. Acrescenta ANTÔNIO CARLOS LEÃO:

“No momento atual, ninguém jamais poderia prever que medidas excepcionais de governo fossem gerar a situação em que se encontra a economia brasileira, e, *ipso facto*, sem a menor dúvida, há um remédio jurídico para a revisão ou resolução dos contratos celebrados antes da vigência das recentes medidas provisórias, com fundamento na teoria da imprevisibilidade. Em face de fatos mais do que comprovados pela situação atual, chega-se à conclusão de que às questões formuladas aplica-se a teoria da imprevisão.”²⁷

7 — A reedição de medidas provisórias

Em outro ponto em que as opiniões divergem quanto às medidas provisórias são se estas podem ou não ser reeditadas. A Constituição é novamente omissa neste caso.

Para MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, CAIO TÁCITO, IVO DANTAS, PROJETO NELSON JOBIM SOBRE MEDIDAS PROVISÓRIAS não é possível a sua reedição em casos de expressa rejeição pelo Congresso Nacional, posição aliás que acatamos. No entanto, PAULO RAMOS admite a possibilidade de reedição de medidas provisórias rejeitadas.

25 Op. cit., p. 82.

26 Op. cit., p. 86.

27 LEÃO, Antônio Carlos Amaral. “A Teoria da Imprevisibilidade e o Plano Brasil Novo”. *Revista dos Tribunais*, v. 656, ano 79, p. 250, jun. 1990.

É um absurdo pensar em reedição de medida provisória rejeitada, seria o mesmo que aceitar o retorno do regime autoritário, a não-divisão dos poderes, a supremacia do Executivo sobre o Legislativo e a instabilidade institucional e social²⁸. Diz ainda MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

“Já hipótese de renovação de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional é intolerável. Configuraria uma hipótese de crime de responsabilidade, a de tolher o “livre exercício” do Poder Legislativo (Constituição, art. 85, II). Mas este crime não está definido na lei especial que configura os crimes de responsabilidade, presentemente.”²⁹

Quanto à reedição, um outro problema pode ser colocado, ou seja: seria possível a reedição de medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional dentro do prazo de trinta dias?

O Professor CAIO TÁCITO e o PROJETO NELSON JOBIM admitem a reedição das medidas provisórias nos casos em que as mesmas não foram apreciadas pelo Parlamento brasileiro. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO tem idêntica posição, ele salienta no entanto que a questão é “política e não jurídica”, já que a Constituição é omissa. Normalmente os autores concebem a reedição de medidas provisórias não apreciadas, mas apenas por uma vez.

IVO DANTAS não admite a reedição de medidas provisórias não apreciadas. Para o citado professor o silêncio em relação às medidas provisórias pelo Congresso Nacional significa a rejeição das mesmas, e portanto, a insistência levaria ao caos do mundo jurídico e do meio social.

A Constituição portuguesa, revista em 1989, lembra IVO DANTAS, não admite a reedição de decretos-leis na mesma sessão legislativa (art. 172.º — 4).

De acordo com o Regimento Interno do Congresso Nacional e a Resolução n.º 1/CN/89, as medidas provisórias são analisadas em duas fases. Primeiro a Comissão Mista e depois o Plenário analisam e votam os pressupostos das medidas (relevância e urgência) e, se houver aprovação pelo Plenário destes requisitos supracitados, passa-se para a segunda fase, ou seja, novamente haverá outra análise e votação da Comissão Mista e do Plenário do Congresso, agora, quanto à matéria. Em qualquer das duas fases as medidas provisórias podem ser rejeitadas.

28 Relata IVO DANTAS em sua obra já citada, p. 101, que o Congresso Nacional, o Procurador-Geral da República (Aristides Junqueira) e o próprio STF não admitem a reedição de medida provisória rejeitada.

29 *Op. cit.*, p. 86.

Quando houver rejeição das medidas provisórias, o Congresso Nacional tem o dever de disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. Da mesma forma deve atuar nos casos de medidas provisórias não apreciadas.

Como já falamos anteriormente, os atos praticados durante as medidas provisórias rejeitadas são nulos ou anulados em princípio, mas pode e deve o Congresso Nacional regular algumas relações jurídicas "irreversíveis", em nosso entender, resultantes na época das medidas.

Os meios utilizados para regular essas relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias rejeitadas também estão em discussão. Para a Resolução n.º 1/89 do Congresso é via Legislativo, para IVO DANTAS é via lei no sentido estrito.

Se caso o Congresso não regulamentar em prazo razoável as relações jurídicas "irreversíveis" decorrentes das medidas, existem certas consequências, como bem mostra PÉRICLES PRADE:

"A cessação da eficácia limitada implica, por parte do Congresso, disciplinamento das relações jurídicas decorrentes da medida provisória no período em que teve força de lei, dando a inércia do Legislativo margem à propositura de mandado de injunção, ação de responsabilidade civil do Estado e/ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão, resguardadas as particularidades fáticas e procedimentais."³⁰

8 — O projeto de lei complementar para as medidas provisórias

Tendo-se em vista a necessidade de regular a elaboração, redação, consolidação e matérias das medidas provisórias por lei complementar, existe em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar n.º 223/90 de autoria do Deputado NELSON JOBIM, com este objetivo.

O dito projeto de lei complementar reafirma e explicita a Constituição Federal limitando as medidas provisórias ao conteúdo das leis ordinárias. Não são permitidas medidas provisórias nas matérias vedadas às leis delegadas (art. 68, § 1.º, *a*, *b* e *c*, CF), e ainda, matéria penal, poupança, contas correntes bancárias, etc.

O projeto exige exposição de motivos para edição de medidas provisórias; não admite a reedição das medidas expressamente rejeitadas; abre a possibilidade de emendas para as matérias existentes nas medidas.

O Projeto Nelson Jobim ainda determina o prazo de sessenta dias para o Congresso Nacional dispor sobre as relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias rejeitadas, isto via decreto legislativo; a reedição de

³⁰ *Op. cit.*, p. 28.

medidas provisórias não apreciadas é tolerada por uma vez apenas. Logicamente as medidas provisórias transformadas em lei estão sujeitas a veto presidencial e, ainda, derrogação deste veto pelo Congresso.

9 — *As medidas emergenciais no Direito Comparado*

Como já deixamos transparecer em diversos instantes deste trabalho, vários países adotam instrumentos jurídicos semelhantes às nossas medidas provisórias, dentre eles: Peru, Portugal, Espanha, Itália, etc.

Não resta dúvida de que o constituinte nacional inspirou-se no Direito Comparado para dotar o Executivo de “ato emergencial com força de lei” para, em casos excepcionais, legislar sobre determinadas matérias, a fim de atender às mutações da realidade social e econômica que não podem ficar ao sabor da lentidão ou da omissão do Legislativo. Tais medidas, também, são freqüentemente encontradas em nossos textos constitucionais anteriores.

Normalmente estes instrumentos jurídicos excepcionais são controlados pelo Legislativo; têm alcance limitado quanto à matéria; exigem certos requisitos especiais para a sua edição e são admitidos em momentos cruciais.

A Constituição portuguesa de 1976 (art. 172.º — 1, 2 e 3), com a revisão em 1982,³¹ consagra os decretos-leis que não podem ser reeditados na mesma seção legislativa, e estão à mercê da apreciação da Assembléia da República, ficando então sujeitos ao controle jurídico-político do Parlamento.

Os representantes da Assembléia da República Portuguesa podem emendar e recusar a ratificar os decretos-leis. Em caso de rejeição dos decretos-leis, estes deixam de vigorar desde o dia de sua publicação.

Como se nota, os decretos-leis portugueses aproximam-se bastante das nossas medidas provisórias apesar das diferenças sociais, políticas e econômicas.

A Constituição da Espanha de 1978 (art. 86, 1, 2 e 3) apresenta em seu bojo as “Disposiciones Legislativas Provisionales”, que podem ser utilizadas pelo governo em casos extraordinários e de urgente necessidade, são os pressupostos para a edição das “Disposiciones”.

A Carta Constitucional espanhola apresenta expressamente quais as matérias vedadas às “Disposiciones Legislativas Provisionales”, são elas: Direito Eleitoral Geral; direitos, deveres e liberdade do cidadão; os regimes das comunidades autônomas e o ordenamento das instituições básicas do Estado.

31 A Constituição Portuguesa foi novamente revista em 1989.

As “Disposiciones Legislativas Provisionales” tomarão forma de decretos-leis, que devem ser apreciados pelo Parlamento espanhol no prazo de trinta dias, a fim de aprová-los ou não. Mais uma vez, encontramos o controle do Poder Legislativo sobre os “atos emergenciais do Executivo com força de lei”.

O Regimento do Congresso dos Deputados deverá estabelecer procedimentos sumário e especial para a apreciação dos decretos-leis.

Entre as “Disposiciones Legislativas” e as medidas provisórias temos algumas semelhanças, são elas: pressupostos para sua utilização, controle pelo Legislativo, prazo de trinta dias para apreciação e procedimento especial de tramitação no Parlamento. A grande diferença é que nas “Disposiciones” encontramos as matérias vedadas expressamente a estas, e nas medidas provisórias não.

É importante ressaltar que a falta de vedação expressa para limitar as medidas provisórias quanto à matéria não significa que a Constituição brasileira não imponha restrições às mesmas.

A Constituição italiana de 1948, em seu art. 77, estabelece a “Ordinanza di Necessità” que muitos juristas afirmam ser o instrumento jurídico inspirador de nossas medidas provisórias adotadas em 1988.

Na “Ordinanza di Necessità” também existem condições para a sua edição pelo governo (casos extraordinários de necessidade e urgência). O Parlamento, por sua vez, deve apreciar a “ordinanza” em sessenta dias, senão perderá toda sua eficácia desde sua publicação.

Como se nota, na Itália o Legislativo controla a “Ordinanza di Necessità”. Este controle também pode ser realizado pelo Judiciário.

Quando a “Ordinanza” for rejeitada ou não apreciada, a Câmara deverá regular por lei as relações jurídicas decorrentes das medidas excepcionais legislativas do Executivo.

Admite-se o processo de apreciação da “Ordinanza di Necessità”, pelo Parlamento italiano, emendas àquela. Aprovada a “Ordinanza”, ela se transformará em lei.

Novamente encontramos pontos comuns em instrumentos jurídicos de dois países distintos.

Na comparação da Medida Provisória brasileira e a “Ordinanza di Necessità” italiana constatamos em ambas os seguintes: existência de condições excepcionais para sua edição pelo Executivo; controle pelo Legislativo; perda da eficácia se não apreciadas ou rejeitadas; prazo legal para deliberação do Parlamento quanto àquela apesar deste prazo ser diferenciado nos

dois institutos; Legislativo regulando as duas figuras jurídicas; e falta de referência expressa das Constituições das matérias pertinentes àquelas.

10 — Conclusão

Não resta dúvida da necessidade de medidas ou meios especiais para que o Executivo enfrente as mudanças da realidade social e econômica sempre desejosa e carente de normas jurídicas.

É real a urgência do Executivo em certos instantes especiais, por normas legais adequadas ao momento crucial da sociedade que não pode esperar pela omissão ou morosidade do Poder Legislativo em sua função primordial de produção legislativa.

Diversos países do mundo, desenvolvidos ou subdesenvolvidos, outorgam em suas Cartas Constitucionais e/ou legislação extraconstitucional poderes especiais e limitados para o Executivo assumir o papel de produtor das normas jurídicas em casos excepcionais criados pela sociedade industrial moderna.

Como vimos, as medidas provisórias adotadas pelo Texto Constitucional de 1988 não são em nada inovadoras em nosso mundo jurídico e muito menos no Direito Comparado.

Os países analisados neste trabalho que adotam os “atos emergenciais com força de lei”, seja qual for o nome dado, visualizam os mesmos como algo limitado e precário, restrito a pressupostos e a certas matérias, suscetíveis de julgamento e de controle tanto do Poder Legislativo como do Judiciário.

Apesar de algumas dúvidas ainda existentes quanto às medidas provisórias, não podemos deixar de interpretar estas dentro de uma ótica limitada, como escrevemos no parágrafo acima. Esta é a tendência internacional e foi o espírito do nosso constituinte de 1988.

Interpretar as medidas provisórias fora de um alcance restrito significa pactuar com a prevalência do Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário, e com a instabilidade jurídica e social. Medidas provisórias sem freios levam ao autoritarismo e à quebra da ordem democrática.

As medidas provisórias devem ser disciplinadas por lei complementar, restritas pelos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, vedando-se a sua aplicação a certos tipos de matéria (Direito Tributário, Penal e mais as proibições do art. 68, § 1.º da CF).

Não só o Poder Legislativo como também o Judiciário não podem ser afastados do controle e julgamento das medidas provisórias. Seria a queda do Estado Democrático de Direito e do próprio Estatuto Jurídico Constitucional.

Bibliografia

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. "Medidas Provisórias". *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 91, ano 22, p. 116, jul./set. 1989.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. "Emendas em Medidas Provisórias". *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 93, ano 23, pp. 142-145, jan./mar. 1990.
- DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias*. Salvador, Editora Ciências Jurídicas, 1990, 136 p.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. "A Economia e o Controle do Estado". *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. 50, Tribunais, 4 de junho de 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "As Medidas Provisórias com Força de Lei". *Repertório IOB de Jurisprudência*, Rio de Janeiro, 589, pp. 86-89, 1ª quinzena de março de 1989.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. "Infrações Penais e Medidas Provisórias". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 659, ano 79, pp. 367-370, set./1990.
- GRAU, Eros Roberto. "Medidas Provisórias na Constituição de 1988". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 658, ano 79, pp. 241-243, ago./1990.
- LEÃO, Antônio Carlos Amaral. "A Teoria da Imprevisibilidade e o "Plano Brasil Novo"". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 656, ano 79, pp. 249-253, jun./1990.
- LEITE, Júlio César do Prado. "As Medidas Provisórias e o Direito do Trabalho". *LTR*, São Paulo, v. 55, nº 1, ano 55, pp. 8-13, jan./1991.
- MARTINS, Ives Granda da Silva. "Medidas Provisórias — Regulamentação — Limites." *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 307, ano 85, pp. 80-87, ago./set. 1990.
- MELLO FILHO, José Celso de. "Considerações sobre as Medidas Provisórias." *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 33, pp. 203-225, jun./1990.
- PRADE, Péricles. "Medidas Provisórias — Análise do Substitutivo aos Projetos de Lei Complementar". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 660, ano 79, pp. 17-27, out./1990.
- QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro, Forense, 1982, 286 p.
- REALE, Miguel. "Medidas Provisórias — Choque na Economia — Controle de Preços — Liberdade Empresarial — Penalidades — Discricionariedade." *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 91, ano 22, pp. 68-75, jul./set. 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 721 p.
- TACITO, Caio. "Medidas Provisórias na Constituição de 1988." *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 90, ano 22, pp. 51-56, abr./jun. 1989.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, pp. 153-156.
- Constituição Espanhola de 1978.
- Constituição Italiana de 1948.
- Constituição Portuguesa de 1976 e revista em 1982.

Apontamentos sobre Aspectos da Constitucionalidade das Proposições Legislativas

AFONSO CÉSAR

Do Instituto de Pesquisas, Estudos e Assessoria
do Congresso

Quantos — e não são poucos — se ocuparam, entre nós, do processo e da técnica legislativa, não se detiveram na análise nem destinaram maiores considerações ao problema da constitucionalidade ou não das proposições legislativas.

Entre esses, não se pode esquecer NELSON DE SOUSA SAMPAIO (*O Processo Legislativo*, edição Saraiva, São Paulo, 1968), JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*, edição Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964) e, LÚCIO BITTENCOURT (*O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Forense Editora, Rio, 1949).

Outros numerosos autores abordaram aspectos do processo e da técnica legislativa em estudos sobre direito constitucional.

É que, a rigor, a constitucionalidade dos projetos legislativos deve ser aferida pelos mesmos cânones aplicáveis ao exame da constitucionalidade das leis deles originárias.

Não há outra alternativa.

Daí porque, como regra, deve ser entendido como constitucional projeto do qual, mantidos os seus termos, resulte legislação de constitucionalidade incontroversa.

Desloca-se, portanto, necessariamente, o estudo da constitucionalidade dos projetos para o campo do exame da constitucionalidade das leis. Nesta esfera, avulta a importância do conhecimento da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua mais alta e conspícua atribuição, qual a de, definitiva e irrecorrivelmente, dizer da constitucionalidade das leis ou decretar-lhes a inconstitucionalidade.

Discorrendo sobre a presunção de constitucionalidade, ensina LÚCIO BITTENCOURT:

“É princípio assente entre os autores, reproduzindo a orientação pacífica da jurisprudência, que milita sempre em favor dos atos do Congresso, a presunção de constitucionalidade. É que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do texto constitucional, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada.

Esse poder de interpretar o texto — pondera CASTRO NUNES — “é, aliás, inerente à aplicação de toda lei, porque a aplicação pressupõe a exegese, como operação preparatória do desenvolvimento da regra legal ou da expedição do ato. Quer o Poder Legislativo, com as luzes de suas Comissões Técnicas, quer o Executivo, esclarecido pelos precedentes judiciais e por outros subsídios de informação jurídica, fixam para as necessidades do desempenho de suas funções respectivas o entendimento das cláusulas constitucionais. Daí resulta que as leis do Congresso e os atos de igual força, ainda que emanados do Executivo, são, quando argüidos de inconstitucionalidade, presumidamente válidos.” (*Op. cit.*, pp. 91/2.)

Ainda para LÚCIO BITTENCOURT, a inconstitucionalidade da lei decorre, sempre, de uma das quatro seguintes situações:

- 1.^a — desrespeito à forma prescrita;
- 2.^a — inobservância de condição estabelecida;
- 3.^a — falta de competência do órgão legiferante;
- 4.^a — violação de direitos e garantias individuais.

Basicamente, todavia, a inconstitucionalidade será intrínseca ou extrínseca.

Contudo, os vícios de inconstitucionalidade das proposições só são sanáveis se alterado o seu texto, quando se tratar de inconstitucionalidade referente ao mérito ou modificado o processo, quando a inconstitucionalidade decorrer de inobservância de norma processual.

Numa e noutra hipóteses, qualquer projeto marcado por inconstitucionalidade se não sofrer, conforme o caso, quanto à forma ou ao conteúdo, alterações que eliminem, quando possível, suas distorções originais e lhe restituam a compatibilidade com o texto constitucional, ainda que mereça pareceres favoráveis de todas as Comissões Técnicas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e seja, por último, unguído pela sanção presidencial, só poderá produzir lei marcadamente inconstitucional.

Falecem, obviamente, ao Congresso Nacional e ao Poder Executivo, isolada ou conjuntamente, poderes para, ao arripio da norma constitucional, legislar. Ambos participam do processo, unilateral ou harmonicamente. Com efeito, só ao Congresso cabe discutir, votar e promulgar emendas constitucionais, bem assim leis delegadas e decretos legislativos; as resoluções, votam-nas, isolada ou conjuntamente, as Casas Legislativas; as leis ordinárias e complementares não prescindem da participação do Congresso e do Presidente da República; finalmente, o poder regulamentar é, consoante nossa tradição constitucional republicana, exercido, com exclusividade, pelo Presidente da República.

O que comanda, entretanto, todo o processo legislativo, legitimando-o ou proscovendo-o, é a Constituição que, ela própria, erigiu como seu guardião e intérprete máximo o Supremo Tribunal Federal.

Qualquer projeto de lei federal que intente dispor sobre matéria da exclusiva competência dos Estados ou dos Municípios; que pretenda cercear garantias individuais; que ouse violar a ordem econômica; que atente contra os direitos políticos é intrinsecamente inconstitucional como projeto e, mesmo aprovado pelo Congresso e sancionado pelo Presidente da República, se-lo-á sempre e, por sê-lo, sem qualquer limitação no tempo, sua inconstitucionalidade poderá ser decretada pelo Supremo Tribunal Federal.

De igual modo, seja qual for o projeto extrinsecamente inconstitucional, como o que legisse ordinariamente sobre matéria da alçada de lei complementar, mantida a inobservância do processo legislativo prescrito, jamais poderia transformar-se em lei constitucionalmente válida, muito embora votado pelo Congresso e sancionado pelo Presidente da República. A qualquer tempo sua inconstitucionalidade — que não se apaga com o tempo, imprescritível que é — nem se transfigura pela sanção, poderá ser invocada perante o Supremo Tribunal Federal e por ele reconhecida, quer mediante representação do Procurador-Geral da República, seja em julgamento de recursos extraordinários.

Assim também os decretos legislativos só apreciados por uma Casa do Congresso; as leis complementares votadas sem observância do *quorum* constitucional; os projetos da Câmara emendados pelo Senado (ou vice-versa) e submetidos à sanção antes de nova manifestação da Câmara onde teve origem.

Inversamente, o veto, ainda que aplicado quando o Presidente da República “julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional”, não tem o condão de transformar proposição de irrepreensível constitucionalidade em proposição inconstitucional, mesmo porque o entendimento presidencial pode, nos precisos termos constitucionais, ser rejeitado pelo Congresso. Na hipótese, a lei dele resultante, promulgada, então, pelo Congresso, entrará em vigor, a despeito de tê-la considerado inconstitucional

o Presidente da República. Ao Chefe do Poder Executivo restará a alternativa de reconsiderar o juízo formulado ao vetá-lo ou, coerentemente, mantê-lo e bater às portas do Supremo, postulando a decretação da inconstitucionalidade dessa lei.

É flagrante a evidência: a constitucionalidade da lei não advém da sanção do projeto, tal como a sua inconstitucionalidade não decorre do veto.

Quando o Congresso aprova um projeto e o Presidente da República o veta, por entendê-lo inconstitucional, se aceita o veto, quer isto dizer que a proposição que o Congresso considerava inicialmente constitucional, deixou, depois, de fazê-lo, aderindo ao entendimento presidencial. Houve, aí, duplo julgamento, do Congresso e do Presidente da República, sobre constitucionalidade, negando-a, de uma proposição. Não, é claro, da lei, que não chegou a existir.

Mas se projeto de lei intrínseca ou extrinsecamente inconstitucional (conservados os vícios de origem) não pode transsubstanciar-se em lei constitucionalmente válida, a recíproca nem sempre é verdadeira. De fato, há caso em que projetos rigorosamente constitucionais podem transfigurar-se em leis inegavelmente inconstitucionais.

É que o processo de elaboração, no caso das leis ordinárias e complementares, é, por excelência, ato complexo: depende, num estágio, da votação pelo Congresso e, noutro, da sanção e promulgação presidencial. O silêncio do Presidente, decorrida a quinquena, importará sanção. A sanção, por sua vez, só pode ser suprida pela rejeição do veto presidencial pelo Congresso que, então, promulga a lei. Não, porém, em todas as hipóteses.

No caso dos projetos cuja iniciativa é privativa do Presidente da República, a falta desta pode ser provida pela sanção. Contudo, quando o Presidente da República não teve a iniciativa de projetos que tais e, após vetá-los vê seu veto rejeitado, a lei então promulgada pelo Congresso — embora, já o dissemos, o projeto fosse constitucionalmente válido intrínseca ou extrinsecamente — passa a lei dele resultante a ser desenganadamente inconstitucional, segundo se infere da Súmula (item 5) do Supremo Tribunal Federal. Faltou-lhe, a esse ato necessariamente complexo, a manifestação indispensável da vontade de uma das partes. Não pode, portanto, prevalecer sem insulto ao texto constitucional. Mas a inconstitucionalidade não era do projeto em si. Se fosse, seria insanável, evidentemente, pela sanção.

Vale lembrar que o veto pode ser aplicado quando o Presidente da República julga o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou quando o considera “contrário ao interesse público”.

Na hipótese, entretanto, o veto só seria cabível com fundamento na contrariedade do projeto ao interesse público do qual, inquestionavelmente,

o Presidente é o árbitro. Diz, a respeito, JOSÉ AFONSO DA SILVA (*op. cit.*, pág. 202):

“O certo é que os *interesses nacionais*, no caso, ficam na dependência do entendimento do Presidente da República, que, na realidade, assim há de considerar tudo quanto contrarie sua ideologia política e seu programa de governo, ainda que tais não correspondam aos reais interesses nacionais.”

Apresenta-se, nesta altura, em toda a sua plenitude, a questão da *iniciativa*, qual seja, a de indagar-se se e quando a falta de iniciativa na formulação de projeto por parte de quem dela é titular exclusivo pode inquiná-lo de inconstitucional.

Preliminarmente, a falta do requisito só acarreta a inconstitucionalidade da proposição e, conseqüentemente, da lei que dela resultar, se não puder ser preenchida pela sanção, como seria, por exemplo, o caso de projetos cuja iniciativa caiba aos Tribunais Federais com jurisdição em todo o território nacional.

Na apreciação da matéria, no campo doutrinário, dividiram-se os tratadistas. CÁIO TÁCITO, A. NOGUEIRA DE SÁ e E. D. MONIZ DE ARAGÃO¹ negam possa a falta de iniciativa do Poder Executivo ser suprida pela sanção. Na corrente contrária pontificaram LÚCIO BITTENCOURT, SEABRA FAGUNDES e um dos mais eminentes constitucionalistas, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI². Discorreu, também, sobre o tema, com singular proficiência, JOSÉ AFONSO DA SILVA (*op. cit.*, pág. 91), quando assinalou:

“A regra de reserva tem como fundamento pôr na dependência do titular da iniciativa a regulamentação dos interesses vinculados a certas matérias. Não se trata de adotar aqui a tendência que distingue as cláusulas em mandatórias ou diretórias. Pois a regra de reserva é imperativa no que tange a subordinar a formação da lei à vontade do titular da iniciativa. Ora, essa vontade pode atuar em dois momentos: no da iniciativa e no da sanção. Faltando a sua incidência, o ato é nulo; mas se ela incidir com a sanção, satisfeita estará a razão da norma de reserva.”

Perdeu, entretanto, interesse o debate doutrinário, ao ser definitiva e inapelavelmente superado por iterativas decisões do Supremo Tribunal Federal, que, de tão constantes o levaram a inseri-las na sua Súmula.

1 CAIO TÁCITO — “Comentário ao Acórdão do STF no Recurso Extraordinário nº 20700”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 30, p. 305.

A. NOGUEIRA DE SÁ — “Elaboração das Leis cuja iniciativa cabe ao Executivo”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 35, p. 493.

E. D. MONIZ DE ARAGÃO — “Poder de Iniciativa e Constitucionalidade das Leis”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 64, p. 352.

2 *Revista de Direito Administrativo*, vols. 44 e 72.

Com efeito, diz, peremptoriamente, o verbete 5 da Súmula:

“A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.”

A conclusão, para nós, é indesejável: são rigorosamente constitucionais, à luz da doutrina e da Súmula 5 do Supremo Tribunal Federal, projetos de autoria de parlamentares cuja iniciativa seja privativa do Presidente da República. As leis deles resultantes o serão, igualmente, se sancionadas pelo Presidente da República.

Vale lembrar, por derradeiro, que o problema oferece outras implicações que reclamam atenção e estudo.

De fato, o desfecho do processo legislativo, como regra geral, está assim disciplinado: aprovada qualquer projetada disciplinação legal pelo Congresso, será a matéria submetida ao Presidente da República que poderá sancioná-la, vetá-la ou manter-se silente durante o prazo de quinze dias destinado à sua manifestação.

Na superveniência do veto, sua apreciação se impõe em sessão conjunta, dentro de trinta dias e só poderá ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto; se o veto sofrer rejeição, será o projeto enviado ao Presidente da República para promulgação, solenidade indispensável à eficácia da lei.

Na falta da promulgação da lei dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República e na hipótese de sua abstenção, durante quinze dias, em sancionar ou vetar proposição aprovada pelo Congresso, o Presidente do Senado a promulgará e, na sua omissão, cumprirá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

Tal regra geral, todavia, não se aplica quando se tratar de projeto em que a iniciativa era privativa do Presidente da República, mas teve início no Congresso e recebeu o veto presidencial, porque o processo legislativo estará, aí, definitivamente encerrado, no caso, não podendo haver apreciação do veto pelo Congresso pelo fato de não ter sido a falta de iniciativa suprida pela sanção. O arquivamento sumário do projeto se imporá, porque se o veto fosse examinado e rejeitado não teríamos como produto nenhuma lei a ser promulgada pelo Presidente ou pelo Congresso.

Impor-se-á idêntico procedimento quando não houver sanção ou veto, pois, ainda aqui será defeso ao Presidente do Senado promover a promulgação, na medida em que este ato objetiva precisamente tornar a lei obrigatória pela divulgação. Ora, se o Congresso pretendesse fazê-lo não teria poderes para dar eficácia e início de exigibilidade à norma em questão, irremediavelmente comprometida por vício insanável de inconstitucionalidade pela falta de iniciativa do Executivo não suprida, formalmente, pelo assentimento do Presidente da República, mediante sanção.

Das Fundações Instituídas pelo Poder Público na Constituição de 88

RÔMULO PAES BARRETO

Doutorando da Faculdade de Direito, UFRJ,
e licenciado em Letras pela UERJ.

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Da origem e da evolução das Fundações. III — Das Fundações em geral. IV — Das Fundações instituídas pelo Estado. V — Da Administração Indireta. VI — Das Autarquias. VII — Das Empresas Públicas. VIII — Das Sociedades de Economia Mista. IX — Das considerações finais. X — Bibliografia.

I — Introdução

Com a Revolução Industrial ocorrida na Grã-Bretanha entre aproximadamente 1750 e 1830, o homem tomou consciência das possibilidades de que dispunha para mudar profunda e radicalmente toda a estrutura da sociedade. De uma economia basicamente agrícola-artesanal, nasce uma outra predominantemente urbano-industrial, que não privilegia apenas os ingleses, mas se difunde também na Europa, notadamente na Bélgica, Alemanha, Itália e, no fim do século XIX, na União Soviética, Estados Unidos da América, inclusive na Ásia, através do Japão, já a partir de 1868.

O aparecimento da máquina teve um efeito extraordinário, porque o trabalho artesanal transformara-se em trabalho assalariado, ao mesmo tempo em que a utilização da energia a vapor nas indústrias substituíra por inteiro o esforço da atividade braçal, responsável pelo enorme consumo da resistência física humana.

Para PAULO ROCHA LAGOA, a máquina tudo mudou, gigante envolvente que é, suscetível de modificar até mesmo as relações sociais, na medida em que concedia a seus detentores maior poder e submetia o resto da humanidade a situações de dependência até então desconhecidas. Essas

transformações da sociedade necessariamente se refletiram no ordenamento jurídico¹.

Em todo esse contexto, foi exigida maior ação do Estado, sobretudo em iniciativas até então da exclusiva responsabilidade de particulares. Sua participação se torna mais intensa, em virtude da multiplicidade de solicitações e de pleitos, que reclamam providências imediatas, para atender às necessidades do presente. Em consequência, o Estado é obrigado a exercer a sua força, agindo como mediador, conciliador e, às vezes, ainda, como ponto de equilíbrio da vida social. Aos poucos, o poder público passa a influir na vida econômica não só de forma direta, mas em associação com terceiros. Os negócios transformam-se rapidamente em matéria-prima da administração, como resultado do processo: mais serviços se instalam, e o Estado é obrigado a aceitar o desafio da concorrência, atuando como agricultor, segurador, industrial, banqueiro, transportador, participando, portanto, de todas as atividades econômicas fundamentais, isto é, da produção, da intermediação e de serviços.

A progressiva atualização de serviços facilitou, assim, a criação de órgãos dotados de autonomia (autarquia), livres de exigências e da difícil engrenagem da Administração central. O ingresso deliberado do Estado na vida econômica, em associação com particulares, foi beneficiado por preceitos já existentes no Direito Privado. O desempenho da atividade governamental, pelo particular, com base nessas normas, deu nascimento às sociedades de economia mista. O propósito de exercer atividade econômica, com recursos próprios, independentemente da colaboração de particulares, com possibilidade de reunir maiores somas de recursos, proporcionou ao Estado a criação das empresas públicas.

Em meio a esses órgãos dotados de personalidade jurídica própria, as Fundações, de existência mais longa, já se apresentavam com uma estrutura mais simples, prestando serviços a pessoas carentes, através de hospitais, orfanatos, casas geriátricas. Era uma atividade realizada, a princípio, pela Igreja, com patrimônio obtido através de doações "mortis causa". Com base nessa experiência, o Estado resolveu investir nas Fundações, à sua maneira, incorporando-as aos órgãos de Administração Indireta, com caráter predominantemente cultural, assistencial ou educacional. A verdade é que o Poder Público, no propósito de criar mais serviços, facilitando de algum modo o aparecimento de mais empregos, inaugurou, no Brasil, com a participação da União, dos Estados-Membros e dos Municípios, a "era das fundações", que já somam, segundo estimativas, mais de quinhentas, em todo o território nacional. Acontece que, na opinião de

1 ROCHA LAGOA, Paulo F. As Fundações Instituídas pelo Poder Público — Sua Natureza Jurídica e seu Controle. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, de 11 a 16 de julho de 1976. Niterói, Imprensa Oficial, 1978, p. 189.

HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO, a originalidade da solução e a inexistência de um uniforme conceito doutrinário de Fundação (quando criada pelo Poder Público) são responsáveis, sem dúvida, por soluções do legislador brasileiro diante do novo instituto jurídico cuja disciplinação lhe caberia fazer em termos que não deixassem margem para dúvidas ².

II — *Da origem e da evolução das fundações*

Para LUIZ FERNANDO COELHO, as origens do instituto da fundação podem ser explicadas pelo espírito de solidariedade, apanágio do ser humano, presidindo a uma procura de meios de auxiliar às pessoas necessitadas. Desde os primórdios da humanidade, registram-se atitudes de homens que, movidos pelo amor às artes e à soberania ou o singelo amor ao próximo, legavam bens para alguma finalidade cultural e filantrópica ³.

Os precedentes que traduzem esse propósito de benemerência existem, inclusive, na história: a doação, por exemplo, da biblioteca de Alexandria, pelos Ptolomeus, afirmou-se depois como patrimônio desvinculado da pessoa dos seus doadores. Outro acontecimento importante foi a fundação da escola de PLATÃO, a Academia, nos jardins de Academus. Ela não funcionava com características de estabelecimento de ensino, em sentido estrito, mas como instituição científica e religiosa, voltada para o culto das musas de Atenas. É interessante notar que PLATÃO, depois de dirigir a instituição durante aproximadamente vinte anos, resolveu legá-la aos seus sucessores.

Há quem sustente que a idéia de fundação entre os romanos foi resultado da influência grega, a partir do século V a. C., quando se assiste ao aparecimento das primeiras instituições mais ou menos assemelhadas, visando à celebração dos deuses. Lembra-se ainda que os romanos chegaram mais próximos da idéia de fundação, tendo os gregos sob o seu domínio, de tal forma que, após a conquista, surgem em Roma as primeiras fundações, com algumas dedicadas ao culto funerário, à distribuição de alimentos, sendo que outras foram criadas visando à manutenção de crianças carentes e, em alguns casos, dos jogos.

Estudioso do assunto, LUIZ FERNANDO COELHO recorda que o direito romano, embora atribuisse personalidade jurídica somente aos entes do tipo associativo, concebia a existência de patrimônios vinculados a determinados fins; à época do direito romano clássico não existiam patrimônios dotados de autonomia jurídica que pudessem ser considerados ante-

2 SENNA, Homero & MONTEIRO, Clóvis Zobaran, *Fundações — No Direito, na Administração*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1970, p. 49.

3 COELHO, Luiz Fernando. *Fundações Públicas*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 7.

cedentes direitos da fundação, mas a solução preconizada consistia na transferência do patrimônio a uma cidade ou *collegium*, com a imposição dos fins de utilidade pública, o que era feito mediante testamento ou por ato *inter vivos*. Os particulares não podiam constituir fundações com os próprios bens, mas podiam doá-los ou legá-los a uma pessoa jurídica, com a estipulação do *modus* ⁴.

No estudo das fundações, dois fatos tiveram repercussão extraordinária, para a sua evolução: a) a instituição de uma *actio popularis*, para efetivação das fundações criadas por legado ou doação; b) e a atuação progressiva de entidades religiosas e, em particular, da Igreja, elevada à condição de pessoa.

Não foi apenas na antiguidade que surgiram os primeiros traços das fundações. COTRIM NETO acredita que, numa época posterior adiantada da Idade Média, pelas proximidades do Renascimento, teria surgido outro tipo de fundação, encontradão na simbiose do estilo primitivo (do patrimônio simplesmente afetado) com a corporação: seria a fundação destinada a fins educacionais, ou assistenciais, a tão conhecida "mão morta", que assim se chamaria, segundo POTHIER, porque seus bens estariam fora do comércio, ou porque estariam destinados à perpetuidade ⁵.

Com o começo da Idade Moderna, a fundação adquire maior independência, desvincula-se da influência da Igreja, e se insere no ramo do direito público, cujos princípios até então contidos no domínio eclesiástico, desde a Idade Média, levando a seu lado outras instituições administrativas.

É, no século XVIII, que as fundações se multiplicam, principalmente nos Estados Unidos da América, em busca de recursos para superar problemas econômicos e sociais resultantes da Guerra de Secessão (1861-1865). Terminada a luta, foram contados mais de 600 mil mortos de ambos os lados. A escravidão fora totalmente abolida, mas o Sul, escravista, estava devastado, enquanto o Norte deixava o conflito mais forte. Independentemente disso, era preciso muito esforço para recuperar a economia do país, proliferando, nessa difícil contingência, as fundações, inauguradas graças ao espírito público de grandes pioneiros: BENJAMIN FRANKLIN doara verdadeiras fortunas às cidades de Boston e Filadélfia, no ano de 1790, a título de empréstimos a jovens; GEORGE PEABODY, oferecera também expressiva contribuição, para que surgisse, em 1867, o *Peabody Educational Fund*, criado com a finalidade de colaborar em projetos educacionais nos Estados do Sul e do Sudoeste norte-americanos; deve-se também a

4 COELHO, Luiz Fernando. *Fundações Públicas*, op. cit., p. 8.

5 COTRIM NETO, A. B. Da Fundação Instituída pelo Estado — Uma Autarquia. *Revista de Direito Público* (74), São Paulo, Revista dos Tribunais, Ab./jun. Ano 1985, p. 81.

JAMES SMITHSON, por exemplo, a *Smithonian Institution*, inaugurada em 1846.

A notável expansão das fundações entre os norte-americanos resultou, sem dúvida, do espetacular progresso alcançado pelo país e, sobretudo, porque a grande concentração de bens entre pessoas estimulou maior participação comunitária, em grandes investimentos, através de projetos de natureza educacional, cultural, assistencial. Foi nesse sentido que se criou uma importante rede de universidades, bibliotecas, teatros, museus, orquestras sinfônicas, hospitais, orfanatos, casas geriátricas e muitos outros, cuja atuação, em alguns casos, se faz sentir até fora dos Estados Unidos da América, que dispõem hoje de aproximadamente 20 mil Fundações, onde se salientam as seguintes: *Ford Foundation*, *Rockefeller Foundation*, *Carnegie Corporation*, *Duke Endowment* e a *John A. Hartford Foundation*.

No Reino Unido, as Fundações mais importantes são a *Fundação Niffield*, dedicada à educação, assistência à velhice, proteção à saúde e bem-estar social; o *Pilgrim Trust*, que cuida do problema do desemprego, da preservação do patrimônio histórico e artístico nacional. Com representação em Lisboa, a Fundação Calouste Gulbenkian dá apoio a iniciativas artísticas, científicas, educacionais e caritativas.

A França não tem muitas fundações. São aproximadamente 250, e a mais nova é a *Fondation de France*, criada em 1969, que realiza atividades de caráter educacional, científico, social, cultural e filantrópico.

Com relação à Itália, salientam-se a *Fondazione Adriano Olivetti*, que cuida de problemas sociais e humanos; a *Fondazione Giovanni Agnelli* e *Luigi Einaudi*, consagradas a questões sociais contemporâneas. Há ainda a *Fondazione Alesandro Manzoni*, cuja atividade está voltada para a defesa do patrimônio artístico e dos monumentos.

Ne República Federal da Alemanha, as mais importantes são a *Fundação FRIEDRICH EBERT*, a *Fundação HANNS SEIDEL*, a *Fundação KONRAD ADENAUER*, a *Fundação VOLKSWAGEN* e a *Fundação ACERVO CULTURAL PRUSSIANO*, instituída por uma lei federal do ano de 1957, responsável pela administração das coleções culturais do antigo Estado da Prússia.

Entre os suecos, por exemplo, a fundação mais conhecida é a *Fundação Alfred Nobel*. É através dessa conceituada instituição que se concedem anualmente prêmios a indivíduos e/ou instituições que tenham tido atuação mais destacada, "em benefício da humanidade", em cada uma das seis áreas seguintes: Física, Química, Fisiologia ou Medicina, Literatura, Paz e Economia. Essas láureas têm sido conferidas desde o ano de 1901, excetuando-se a de Economia, que só passou a ser distribuída em 1969. Quanto ao "Prêmio Nobel da Paz", algumas vezes objeto de controvérsia, a sua concessão depende de decisão de uma comissão de cinco pessoas, eleita pelo Parlamento norueguês.

Na Espanha, há a *Fundação Juan March*, criada com o propósito de preparar professores de artes e ciências. Os suíços organizaram a *Cruz Vermelha Internacional* e, nos países baixos, já goza de grande prestígio a *Fundação pela Cooperação Internacional*. A *Fundación Torquato Di Tella e Cossio*, dedicada à Medicina, é uma outra entidade de elevado conceito, mantida pelos argentinos. Temos, ainda, a *Fundación La Salle de Ciencias Naturales* (Venezuela), a *Fundación Universidad Central* (Colômbia) e a *Fundación Universidad de América* (Bolívia).

O Brasil conheceu as Fundações muito cedo. As *Santas Casas* destinaram-se inicialmente ao atendimento de pessoas doentes e à administração de cemitérios. A *Santa Casa de Misericórdia* mais antiga foi fundada no Rio de Janeiro, em 1582. Desta, originou-se a *Casa da Roda*, ou *Casa dos Expostos* (1738), também na mesma cidade, criada com a finalidade de acolher recém-nascidos abandonados, com recursos doados pelo português ROMÃO DE MATOS DUARTE, hoje ainda em pleno funcionamento, com apoio da Santa Casa de Misericórdia. Figuram também como as mais antigas, no Brasil, a *Fundação Diocesana, O Pão dos Pobres de Santo Antônio*, em Porto Alegre (1867); o *Abrigo Cristo Redentor*, no Rio de Janeiro (1923), destinado a prestar assistência a mendigos e a menores desamparados; a *Fundação Gaffré Guinle*, no Rio de Janeiro (1923); a *Fundação Osório*, também no Rio (1924), que se encarrega de alojar, educar e instruir órfãos de militares.

Há outras fundações, no Rio, salientando-se, pela longa tradição de trabalho, a *Fundação Darcy Vargas* (1939), para amparo e educação de menores abandonados e promoção do ensino profissional entre os mesmos; a *Fundação Serviço Especial de Saúde Pública — FSESP* (1942); a *Fundação Getúlio Vargas* (1944), com finalidade técnico-educativa, especializada na organização racional do trabalho; a *Fundação Leão XIII* (1947), destinada a dar assistência aos menores dos morros e favelas; *Fundação das Pioneiras Sociais* (1956), organizada para prestar assistência médica, social, moral e educacional às populações pobres e a pesquisas relacionadas com os objetivos de sua criação. A *Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor — FUNABEM*, criada em substituição ao antigo Serviço de Assistência a Menores; *Fundação Casa de Rui Barbosa* (Ministério da Cultura); *Fundação de Assistência ao Estudante — FAE* (Ministério da Educação); *Fundação Centro Brasileiro de Televisão Educativa — FUNTEVÊ*; *Fundação Brasil Central*, com sede em Brasília, e muitas outras.

III — Das fundações em geral

São pessoas jurídicas de direito privado as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; as sociedades mercantis (Código Civil, art. 16).

Pará simplificar, deter-nos-emos apenas sobre as fundações, que correspondem a *universitas personarum bonorum* do direito antigo. Embora as associações se equiparem àquelas nesse aspecto, há diferenças bem nítidas entre ambas. Nas associações, segundo WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, há interesses, fins e meios próprios, exclusivos dos sócios; nas fundações, os fins e interesses não são próprios, mas alheios, isto é, do fundador. Além disso, naquelas, os fins podem ser alterados pelos associados; nestas, os fins são perenes e imutáveis, limitando-se os administradores a executá-los simplesmente ⁶.

Cumpre ressaltar que nas associações o seu patrimônio é formado pelos consórcios, estimulados pelo interesse comum; o patrimônio, nas fundações, resulta de legado do instituidor, que se opera tanto através do particular como do Poder Público. As decisões nas associações são geralmente livres de amarras, ou de qualquer burocracia porque atuam como órgãos independentes, dominantes; naquelas, por exemplo, a palavra final é do instituidor, diante de órgãos estritamente subordinados, dependentes.

Para criar uma fundação, far-lhe-á o instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Dentre os requisitos para existência da mesma, CARVALHO SANTOS, repetindo lição de CLÓVIS BEVILACQUA, enumera os seguintes:

I — um patrimônio composto de bens livres no momento da constituição;

II — o ato constitutivo, ou a dotação, que deverá constar de escritura pública ou testamento;

III — a declaração, nesse ato, do fim especial a que se destina a fundação;

IV — estatutos que atenderão às bases deixadas pelo instituidor;

V — uma administração.

Para o autor do Código Civil Interpretado, há ainda um requisito que foi omitido por CLÓVIS, ou seja, o registro, sem o qual a fundação não adquire personalidade ⁷.

De acordo com HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO, as fundações tipicamente de direito privado não são, porém,

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil — Parte Geral*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, v. 1, p. 112.

⁷ SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. 1, pp. 404-405.

as únicas existentes entre nós. Ao lado delas, chamadas a exercer as mais diversas funções, no campo cultural, assistencial, educacional e até mesmo em áreas outrora reservadas à Administração do Estado, vicejam as chamadas fundações públicas, que merecem hoje as preferências gerais e muitos supõem capazes de resolver todos os nossos problemas administrativos⁸.

Em tese sobre fundações instituídas pelo Poder Público, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA observa que a criação, pelo Estado, de uma pessoa jurídica, seja de direito público, seja de direito privado, exige a edição de um ato legislativo formal. Na primeira hipótese, a lei cria o novo ser; na segunda, autoriza que se crie. Destarte, as autarquias são criadas por lei, ou por ato jurídico equivalente, enquanto as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações têm sua criação autorizada pelos mesmos. Diferem, portanto acrescenta — as hipóteses de criação de fundações civis pelo Estado e por particular. Neste último caso, “as fundações, qualquer que seja o seu fim, não dependem de autorização administrativa para se constituírem”: predomina, segundo lição de CLÓVIS BEVILACQUA, um regime de liberdade⁹.

As fundações de direito privado exerceram papel significativo na vida administrativa brasileira. Inauguradas antes das autarquias, serviram de inspiração para estas, posteriormente, num processo crescente de descentralização de serviços públicos.

Passada a fase das autarquias, assiste-se agora ao reaparecimento das fundações, cujas características se assemelham à forma de administração daquelas, embora sejam rotuladas como fundações públicas. Criadas pelo Estado, diferem das fundações civis, que obedecem, para efeito de instituição, aos preceitos estabelecidos pelo Código Civil (art. 24).

Diante de tanta controvérsia para se fixar o verdadeiro sentido das fundações públicas, é LUIZ FERNANDO COELHO quem oferece um posicionamento realmente satisfatório. Para o professor paranaense, o que distingue as fundações públicas das particulares não é a sua personalidade jurídica distinta, porém, o fato de o instituidor ser o próprio Estado, o qual, pelos meios adequados, vale dizer, por lei, destina parte do seu patrimônio à consecução de fins de interesse público, patrimônio esse associado ou não a patrimônio de origem privada. Em geral tais funda-

8 SENNA, Homero & MONTEIRO, Clóvis Zobaran. *Fundação — No Direito, na Administração*, op. cit., p. 16.

9 FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro (12) p. 106, 1970.

ções são criadas em virtude de lei, o que não dispensa a observância das demais formalidades do direito civil¹⁰.

A propósito, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA recorda que foi na década de 40 que começaram a surgir estas novas fundações, datando o Decreto-Lei n.º 5.780, que cuidara da *Fundação Abrigo do Cristo Redentor*, de 19-8-43, e o de n.º 5.878, que tratara da *Fundação Brasil Central*, de 4-10-43. Seguiram-se outras como a *Fundação Rádio Mauá* (1945), *Fundação da Casa Popular* (1946). Na década de 50, foram criadas a *Fundação de Assistência aos Garimpeiros*, a *Fundação Serviço Especial de Saúde*. A partir de 1961, foi criada a *Fundação Universidade de Brasília*, e numerosas fundações de ensino e culturais¹¹.

IV — Das Fundações instituídas pelo Estado

Especialistas em Direito Administrativo têm atribuído à indefinição do legislador, tanto na esfera federal quanto na estadual, a origem da controvérsia doutrinária para fixação da natureza jurídica das fundações instituídas pelo Estado.

Criadas sob inspiração das fundações particulares, existentes há longo tempo e disciplinadas por preceitos do direito privado, as fundações do Estado têm concorrido para que os mais prestigiosos jusadministrativistas brasileiros se coloquem em campos diametralmente opostos, em face do problema.

Para alguns, por exemplo, esses órgãos são pessoas jurídicas de direito público, semelhantes, mesmo, às autarquias. Na opinião de outros, as suas características ajustam-se melhor com o que realizam entidades particulares, de acordo com a tradição civilística.

COTRIM NETO observa que já tivera ensejo de dedicar longo estudo ao tema, na sua obra *Direito Administrativo da Autarquia*, editada pela Freitas Bastos e há muito esgotada. Na oportunidade — diz — colocávamo-nos ao lado dos que entendiam — e já eram ponderável corrente — ser a fundação instituída pelo Estado uma genuína autarquia, e, como tal, uma pessoa jurídica de direito público. Aconteceu que a publicação desse nosso trabalho antecederia, de uns poucos meses, a edição do Decreto-Lei n.º 200/67, que deu revolucionária estrutura à organização administrativa da União, e, por via reflexa, de todo o país; ao mesmo tempo, esse importante diploma dicotomizou a Administração Pública em

10 COELHO, Luiz Fernando. Da Natureza Jurídica das Fundações Instituídas pelo Poder Público. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, de 11 a 16 de julho de 1976. Niterói, Imprensa Oficial, 1978, p. 113.

11 FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, op. cit., p. 105.

ramos de Administração "direta" e "indireta", para esta última adotando tradução do alemão *mittelbar Staatsverwaltung*, lançado por ARNOLD KÜTTGEN, em artigo publicado em 1939, na revista *Verwaltungsarchiv*¹².

Para HELY LOPES MEIRELLES, as fundações, como "universidade de bens personificados", sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, e sujeitas a todas as normas que regem as pessoas jurídicas de personalidade privada (Cód. Civil, arts., 16, n.º I, e 24 a 30). Essas fundações não perdem a sua personalidade privada nem se estatizam, a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais, ou entidades públicas. São e continuam sendo pessoas jurídicas de Direito Privado, sujeitas às normas civis das fundações (Cód. Civil, arts. 16, n. I e 24 e 30), mas destinadas a realizar finalidades de interesse público, sob o amparo e fiscalização permanentes do Estado¹³.

JOSÉ CRETTELLA JUNIOR considera que, até agora, tem prevalecido a mentalidade privatística que equaciona e resolve os problemas do Direito Público em termos de Direito Privado, levando para o campo publicístico os próprios resultados alcançados no campo do Direito Privado. Chega-se ao cúmulo — diz — de racionalizar-se dentro dos esquemas do direito positivo, afirmando-se: o Código Civil só admite e só regula a Fundação de Direito Privado. Logo, como escapar a tão expreso pronunciamento? Se é fundação, é claro que será fundação de Direito Civil¹⁴.

Em estudo sobre fundações, PAULO F. ROCHA LAGOA explica que o Poder Público vem desenvolvendo largo número de funções até então atribuídas à administração indireta, preferindo-a às demais formas de pessoa jurídica pela sua inegável dose de maleabilidade, gerada por duas notas que lhe são próprias: 1) a personalidade jurídica de direito privado, ensejando a não-aplicabilidade dos princípios diretores dos órgãos públicos, sempre difíceis de manejar; 2) a ausência de estrutura interna legalmente fixada, o que permite adaptá-las às necessidades administrativas sempre que parecer necessário outorgar-lhes nova organização para melhor satisfazer sua finalidade¹⁵.

COTRIM NETO argumenta, ainda, que, seguindo a vereda aberta pelo Decreto-Lei n.º 200/67, um grande passo no aperfeiçoamento jurídico de nossa organização administrativa, chegaríamos logo a uma solução da

12 COTRIM NETO, A. B. Da Fundação Instituída pelo Estado — Uma Autarquia. *Revista de Direito Público*, op. cit., p. 84.

13 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, pp. 311 e 316.

14 CRETTELLA JÚNIOR, José. *Fundações de Direito Público*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 16.

15 ROCHA LAGOA, Paulo F., op. cit., p. 191.

problemática. Entretanto, por circunstâncias que não vêm ao caso considerar, tivemos a EC 1/69 e, na mesma oportunidade, o Decreto-Lei n.º 900/69. Dessa forma criou-se no sistema legal do Brasil um vazio jurídico, que vem tornando extremamente difícil discernir a natureza jurídica das fundações filiais do Estado, ao mesmo tempo em que gera problemas extremamente perturbadores e onerosos para a Administração Pública. Aliás, em vez de falarmos de vazio jurídico, melhor nos exprimiríamos dizendo que o Decreto-Lei n.º 900, de par com várias normas pertinentes ao serviço público — e onde se cogita de diversas espécies de fundações — criou um turbilhão de problemas jurídicos¹⁶.

Na opinião de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, depois da exclusão das fundações da Administração Indireta, por força do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 900 de 1969, elas se caracterizam como de Direito Privado, embora sujeitas ao controle público quando recebem auxílio ou subvenções do Poder Público¹⁷.

Com perspicácia, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO diz que a fundação pública, isto é, a fundação que é pessoa de Direito Público, é espécie de gênero autarquia. Autarquia é uma forma específica da capacidade de Direito Público, capacidade de reger por si os próprios interesses embora estes respeitem também ao Estado. É expressão ampla que abrange todos os seres de Direito Público seres que prosseguem atividades de interesse estatal. Ser autárquico é consequência do caráter público de uma pessoa jurídica¹⁸.

São poucos os autores brasileiros que examinam o problema das fundações instituídas pelo Estado com segurança, clareza, objetividade. A maioria se perde em argumentos que não convencem nem traduzem a sua realidade.

COTRIM NETO cita com argúcia, vários precedentes criados pelo Governo Federal, na área das Universidades, em leis posteriores ao Decreto-Lei n.º 900/69, e dos quais resultaram órgãos sob os mais variados regimes jurídicos, como, por exemplo: *Autarquia de Regime Especial (UFRJ)*; *Fundação de Direito Privado* (Universidade de Brasília); *Fundação de Direito Público* (Universidade do Rio de Janeiro — UNIRIO — que substituiu a antiga Federação das Escolas Federais Isoladas do Estado do Rio de Janeiro — FEFIERJ), com enormes transtornos para

16 COTRIM NETO, A. B. *op. cit.*, pp. 84-85.

17 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, p. 210.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Autarquias — Fundações Públicas e Fundações Privadas — Instituto e Estabelecimento — Fundação de Amparo à Pesquisa*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1964, p. 399.

o Erário e dificuldades, no trato das questões salariais do magistério federal ¹⁹.

As dúvidas e controvérsias entre os jusadministrativistas brasileiros, no estudo das fundações públicas, têm procedência, e são resultantes sobretudo das alterações introduzidas, em alguns artigos, do texto original do Decreto-Lei n.º 200, de 25-2-1967, pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29-9-1969.

De acordo com a redação daquele diploma legal, equiparavam-se às empresas públicas, para os efeitos da mesma lei, as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participasse a União, quaisquer que fossem as suas finalidades (§ 2.º).

O Decreto-Lei n.º 900/69 foi taxativo ao estabelecer, no seu art. 2.º, letras *a* a *d*:

Não serão instituídas pelo Poder Público novas fundações que não satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos e condições:

a) dotação específica de patrimônio, gerido pelos órgãos de direção da fundação segundo os objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação;

b) participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo 1/3 (um terço) do total;

c) objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgãos da Administração Federal, direta e indireta;

d) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (arts. 24 e segs. do Código Civil).

Além disso, segundo o art. 3.º, do mesmo diploma legal, "passaram a não constituir entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-Lei n.º 200, de 25-2-67.

A exclusão das fundações, da categoria de órgãos da Administração Indireta, provocou, como não podia deixar de ser, uma grande confusão entre os estudiosos, ao se tentar a sua classificação como órgão da Admi-

19 COTRIM NETO, A. B. *Op. cit.*, p. 85.

nistração Pública. Depois do Decreto-Lei n.º 900/69 e de outras normas relativas ao serviço público, surge um outro Decreto-Lei, de n.º 86.212, de 15-7-81, estabelecendo restrições à criação, no âmbito federal, de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, dispondo, ao mesmo tempo, sobre o art. 172 do Decreto-Lei n.º 200/67.

A equiparação das fundações às empresas públicas — recorda LUIZ FERNANDO COELHO — permite inferir que o legislador, ao determiná-la, considerou aquelas como de Direito Privado, pois, em caso contrário, tê-las-ia equiparado às autarquias. Entretanto, na equiparação, justificou o emprego da expressão “fundação pública”, analogamente a “empresa pública”, que não é o mesmo que fundação de Direito Público, assim como “Empresa pública” não significa empresa de Direito Público: o termo público — explica — diz respeito aos fins de ambos os tipos de entidades e não à sua natureza jurídica. O legislador, ao optar posteriormente pela tese de natureza privada das fundações, deixou de considerá-las órgãos da Administração Indireta (art. 3.º — Decreto-Lei n.º 900/69). Em geral tais fundações são criadas em virtude de lei, o que não dispensa a observância das demais formalidades do Direito Civil. Nada impede que uma sociedade de economia mista ou empresa pública institua fundação, afetando uma parte dos seus bens a uma finalidade social²⁰.

Quem se detiver na leitura da Constituição, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69, verificará de pronto que o legislador, ao colocar as fundações fora do âmbito da Administração Indireta, estava, por lapso ocasional, permitindo o precedente das acumulações. Vejamos:

A proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (§ 2.º, art. 99).

Cumprе ressaltar que a Constituição de 1967, ao abordar o assunto ainda na vigência do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, estabelecia os mesmos princípios, citados acima, omitindo também as fundações, dentre os órgãos passíveis de acumulação de cargos, funções ou empregos.

Acontece que, por conta disso, formaram-se duas correntes de opinião: para alguns, a acumulação em fundações, com base no dispositivo constitucional, era perfeitamente justificada; para outros, equiparadas as fundações às empresas públicas, embora apenas para os seus fins de acordo com o art. 4.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 200/67, essa prática teria que ser vedada.

20 COELHO, Luiz Fernando, *op. cit.*, p. 111.

Mais tarde, com base em parecer normativo do Consultor-Geral da República, homologado pelo Poder Executivo, e publicado no Diário Oficial da União, de 6 de junho de 1967, ficou resolvido que as fundações instituídas pelo Estado são entidades de natureza pública, não ficando "à margem, portanto, da regra proibitiva de acumulação".

Pelo Decreto-Lei n.º 900/69, as fundações públicas foram excluídas da categoria de entidades da Administração Indireta, revogando-se, ao mesmo tempo, a sua equiparação com empresas públicas.

Conhecido internacionalmente pela repercussão da sua obra MARCELLO CAETANO observa que, embora o termo *fundação* tenha entrado na terminologia jurídica corrente, levantam-se divergências na doutrina acerca do seu verdadeiro sentido e extensão. Uns definem a fundação como patrimônio, outros preferem ver nela essencialmente a idéia ou fim a atingir; alguns acentuam a importância do ato que destaca os bens da fundação do patrimônio do fundador, e outros não; há quem exija a perpetuidade entre as características da fundação, enquanto outros admitem a existência de Fundações temporárias; certos autores só concebem o fim a prosseguir como sendo de interesse público, ao passo que outros aceitam que seja de interesse particular; para muitos a fundação há-de ser sempre pessoa jurídica, para outros pode não ser...²¹.

O estudo das fundações ainda se insere entre os assuntos mais polêmicos e controvertidos do Direito Administrativo Brasileiro. Para alguns autores, o Estado cometeu um equívoco ao rotulá-las como pessoas jurídicas de Direito Público, sobretudo porque era evidente que não disporia de meios suficientes para provê-las, nem de uma forma racional para administrá-las. A insegurança do legislador, nessa e em outras situações, vem dificultando, inclusive, a identificação da natureza da atividade que as mesmas realizam.

Além disso, as incertezas dos limites dos seus raios de ação conduzem à descoberta de características que se interpenetram, comuns, em alguns casos, ao que fazem as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, prevalecendo, assim, o ponto de vista de que os seus serviços estão em harmonia com o que fazem as primeiras, mesmo considerando o seu natural hibridismo jurídico.

As controvérsias jurídico-doutrinárias sobre as fundações instituídas pelo poder público felizmente já se dissiparam, agora, não só com a vigência da Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987, mas sobretudo com preceitos ditados na Constituição de outubro de 1988.

De acordo com essas modificações, foi estabelecida uma modalidade especial de fundação — a *fundação pública*, até então sem característica

21 CAETANO, Marcello. *Das Fundações. Subsídios para a Interpretação e Reforma da Legislação Portuguesa*. Lisboa, Edições Ática, 1962, pp. 7-8.

própria e perfil definido. Assim, a *fundação pública* pode ser criada, no momento, cumprindo-se, preliminarmente, as formalidades exigidas pelo Direito Civil, isto é, através de escritura pública de constituição e inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, obedecendo, nos demais aspectos, às normas de Direito Administrativo, próprias do órgão político máximo, a que estiver vinculada.

A Constituição de outubro de 1988 é, a propósito, categórica ao proibir “a acumulação de empregos e funções, que hoje abrange as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 37 — XVII).

Também estabelece de forma explícita que “somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública” (art. 37 — XIX).

Nos termos do novo Estatuto Político, “depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada” (art. 37 — XX).

Como se sabe, pelo regime da Emenda Constitucional n.º 1/69, a proibição de acumular não alcançava as fundações. Com base no § 2.º, do art. 99, da mencionada Emenda Constitucional, “a proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista”.

A Lei n.º 7.596/87, em boa hora, altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-Lei n.º 2.299, de 21 de novembro de 1986, na forma seguinte:

“Art. 1.º — O Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-Lei n.º 2.299, de 21 de novembro de 1986, passa a vigorar com as seguintes alterações:

I — o inciso II do art. 4.º fica acrescido da seguinte alínea d, passado o atual § 1.º a parágrafo único, na forma abaixo:

“Art. 4.º

II —

d) fundações públicas.

Parágrafo único — As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.”

II — o artigo 5.º fica acrescido de um inciso e um parágrafo, a serem numerados, respectivamente, como inciso IV e § 3.º, na forma abaixo:

“Art. 5.º —

IV — fundação pública — 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, 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.

.....
§ 3.º — 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 de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.”

Art. 2.º — São classificadas como fundações públicas as fundações que passaram a integrar a Administração Federal Indireta, por força do disposto no § 2.º, do art. 4.º, do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 2.299, de 21 de novembro de 1986”.

Outro aspecto focalizado pela Lei n.º 7.596/87, de grande alcance, é o referente ao Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos das Universidades. Vejamos:

Art. 3.º — As universidades e demais instituições federais de ensino superior, estruturadas sob a forma de autarquia ou fundação pública, terão um Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos para o pessoal docente e para servidores técnicos e administrativos, aprovados em regulamento, pelo Poder Executivo, assegurada a observância do princípio da isonomia salarial e a uniformidade de critérios tanto para ingresso mediante concurso público de provas, ou de provas e títulos, quanto para a promoção e ascensão funcional, com valorização do desempenho e da titulação do servidor.

V — *Da Administração Indireta*

A intervenção do Estado não só para assistir certas empresas, mas para participar do processo econômico, em atividades atípicas, não se dá apenas no Brasil, é fato comum no mundo inteiro.

Com muita propriedade, JOSÉ CRETILLA JÚNIOR considera o "Estado uma vasta usina de serviços públicos, cujo funcionamento deve ser ininterrupto e eficiente. Aos poucos, o volume das suas atividades foi crescente de tal modo que o centro (a Administração Direta) não conseguia desempenhá-los. Foi necessário "exportar", "transferir", "descentralizar" os serviços, retirando-os "do centro" e entregando-os à periferia"²².

Segundo COTRIM NETO, são múltiplas, com efeito as instituições de que o Estado se utiliza, em seus expedientes de Administração Indireta, isto é, da Administração que exorbita dos padrões clássicos, da chamada Administração Direta. E muitas delas advenientes do Direito Privado. Atentos simplesmente ao que se verifica no Brasil, observamos as mais destacadas espécies de entidades ancilares do Estado: a autarquia, a empresa pública e a sociedade de economia mista. E observamos, ainda, a fundação instituída pelo Estado, para atender a fins públicos²³.

A presença da Administração Indireta não acontece só no serviço público federal. A sua atuação é também observada em cada um dos Estados-Membros e nos Municípios, como entidade pública ou privada, contando que seja criada por uma dessas três esferas administrativas, e não se confunda com a matriz que lhe deu nascimento.

É oportuno ressaltar que o que dá validade à prestação de serviço público por esses órgãos, seja por gestão originária ou, mesmo, por transformação, através de gestão derivada, é a existência de uma outorga expressa da pessoa jurídica pública política, com esse objetivo. Sob o aspecto formal, e considerando o que estabelece o Decreto-Lei n.º 200/67, com alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 900/69, a Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1986, que altera dispositivos dos dois Decretos-Leis acima, são órgãos da Administração Indireta as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

Segundo ensina THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, Administração Indireta é aquela que se exerce através de entidades autônomas, isto é, que têm estrutura administrativa própria, autonomia financeira e administrativa. Não se tem em vista somente a descentralização, mas uma espécie de descentralização, não se confrontando com aquela exercida através dos órgãos próprios de Administração Direta, e aquela que chamamos de funcional²⁴.

Com acuidade, FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA sustenta que a descentralização ocorre basicamente, nos seguintes termos:

22 CRETILLA JÚNIOR, José. *Administração Indireta Brasileira*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 4.

23 COTRIM NETO, A. B. *Autarquias e Empresas Públicas*. *Revista de Informação Legislativa* (38). Brasília, Senado Federal. Ano X, pp. 27-28.

24 CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *op. cit.*, p. 187.

a) no interior das pessoas políticas pela multiplicidade dos seus órgãos e difusão da competência entre as autoridades, pelos critérios de hierarquia territorial ou da matéria — descentralização hierárquica, orgânica ou burocrática, ou mera desconcentração, como dizem os franceses;

b) externamente, por delegação das pessoas políticas e outras pessoas jurídicas ou naturais, mediante lei ou atos administrativos multilaterais ou unilaterais (convênios, contratos de concessão e atos de permissão de atividades administrativas e de uso de bens públicos);

c) pela criação de outras pessoas jurídicas, com capacidade de Direito Público, dando origem às autarquias ²⁵.

Se bem que o assunto relacionado com a descentralização e, mesmo, com a centralização não tenha tido no passado a repercussão dos dias atuais, PAULINO JOSÉ SOARES DE SOUSA, o Visconde do Uruguai, pelos idos de 1862, e ao tempo de D. PEDRO II, já abordava o problema com segurança e naturalidade. Para ele, a centralização e a descentralização dependem muito das circunstâncias do país, da educação, hábitos de caráter nacional. Estas breves considerações — declara o Visconde do Uruguai — explicam porque a descentralização na Inglaterra e nos Estados Unidos não produz os inconvenientes que, levada ao mesmo ponto, infalivelmente produziria em outros países ²⁶.

VI — Das Autarquias

Ninguém ignora que a descentralização já se tornou um dos problemas clássicos do Direito Administrativo, em vários países do mundo. Com base territorial, a princípio, e passando por etapas de evolução gradativa, chegou ao Estado Moderno mediante delegação de tarefas específicas, conferidas a determinados órgãos, pela necessidade de alargamento do âmbito de ação do poder público.

Em virtude da diversidade de serviços e da natureza técnica de alguns (hospitais, escolas, indústrias), não foi possível adotar um procedimento burocrático padronizado sobre o assunto, considerando que a descentralização, especialmente no Brasil, não correspondia no seu todo ao significado rigoroso do termo. Houve de fato muita confusão, pela dificuldade de se fixar o conteúdo da autonomia concedida que, em alguns casos, assumia

25 OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Sociedade, Estado e Administração Pública. *Revista de Direito Público* (74). São Paulo, *Revista dos Tribunais*, abr./jun. 1984, pp. 202-204.

26 SOUSA, Paulino José Soares de. (Visconde do Uruguai). *Ensaio sobre Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Tipografia Nacional, 1862, pp. 173-174.

contornos diferentes, agravando-se ainda mais, por causa da ausência da uniformidade da natureza do trabalho desempenhado pelos órgãos em questão.

Esses problemas não ocorreram apenas no Brasil. Eles foram enfrentados também na França, na Itália, na Argentina, Estados Unidos, Grã-Bretanha. Os franceses procuraram agrupar esses serviços, denominando-os de *établissements publics*, enquanto os italianos encontraram na expressão autarquia a que melhor traduzia o conjunto desses órgãos, beneficiados pela descentralização.

Foi um autor italiano, o Prof. SANTI ROMANO — recorda COTRIM NETO, que exercera a cátedra de Direito Administrativo da Universidade de Roma, nas primeiras décadas deste século, e verdadeiro criador do conceito jurídico que viria ser consagrado em seu país, e, afinal, passaria ao Brasil — embora com nuances peculiares — e à América espanhola, no seu “Curso di Diritto Administrativo” — pp. 86/87, 3.ª ed. CEDAM, Pádua, 1932: “a autarquia é uma forma específica da capacidade de Direito Público; mas concretamente é a capacidade de governar, por si, os próprios interesses aos quais não é estranha uma pessoa superior, o Estado. Ela se distingue da capacidade ordinária que toda pessoa normalmente tem de gerir por si os próprios negócios, exatamente porque aqui se trata de interesses aos quais não é estranha uma pessoa superior, o Estado, a quem poderia ele ser confiado, em abstrato, excluindo a autarquia.

Tais atributos correspondem a sujeitos auxiliares do Estado, não a todos, mas somente aos que exercitam funções públicas, no interesse próprio que seja igualmente público, dado ser a autarquia uma capacidade de direito público; conseqüentemente, esses atributos não se deferem aos que exercem funções públicas na qualidade de privados, sem um interesse próprio, como no caso dos que a tanto são obrigados ou dos que o desempenham pelo lucro, o que ocorre, por exemplo, quando uma sociedade comercial assume a gestão de uma função pública”²⁷.

O que caracteriza a Autarquia é a sua atuação como pessoa jurídica de Direito Público. Essa condição se harmoniza com os fins do Estado. Além disso, a sua importância avulta quando se identifica como órgão criado por ato do poder público, e com exercício de atividades que expressam a delegação que lhe foi conferida, pelo próprio Estado.

Na opinião de HELY LOPES MEIRELLES, as autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias²⁸.

27 COTRIM NETO, A. B., *op. cit.*, p. 30.

28 MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 282.

As autarquias são classificadas de várias formas, considerando-se sobretudo a natureza de suas atividades. Há autarquias econômicas: Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA, Instituto do Mate; Instituto do Pinho; Autarquias de crédito: Caixa Econômica Federal; Autarquias de Previdência e Assistência e Seguro: Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões; Autarquias culturais: Universidades; Autarquias cuja finalidade é a organização, o controle e a disciplina de atividades profissionais: Ordem dos Advogados, Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura, etc.²⁹.

O conceito positivo de autarquia hoje é estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 200/67. De acordo com o art. 5.º — deste diploma legal, considera-se:

I — Autarquia — o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprias, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Só se pode entender autarquia como órgão instituído por lei, com personalidade de direito público, inclusive com autonomia, a fim de que cumpra atividades, obrigatória e necessariamente inerentes ao próprio Estado.

A condição de entidade infra-estatal e de pessoa jurídica de direito público interno confere à autarquia privilégios estatais, independentemente de lei específica para cada caso, assim enumeradas:

— imunidade de imposto sobre o seu patrimônio, rendas e serviços (art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal);

— prescrição quinquenal de suas dívidas passivas, segundo prescreve o Decreto-Lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942;

— ação regressiva contra seus servidores quando forem obrigados a indenizar a terceiros por prejuízos por eles causados (art. 37, § 6.º, da Constituição em vigor).

VII — *Das Empresas Públicas*

De acordo com especialistas, as empresas públicas são as mais avançadas organizações paraestatais (postas paralelamente ao lado do Estado, com um tipo de atuação quase estatal). Entre nós, são entidades dotadas

²⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1949, vol. IV, p. 141.

de personalidades jurídicas de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivamente da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (II, art. 5.º — Decreto-Lei n.º 200/67).

Segundo COTRIM NETO, sobre a chamada “empresa pública”, muito se teria de escrever e falar. Em primeiro lugar, se há de dizer que a expressão “empresa pública” não irradia idéia definida ou definitiva. Em segundo lugar, nenhum país — ao que seja de nosso conhecimento — até hoje legislou um estatuto para a empresa pública, para um tipo de empresa a que, *stricto sensu*, se adequasse a expressão em referência. Nenhum país, bem entendido, excluído o Brasil, que com o Decreto-Lei n.º 200, complementado e modificado em parte pelo Decreto-Lei n.º 900, ambos anteriormente citados, já teve ensejo de formular um conceito, com base no qual várias entidades do gênero se constituiriam entre nós; e o conceito legal, a par de elementos legais extravagantes mas pertinentes, à Administração Indireta, valem como um estatuto para a empresa pública nacional³⁰.

Como salientam HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO, as empresas públicas já mobilizam recursos vultosíssimos e atuam, não raro, em setores básicos da economia nacional, mas também no plano administrativo, pela multiplicidade de problemas que suscitam³¹.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ensina que a noção de empresa pública não é peculiar ao Direito Privado nem ao Direito Público. Por sua natureza especial, *sui generis*, ultrapassa os próprios quadros diferenciados do Direito Privado e do Direito Público para inserir-se num estado anterior descomprometido que antecede ambos os campos. Cabe à Teoria do Direito o conceito, *in genere*, da figura *juris* “empresa pública”. As atividades da empresa privada são sempre de natureza econômica e, em especial, industriais e comerciais, ao passo que as atividades da empresa pública podem objetivar não só atividades econômicas como também serviços públicos. De qualquer modo, pública ou privada, a empresa é uma organização para produção³².

No Brasil, a Empresa Pública surge, com padrão avançado de funcionamento, através do Instituto de Resseguros, no ano de 1939. Depois, vão sendo inauguradas outras, do porte da Companhia Siderúrgica Nacional, em Volta Redonda, Rio de Janeiro, 1941; a Companhia Vale do Rio Doce, em 1942, seguindo-se a estas a Companhia de Alcalis, em 1943;

30 COTRIM NETO, A. B., *op. cit.*, pp. 33-34.

31 SENNA, Homero & MONTEIRO, Clóvis Zobaran, *op. cit.*, p. 37.

32 CRETELLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 299.

a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, em 1945, e a Fábrica Nacional de Motores, em 1946, num período correspondente ao Estado Novo, isto é, de 1937 a 1946, com o Presidente da República no exercício pleno dos Poderes do Congresso Nacional.

Com a redemocratização do País, na vigência da Constituição de 1946, novas empresas são criadas, através de lei aprovadas pelo Parlamento, e sancionadas pelo Presidente da República. Pela sua importância na vida econômica do País, salientam-se, dentre elas, a Petróleo Brasileiro S/A., hoje mundialmente conhecida pela sigla PETROBRÁS, fundada em 1953, com um programa que se volta para a exploração do petróleo e derivados; a Rede Ferroviária S/A; de 1957, que agrupa as principais ferrovias da União; e a ELETROBRÁS — Centrais Elétricas Brasileiras, fundada em 1961, figurando como empresa *holding* do sistema federal de eletricidade. Cumpre ressaltar, ainda, que a construção de Brasília, à época do Governo de JUSCELINO, esteve sob a responsabilidade de uma empresa pública, criada especialmente com esse objetivo, sob a forma de sociedade anônima, com capital totalmente subscrito pela União: a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil — NOVACAP.

A empresa pública, na nova Constituição, é amplamente analisada, do inciso I a XXI do art. 37, reportando-se os de n.ºs XVI, XVII, XIX, XX e XXI àquelas que exploram atividades econômicas. Com relação às empresas públicas que prestam serviços públicos, a Constituição de 88 reserva os incisos II, III, IV, VI, VII, XVI, XVII, XIX, XX e XXI e, ainda os §§ 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 6.º, do art. 37.

A definição de empresa pública consta do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 200/67, com a redação dos incisos II e III dada pelo Decreto-Lei n.º 900/69:

II — empresa pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

VIII — *Das Sociedades de Economia Mista*

O Direito Positivo brasileiro define as sociedades de economia mista como entidades dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado, criadas por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedades anônimas, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta (III, art. 5.º — Decreto-Lei n.º 200/67).

Para JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, o Estado acionista, ao integrar a sociedade de economia mista, desce do pedestal privilegiado em que se encontra e, revestindo-se de traços privatísticos, fica sob o impacto das normas jurídicas do direito mercantil, sujeitando-se aos estatutos das sociedades anônimas comuns. Não se trata do Estado, síntese dos poderes soberanos, mas do Estado, sujeito de direito nas relações jurídico-privadas, o Estado como centro de imputações de direitos e deveres, o Estado particular, o Estado comerciante, o comerciante estatal, o empresário público ³³.

Segundo ensina THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, outra modalidade de administração indireta dos serviços públicos é aquela que consiste na participação do Estado como acionista ou sócio nas empresas, juntamente com o capital particular. É o que se tem denominado economia mista. É este, lembra o consagrado autor, um dos aspectos interessantes da intervenção do Estado porque se apresenta tomando uma forma peculiar às instituições de Direito Privado, dentro do qual pode melhor desenvolver as suas atividades sem peias inerentes à administração pública ³⁴.

Estudiosos do assunto consideram que a sociedade econômica mista pertence ao âmbito institucional da administração. Elas participam da vida econômica em geral. Analisadas sob a ótica do Direito Administrativo, o interesse pelo seu estudo cresce na medida em que possa exercer influência junto à entidade administrativa participante, e também em razão dos direitos sociais que lhe correspondem.

Alguns autores têm demonstrado dificuldade em explicar o verdadeiro sentido das sociedades de economia mista, embora muitos sustentem que a sua presença na vida administrativa do País signifique participação, lado a lado, de pessoas públicas e particulares, tomando parte na constituição de capital e, mesmo, na direção e gestão de suas atividades.

De acordo com ANDRÉ DE LAUBADÈRE, a sociedade de economia mista se assemelha à sociedade anônima na qual o Estado, ou qualquer outra coletividade pública é acionista ou obrigacionista ³⁵.

Outro grande jusadministrativista francês, GEORGES VEDEL, considera esse tipo especial de sociedade como aquela em que o Estado e as coletividades locais se associam para a consecução de interesses privados ³⁶.

33 CRETILLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 440.

34 CAVALCANTI, Themistocles Brandão, *op. cit.*, p. 201.

35 LAUBADÈRE, André de. *Traité Elementaire de Droit Administratif*. 3ème ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, V. II, p. 602.

36 VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 5 ème ed. Paris, Presses Universitaire de France, 1973, p. 832.

Na verdade, a sociedade de economia mista vem proliferando no Brasil, não só sob a responsabilidade do Governo Federal, mas com apoio dos Estados-Membros e dos Municípios.

É interessante notar que essas sociedades hoje do porte da PETROBRÁS, da Companhia Vale do Rio Doce, da Companhia Siderúrgica Nacional e de muitas outras foram, a princípio, empresas públicas, isto é, tiveram patrimônio próprio e capital exclusivo da União.

A nossa mais antiga sociedade de economia mista é o Banco do Brasil, fundado em 1808. Tem por objetivo fomentar a produção nacional e executar a política financeira e creditícia do governo federal. O Banco do Nordeste do Brasil também goza de grande prestígio, atuando na área composta pelos Estados do Piauí, Ceará, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Alagoas, Sergipe, Bahia e parte de Minas Gerais. Dentre outras sociedades de economia mista, salientam-se ainda o Banco de Crédito da Amazônia, o Banco do Estado do Rio Grande do Sul, o Banco de Desenvolvimento de Pernambuco — BANDEPE.

A Constituição Federal estabelece os requisitos necessários para criação das sociedades de economia mista (art. 37, XIX). Além disso, ratifica termos da legislação anterior (Lei n.º 6.404/76, art. 237, § 1.º), estabelecendo os pressupostos para constituição de suas subsidiárias, bem como a participação das mesmas em qualquer empresa privada, tudo de acordo com o art. 37 — XX.

A sociedade de economia mista, repetimos, tem o seu conceito positivo definido no Decreto-Lei n.º 200/67, art. 5.º, com a redação dos incisos II e III dada pelo Decreto-Lei n.º 900/69:

III — sociedade de economia mista — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

IX — *Considerações finais*

I — A Revolução Industrial e os seus reflexos, no mundo inteiro, contribuíram para que o homem descobrisse novas potencialidades e a certeza de que poderia a curto prazo mudar profunda e radicalmente a estrutura da sociedade.

II — Diante do aparecimento da máquina, o Estado, até então responsável pela mera fiscalização e controle das atividades individuais, amplia a sua área de ação, assumindo responsabilidades da exclusiva competência dos particulares: são mais serviços que se instalam, a agricultura e o comércio se expandem, crescem as relações de trabalho, indicando depois novos caminhos para uma administração descentralizada.

III — O Estado hipertrofia-se, é obrigado a intervir para socorrer certas empresas, com o propósito de participar do processo econômico, em atividades atípicas. Foi obrigado a “exportar”, “transferir”, “descentralizar” serviços.

IV — O Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, abriu novas perspectivas para a administração pública brasileira, definindo objetivamente atividades de órgãos, até então, com áreas de competência, de alguma forma, confusas. Infelizmente, leis posteriores, a exemplo do Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, e da Emenda Constitucional n.º 1/69 tornaram essa compreensão mais difícil, inclusive entre os especialistas.

V — Agora, com a nova Constituição, as controvérsias jurídico-doutrinárias foram felizmente dissipadas com relação aos órgãos da Administração Indireta, ficando esclarecido, definitivamente, o papel a ser exercido pelas fundações, através da Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987, que altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 200/67, modificado pelo Decreto-Lei n.º 900/69, e pelo Decreto-Lei n.º 2.299/86.

Bibliografia

- CAETANO, Marcello. *Das Fundações. Subsídios para a Interpretação e Reforma da Legislação Portuguesa*. Lisboa, Edições Ática, 1962.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, p. 210.
- COELHO, Luiz Fernando. Da Natureza Jurídica das Fundações Instituídas pelo Poder Público. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, de 11 a 16 de julho de 1976. Niterói, Imprensa Oficial, 1978.
- . *Fundações Públicas*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- COTRIM NETO, A. B. Autarquias e Empresas Públicas. *Revista de Informação Legislativa* n.º 38. Ano 10. Abr./jun. 1973. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, pp. 27-28.
- . Da Fundação Instituída pelo Estado — Uma Autarquia. *Revista de Direito Público* (74). São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun. Ano 85.
- . *Direito Administrativo da Autarquia — Um Estudo Sobre Expedientes de Administração Indireta no Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração Indireta Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- . *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

- . *Dicionário de Direito Administrativo*. 3ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- . *Fundações de Direito Público*. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- ENCICLOPÉDIA BARSA. *Enciclopédia Britânica do Brasil Publicações Ltda*. Vol. VIII. Rio de Janeiro/São Paulo, 1982.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito Administrativo Didático*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- . As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara* (12). Rio de Janeiro, Procuradoria-Geral da Justiça do Estado da Guanabara. Set./dez. Ano IV — 1970.
- LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 3 ème. ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, V. II, 1955.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Autarquias — Fundações Públicas e Fundações Privadas — Instituto e Estabelecimento — Fundação de Amparo à Pesquisa*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1964.
- MONTEIRO, Sarah Castelo Branco. *As Sociedades de Economia Mista*. *Revista de Ciência Política*. Out./dez. 1986.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil — Parte Geral*. 25ª ed. São Paulo, Saraiva, 1985.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 7ª ed. rev. e atual. e aum. Rio de Janeiro. Forense. 1989.
- MUKAI, Toshio. *A Empresa Pública na Nova Constituição*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, abr./jul. 1989.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Estatais Perante a Constituição de 1988*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, jul./set. 1989.
- ROCHA LAGOA, Paulo F. *As Fundações Instituídas pelo Poder Público*. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, de 11 a 16 de julho de 1976. Niterói, Imprensa Oficial, 1978.
- SANDULLI, Aldo M. *Manuale Di Diritto Administrativo*. Nápoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952.
- SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953.
- SENNA, Homero & MONTEIRO, Clóvis Zobaran. *Fundação — no Direito, na Administração*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1970.
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 5ª ème. ed. Paris, Presses Universitaires de France, 1973.
- WIGNY, Pierre. *Droit Administratif — Principes Généreaux*. Bruxelles, Éditions Bruylant, 1958.

Os Empréstimos Compulsórios e a Constituição de 1988

VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA
Doutorando pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo. Advogado

O que o Constituinte quer e a Constituição põe, faz-se.

A Constituição de 1988 atribui à União competência para instituir empréstimos compulsórios (art. 148). Expressamente referida à União — e tão-somente a ela — a possibilidade de instituição de empréstimos compulsórios, segue-se que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão instituí-los. A União pode, isto é, detém faculdade, competência para fazê-lo.

A competência da União para instituir empréstimos compulsórios se faz presente na ocorrência de uma das seguintes situações:

1.^a) para atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

2.^a) no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (observada a vedação de cobrança no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei instituidora ou aumentadora).

Se a União detém competência para instituir empréstimos compulsórios, é preciso verificar como se procede à sua instituição. Lembra-se, de pronto, que a Constituição exige que a instituição ocorra mediante lei complementar. Não bastará que a lei complementar afirme estar instituindo empréstimo compulsório, porque com essa singela afirmação não estará instituindo nada. Instituir é estabelecer; estabelecer é criar o empréstimo compulsório; para criar o empréstimo compulsório é essencial que conste da lei complementar a clara indicação de quem o deve (contribuinte), em que situação e o que deve, inclusive em que montante. O empréstimo compulsório será devido à União (sujeito ativo); isto resultará explícito ou implícito na lei comple-

mentar. O contribuinte do empréstimo compulsório deverá estar expressamente indicado na lei complementar instituidora; nenhuma pessoa (física ou jurídica) estará obrigada a ele, por outro meio. Da mesma forma, a situação eleita como aspecto material do fato gerador deverá estar devidamente configurada na lei complementar. O montante do empréstimo compulsório também há de resultar diretamente da lei complementar, que conterà os fatores para sua quantificação (base de cálculo e alíquota) ou seu valor já fixado. Se o montante do empréstimo compulsório for determinável por quantificação, a lei complementar deverá necessariamente estabelecer sua alíquota e base de cálculo, pois que, não sendo adivinháveis, se não estiverem presentes, não se poderá determiná-las. O como, o onde e o quando recolher vão além do estritamente necessário à instituição do empréstimo compulsório; se presentes na lei complementar, hão que ser entendidos — nessa parte — como disposições de lei materialmente ordinária e por lei ordinária alteráveis; se ausentes, na lei complementar, poderão portanto receber tratamento em lei ordinária; se ausentes, ainda, em lei ordinária, poderão ser objeto de atos do Poder Executivo na sua função de dar fiel cumprimento à lei.

Note-se: o empréstimo compulsório não será cobrado conforme a lei, simplesmente; a Constituição de 1988 exige mais: o empréstimo compulsório será estabelecido pela lei complementar. O ser estabelecido por lei (complementar, no caso) aproxima o empréstimo compulsório dos tributos, que são prestações estabelecidas pela lei.

Então se coloca a seguinte questão: os empréstimos compulsórios são tributos?

JOSÉ AFONSO DA SILVA entende que a Constituição de 1988 não submeteu o empréstimo compulsório ao conceito de tributo; o empréstimo compulsório, para ele, seria uma forma de contrato de empréstimo de direito público¹. GERALDO ATALIBA é de opinião que o art. 148 da Constituição “deixa claro que empréstimo compulsório é tributo”, justificando sua posição com a inserção do preceito “no título, no capítulo e na seção tributária da Constituição”². Para ROQUE ANTONIO CARRAZZA

1 *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, pp. 590 e 591.

2 “Sistema Tributário na Constituição de 1988”. *Revista de Direito Tributário* nº 51, jan./mar. 1990, p. 151.

“os empréstimos compulsórios são, em tudo e por tudo, verdadeiros tributos” porque “engastados no capítulo da Constituição que em nome “do Sistema Tributário Nacional”, devem obedecer ao regime jurídico tributário” e ainda correspondem à noção genérica de tributo contida na Constituição e “à definição de tributos que o art. 3.º do CTN nos oferece”³. Conforme PAULO DE BARROS CARVALHO, os empréstimos compulsórios têm “índole tributária”, porque “satisfazem, plenamente, as cláusulas do Código Tributário Nacional” e estão topologicamente colocados no Capítulo I do Título VI da Constituição Federal, podendo “revestir qualquer das formas que correspondem às espécies do gênero tributo”⁴.

Veja-se: em sede constitucional os empréstimos compulsórios estão topograficamente localizados no capítulo reservado ao Sistema Tributário Nacional. Além disso, já foi apontada aquela afinidade de serem os empréstimos compulsórios, como os tributos, prestações estabelecidas na lei (complementar, no caso). Isso tem levado muitos estudiosos a apontarem a natureza jurídica de tributo aos empréstimos compulsórios. Mas — parece-me — que tais indícios, por mais ponderáveis que sejam, não são suficientes para apontar a natureza jurídica de tributo aos empréstimos compulsórios, pois que outras indicações levam também em diversa direção, como se pretende demonstrar.

O art. 145 da Constituição de 1988 classifica os tributos em impostos, taxas e contribuições de melhoria. Não arrola, entre tais, os empréstimos compulsórios. Mas, na medida em que os empréstimos compulsórios, desde que estabelecidos por lei complementar, poderiam tomar a forma exterior (não a intrínseca) de uma dessas espécies de tributos (até mesmo como um adicional delas, em certas circunstâncias), o argumento de que não se encontram expressamente relacionados, ao lado daquelas, poderia não parecer de todo determinante. O argumento não seria determinante como não é também o de que, por estarem os empréstimos compulsórios previstos no capítulo constitucional reservado ao Sistema Tributário Nacional, se poria pá de cal sobre a discussão (seria tributo e ponto final), pois que tal não basta, eis que — por hipótese — poderiam figurar no mesmo espaço com expressa ressalva

3 *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 282.

4 *Curso de Direito Tributário*, 4ª edição, 1991, p. 27.

no sentido de que “os empréstimos compulsórios, mesmo não sendo tributos, disciplinam-se pelo regime a estes aplicável, em tudo que for compatível”.

Afirmo que a localização topográfica de um instituto dentro de um livro, capítulo, seção ou qualquer divisão apartada de lei ou da Constituição pode contribuir na identificação do regime jurídico a que se submete; pode contribuir, mas não identifica necessariamente.

Mandando expressamente seja observada a vedação de cobrança no exercício financeiro em que haja sido publicada a lei complementar que tenha instituído ou aumentado o empréstimo compulsório que se destine a caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, não ficaram, contrariamente, os empréstimos compulsórios submetidos a diversos outros princípios a que estão submetidos os tributos. Fossem tributos os empréstimos compulsórios, como previstos na Constituição de 1988, e seria preciso entendê-los, entretanto, como excepcionados da generalidade dos princípios e normas de imposição aplicáveis aos tributos. Este me parece ser o ponto decisivo para identificação da natureza jurídica dos empréstimos compulsórios, conferida pela Constituição.

Entendo, portanto, que os empréstimos compulsórios, como previstos na Constituição de 1988, não são tributos. Não se trata de mera questão acadêmica, posto que a identificação de sua natureza jurídica, com o enquadramento em determinado regime jurídico, leva a diferentes conseqüências. Assim, de conformidade com o § 3.º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, à exceção dos impostos sobre a) operações relativas à circulação de mercadorias; b) importação de produtos estrangeiros; c) exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; e d) vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto óleo diesel, “nenhum tributo incidirá sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do País”. Se entendidos como tributos, os empréstimos compulsórios não poderiam incidir sobre tais operações, mas, como entendo que tributos não são, concluo que podem incidir sobre aquelas.

Na ordem infraconstitucional, tem-se também que “o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho” (art. 186 do Código Tributário Nacional). Não sendo tributário o crédito

relativo aos empréstimos compulsórios, segue-se que não lhes aproveita a mencionada preferência. E assim por diante.

Na vigência da Constituição anterior, manifestei entendimento de que os empréstimos compulsórios eram tributos, porque a eles se aplicavam “as disposições constitucionais relativas aos tributos” (e, assim, tributos eram) ⁵. Não mudei de opinião, mas mudou a Constituição e penso que com ela a disciplina dos empréstimos compulsórios. O que o Constituinte quer e a Constituição põe, faz-se.

Desse modo, as considerações feitas em torno do empréstimo compulsório diante da antiga ordem constitucional têm que ser tomadas com a devida cautela, para não se incorrer no erro de se deixar de ver as mudanças operadas pela Constituição de 1988. Sem embargo, os estudos procedidos antes da *Constituição atual conservam importância naquilo que possam iluminar a compreensão do instituto.*

Se não é tributo o empréstimo compulsório, o que seria então?

A resposta terá que ter presente a Constituição de 1988, que o rege. Respondo: o empréstimo compulsório é prestação pecuniária (compulsória), estabelecida em lei complementar, que não constitui sanção de ato ilícito e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada que em muito se assemelha aos tributos, mas que tributo não é porque a Constituição o quis, nisso, distinto. Parece, mas não é. A Constituição, que tudo pode, poderia ter dito expressamente: “os empréstimos compulsórios, que em muito se assemelham aos tributos, tributos não são, porque, assim, não se quer”; não o fez expressamente, mas poderá tê-lo feito — como entendo — implicitamente, como se vê de seu conceito, obtido de interpretação sistemática.

Pessoa minimamente atenta terá notado que, para a definição do conceito de empréstimo compulsório, segundo a Constituição de 1988, tomei em boa medida do art. 3.º do Código Tributário Nacional. Antes que seja acusada aparente incoerência, apresso-me em acrescentar que nem tudo que caiba naquela definição do Código será tributo; tributos serão apenas os impostos, taxas e contribuições de melhoria, em sentido estrito, e não

5 “Regime Jurídico do Empréstimo Compulsório”. *Diário Comércio & Indústria* de 16 e 19 de agosto de 1986, pp. 21 e 14, respectivamente.

exações outras, como empréstimos compulsórios e contribuições parafiscais, que, por si sós, caberiam naquela definição. Tributos, entre nós, são as exações que a Constituição conceitua como tais.

Não sendo tributos os empréstimos compulsórios, tem-se como consequência que o legislador da União conta com massa de manobra maior na eleição do aspecto material de seu fato gerador, podendo mesmo tomá-lo ou não dentre aqueles inscritos na competência tributária nominada da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, para a instituição de impostos, taxas e contribuições de melhoria. Não se deve entender que isso seja demasiado, a ponto de se colocar sob risco a segurança jurídica. A preservação da segurança jurídica fica garantida pela exigência de lei complementar, mediante a qual a União poderá instituir empréstimos compulsórios.

A lei complementar exige maioria absoluta para sua aprovação, isto é, a "constituída a partir do primeiro número inteiro acima da metade"⁶ dos membros do Congresso Nacional, enquanto que a lei ordinária exige apenas maioria simples (o que leva em conta os membros presentes à sessão em que se delibera).

De outro lado, a segurança jurídica fica preservada também na medida em que se abre porta não muito larga para a instituição de empréstimos compulsórios, isto é, apenas para: 1.º) atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; 2.º) no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. Finalidades, aliás, que, atendidas, correspondem aos anseios da segurança jurídica e de outros valores constitucionalmente colocados.

O empréstimo compulsório para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, não se submete à vedação de cobrança no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o institua ou aumente. Não é qualquer despesa extraordinária que possibilitará a instituição de empréstimo compulsório, mas apenas a que decorra das situações indicadas. O conceito de

⁶ Conforme JOSÉ AFONSO DA SILVA: *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, p. 84.

calamidade pública pode ser elaborado a partir do próprio texto constitucional: calamidades públicas são especialmente as secas e as inundações (art. 21, XVIII). As calamidades públicas decorrem dos fatos da natureza (*caput* do art. 136); a Constituição não se compadece com a tomada da expressão em sentido figurado (do tipo: “a política econômica anterior foi uma calamidade pública, então se institui empréstimo compulsório”). É preciso ver também que o empréstimo compulsório para atender a despesas extraordinárias tem em si enraizado o limite global da arrecadação que deve proporcionar, isto é, o das despesas extraordinárias (que deve ser observado o mais aproximadamente possível). Não agride ao ordenamento jurídico constitucional que a lei complementar eleja como contribuintes pessoas domiciliadas na área atingida pela calamidade, se aquelas estiverem em condições de suportá-lo, pois, em princípio, o empréstimo compulsório se destinará a atender a despesas extraordinárias decorrentes da calamidade (necessidades públicas de atendimento à população em geral, direta ou indiretamente), mas será aceitável que sejam excluídas da exigência pessoas domiciliadas na área, à discricção do legislador complementar, desde que não se estabeleça favoritismos (art. 5.º da Constituição de 1988).

O empréstimo compulsório no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional terá que ser instituído mediante publicação de lei complementar num exercício para cobrança em subsequente. Ainda que urgente, há que se coadunar com a exigência constitucional de que o legislador diligencie, garantindo o contribuinte com a não-surpresa. A urgência e a relevância nacional do investimento ficam à discricção do legislador complementar. O limite global da arrecadação do empréstimo compulsório destinado a investimento público está relacionado com o total de recursos previstos como necessário.

Os empréstimos compulsórios são prestações a serem devolvidas aos contribuintes. No caso de empréstimo compulsório para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, será razoável pretender-se sua devolução, no todo ou em parcelas substanciais, a partir do exercício financeiro seguinte àquele em que superadas as causas das despesas extraordinárias e de previsão orçamentária possível em tempo hábil. Relativamente ao empréstimo compulsório no caso de investimento público de caráter urgente e de rele-

vante interesse nacional, as devoluções não de ocorrer a partir do momento em que os investimentos começarem a apresentar resultados, rendas ou lucros (com os quais se fará restituição). Se não houver, ou enquanto não houver, resultado positivo — e dizer investimento importa identificar negócio, risco —, não haverá o que devolver, a menos que da lei conste previsão de devolução, independentemente de resultados. Significa isso que o empréstimo compulsório poderá chegar ao ponto de nunca ser devolvido, em caso de absoluto fracasso do investimento?

A resposta é pela negativa.

A União promove o investimento de caráter nacional e é a investidora, de direito e de fato, com os recursos tomados do mutuante-contribuinte. Enquanto houver possibilidade de se obter resultado satisfatório com o investimento, em tese ter-se-á que aguardar ocasião propícia à devolução, mas se o investimento fracassar por inteiro surgirá o direito à devolução do empréstimo compulsoriamente feito, por seu valor atualizado.

É fato que o parágrafo único do art. 15 do Código Tributário Nacional prevê que “A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate”. Acontece que, como o empréstimo compulsório é instituído por lei complementar, esta poderá alterar aquela disposição. Além do que a disposição do CTN não tem a força de obrigar o legislador.

Quanto aos juros, não é de rigor que sejam conferidos ao mutuante-contribuinte, a menos que lei os estabeleça.

Acrescente-se que “Nenhum investimento que ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia indicação no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade” (§ 1.º do art. 167 da Constituição), e, assim, será razoável que a arrecadação também se faça proporcional e contemporaneamente às necessidades de investimento.

De todo modo, “A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição” (parágrafo único do art. 148 da Constituição de 1988). Arrecadação demasiada há que ser pronta e proporcionalmente devolvida naquilo que exceda às despesas extraordinárias efetivas ou ao investimento realizado.

ICMS — Semi-Elaborados

Constitucionalidade da Lei Complementar N.º 65/91 e do Convênio N.º 15/91

OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO
Procurador Judicial da Procuradoria-Geral da
Fazenda Nacional. Advogado em Brasília

O art. 155, § 2.º, inciso X, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988, estatui que não incidirá imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação — ICMS — nos atos ou negócios jurídicos que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar.

Em atendimento ao disposto no supracitado preceito constitucional, a Lei Complementar n.º 65, de 15 de abril de 1991 (pub. in *DOU* de 16-4-91), definiu os produtos semi-elaborados, que podem ser tributados pelos Estados e pelo Distrito Federal em sua exportação para o exterior.

Assim, em seu art. 1.º, a Lei Complementar n.º 65/91, fixou os seguintes parâmetros para a conceituação de produtos semi-elaborados, *in verbis*:

“Art. 1.º É compreendido no campo de incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e

sobre prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal (ICMS) o produto industrializado semi-elaborado destinado ao exterior:

I — que resulte de matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral sujeita ao imposto quando exportada *in natura*;

II — cuja matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral não tenha sofrido qualquer processo que implique modificação da natureza química originária;

III — cujo custo da matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral represente mais de sessenta por cento do custo do correspondente produto, apurado segundo o nível tecnológico disponível no País.”

Já o art. 2.º, *caput* e inciso II, do mesmo diploma legal estabeleceu que cabe ao Conselho Nacional de Política Fazendária “elaborar lista de produtos industrializados semi-elaborados segundo definidos no artigo anterior, atualizando-a sempre que necessário”.

Foi, então, celebrado pela então Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento e pelos Secretários de Economia, Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 62.ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 25 de abril de 1991, o Convênio ICMS n.º 15/91 (pub. in *DOU* de 29-4-91), que teve como supedâneo a Lei Complementar n.º 24, de 7-1-75, e a Lei Complementar Federal n.º 65, de 15-4-91, e que fixou lista de produtos semi-elaborados, para efeito de incidência de ICMS, nas suas operações de exportação para o exterior.

Imediatamente, emergiram críticas de eminentes tributaristas contra os preceitos da Lei Complementar n.º 65/91 e contra o Convênio ICMS n.º 15/91, tendo os referidos Diplomas legais sido acimados de inconstitucionais.

Concebem eles que só poderia ser tido como obedecido o mandamento do art. 155, § 1.º, inciso X, letra *a*, *in fine*, da Carta Magna, se Lei Complementar, ao definir produto semi-elaborado, para fins de exclusão da imunidade do ICMS nas operações destinadas ao exterior, tivesse elaborado, taxativamente, a lista desses produtos.

Por essa razão, condenam a determinação da Lei Complementar, em comento, para que o CONFAZ elaborasse lista de produtos semi-elaborados.

Insta, propedeuticamente, recordar as palavras de KELSEN, no sentido de que a Ciência do Direito “não pode fazer outra coisa senão esta-

belecer as possíveis significações de uma norma jurídica" (HANS Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, Arménio Amado, Coimbra, 1974).

Ciente desta verdade, pedimos vênia para tecer algumas considerações sobre a matéria focalizada, advertindo que o critério jurídico que exporemos representa uma das interpretações possíveis para as normas focalizadas.

O art. 155, § 2.º, inciso X, letra *a*, primeira parte, da Carta Magna, concede imunidade do ICMS apenas para as operações que destinarem ao exterior produtos abundantemente industrializados.

A segunda parte do supramencionado preceito constitucional exclui desta imunidade as operações que destinarem ao exterior produtos industrializados semi-elaborados definidos em lei complementar.

Assim, o novo Estatuto Político de 1988 reduziu, sensivelmente, a imunidade do extinto ICM sobre as operações que destinavam ao exterior todo e qualquer produto industrializado, a qual era prevista no art. 23, § 7.º, da Constituição de 1967.

Ressalte-se, pois, que o espírito e a razão do preceito constitucional do art. 155, § 2.º, inciso X, letra *a*, foram de reduzir o campo de abrangência da imunidade do imposto focalizado, para a obtenção por parte dos Estados, do Distrito Federal e dos próprios Municípios (estes, por via da repartição da receita tributária) de mais receitas, para o enfrentamento das gravíssimas necessidades públicas.

Produtos semi-elaborados são os produtos pouco industrializados, conforme definição de lei complementar.

Como se colima no *Dicionário da Língua Portuguesa da Academia Brasileira de Letras*, elaborado por ANTENOR NASCENTES, Rio de Janeiro, Bloch Ed., 1988, a palavra "definir" exprime "fixar com clareza, exatidão e precisão a significação de uma palavra ou a natureza de uma coisa, determinar, fixar, dizer o que é, decidir...".

Assim, a Lei Complementar n.º 65, de 15-4-91 (DOU de 16-4-91), cumpre a sua missão de definir, como judiciosamente fez no seu art. 1.º, em harmonia com a alínea *a* do inciso X do § 2.º do art. 155 da Constituição, os produtos semi-elaborados, que, assim, podem ser tributados pelos Estados e pelo Distrito Federal, por não estarem protegidos pela imunidade,

em comento, não sendo indispensável que a referida Lei Complementar enumerasse os produtos pouco industrializados ou fixasse uma lista taxativa desses produtos.

Observe-se que o produto industrializado que não se encontrar fora dos parâmetros definidos nos incisos I, II e III do art. 1.º da Lei Complementar n.º 65/91, não pode ser classificado como produto abundantemente industrializado.

Assim, produto pouco industrializado não foi abrangido pela imunidade do ICMS no que concerne às operações de sua exportação.

A eventual exclusão de alguns produtos semi-elaborados, por parte do Convênio ICMS n.º 15/91 equivaleria a uma isenção e nunca, a uma imunidade, uma vez que esta decorre diretamente do texto constitucional.

Aliás, o art. 155, § 2.º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal, dispõe que cabe à lei complementar regular a forma como, mediante a deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos ou revogados.

A Lei Complementar n.º 24, de 7-1-75, prevê o *modus faciendi*, a operatividade técnica dos Convênios, para a concessão de isenções do ICMS. O que ali se decidir deverá submeter-se ao controle legislativo dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

Mas, o que importa anotar é que a norma do art. 1.º da Lei Complementar n.º 65/91 determinou, em perfeita concórdia com o art. 155, § 2.º, inciso X, alínea a, da Constituição, o alcance de incidência dos ICMS sobre o produto industrializado semi-elaborado destinado ao exterior.

Insta exaltar que não vislumbramos nenhuma injuridicidade no inciso II do art. 2.º da Lei Complementar n.º 65/91, que estatui caber ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) elaborar lista dos produtos industrializados semi-elaborados, respeitados os parâmetros fixados no seu art. 1.º, devendo essa lista ser atualizada sempre que necessário.

Aquí nos deparamos tão-somente com norma tributária em branco, aliás, norma em branco é admissível tanto no Direito Tributário, quanto no Direito Penal, sem que se possa falar em prejuízo ao princípio da legalidade, ou dano à reserva de lei complementar.

Leis em branco são as de definição típica ou genérica e, às vezes, contêm *sanctio juris determinanda*, prevendo ela mesma a necessidade de sua complementação por outra lei (em sentido amplo).

Como ilustração de norma em branco, no âmbito do próprio Direito Penal, que se caracteriza pelo princípio da legalidade, sem que tenha havido dúvida quanto a sua juridicidade, recordamos a Lei n.º 1.521, de 26-12-51, que define crimes contra a economia popular, no seu art. 2.º, inciso VI, e impõe a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa a quem “transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias...”. A sanção e o fato típico genérico vêm determinados, no entanto, como a definição legal do crime mostra-se incompleta, a própria norma condiciona à expedição de portarias administrativas.

Assim, a exequibilidade da norma em branco, em sentido estrito, depende da futura expedição de certos atos administrativos.

In casu, a Lei Complementar n.º 65/91 cogita os produtos semi-elaborados ao fixar os parâmetros para identificação dos mesmos, embora não tenha, expressamente, elaborado lista desses produtos; assim o seu texto diz menos o que poderia, em face da escolha do legislador, que preferiu que os Estados e o Distrito Federal, no âmbito do CONFAZ, através de Convênio, fizessem o papel de intérpretes, estendendo o sentido da lei até cada caso.

Desse modo, o que fez o Convênio ICMS n.º 15/91 foi tão-somente considerar a definição da lei complementar acerca de produto semi-elaborado em toda sua plenitude e extensão e declarar-lhe o seu real alcance, com a elaboração de uma lista taxativa desses produtos.

Portanto, o Convênio ICMS n.º 15/91 não criou, nem inovou nada, apenas, em obediência ao mandamento do art. 2.º, *caput*, inciso II, da Lei Complementar n.º 65/91, interpretou o preceituado no art. 1.º da mesma lei complementar.

Assim os produtos elencados no Convênio ICMS n.º 15/91 estão enquadrados como produtos semi-elaborados na Lei Complementar n.º 65/91, embora não constem, explicitamente, no seu texto.

Além de uma espécie de interpretação extensiva, com a diferença apenas de que nesta há vontade da lei de prever o caso, mas o seu texto diz menos que o desejado, cabendo, então, ao intérprete estender o sentido da lei até o fato ou a coisa, enquanto que, no caso em comento, a lei complementar, ao estabelecer parâmetros para identificação dos produtos semi-elaborados, na verdade, os enquadrados em seu texto, embora tenha dito menos que poderia, já que preferiu que o Convênio celebrado pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito do CONFAZ, enumerasse, taxativamente, esses produtos. Podemos notar, outrossim, na lista fixada no Convênio ICMS n.º 15/91 uma semelhança com a interpretação analógica, senão vejamos:

Na interpretação analógica (permitida pela própria lei), é a própria norma que determina se aplique analogicamente o preceito.

Neste meio interpretativo, a própria lei, após definir a fórmula casuística, menciona os casos que devem ser compreendidos por identificação ou semelhança.

Assim, o art. 171, *caput*, do Código Penal, ao definir o estelionato, fala em “qualquer outro meio fraudulento”, que quer dizer: qualquer meio semelhante ao “artifício” ou “ardil”. É, pois, da vontade da lei abranger os casos semelhantes.

Esta situação sucedeu, p. ex., com o art. 1.º, III, do Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, que determinou, expressamente, como uma das hipóteses de incidência do extinto ICM, “o fornecimento de alimentos, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares”, sem que a doutrina e a jurisprudência pátrias tenham concebido que, no caso, se tratasse de aplicação de analogia integrativa na definição da hipótese de incidência da obrigação tributária.

Abra-se aqui um parêntese, para firmar que as normas tributárias em branco, as interpretações extensivas e analógicas são admitidas pelo Direito Tributário para declarar obrigação tributária e não podem ser confundidas com a analogia.

A analogia é forma de auto-integração da ordem legal, para suprir lacunas, estendendo à aplicação da lei a casos que ela não regula e de que não cogita, não sendo da vontade da lei abranger casos semelhantes.

Por fim, cabe destacar, que ALFREDO AUGUSTO BECKER, em sua obra *Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 1963, p. 119, corrobora a concepção de que a interpretação do sentido da norma jurídica será sempre declaratória, o que o abalizado jurista denomina de analogia por compreensão.

Pra BECKER, a analogia por compreensão apresenta-se como um simples exercício de interpretação do sentido e alcance da norma jurídica, diversamente da analogia integrativa, a qual serve para preencher lacunas deixadas pelo legislador.

Portanto, por esse critério jurídico, o qual submeto ao exame dos estudiosos do Direito, nenhuma inconstitucionalidade mancha os preceitos da Lei Complementar n.º 65/91 e do Convênio ICMS n.º 15/91.

Espécies de Desvio de Poder

RONALDO POLETTI

Procurador de Justiça de São Paulo. Professor da UnB. Consultor Jurídico do Ministério da Aeronáutica

SUMÁRIO

1. *Considerações preliminares (Estado de Direito e limites; limites aos poderes discricionários, potestas e auctorias; legalidade e competência; elementos constitutivos do ato administrativo; desvio de poder; dificuldade e meio subsidiário jurisprudencial).* 2. *Espécies de desvio de poder.* 3. *Modalidades.* 4. *Dolo e erro.* 5. *Ilegalidade expressa e a implícita. Desdobramentos.* 6. *Moralidade.* 7. *Quadro sinóptico das espécies e modalidades.*

1. A idéia de Estado de Direito está impregnada pela limitação dos poderes governamentais. O governo, como órgão do poder da sociedade política, é o das leis, não o dos homens. Essa concepção representa a revolução dos novos tempos, a qual transforma a realidade do mundo político. O "Estado" não é mais o do rei soberano, mas o do *povo soberano*. Não está *mais livre das leis*. O *absolutismo*, consagrado na fórmula *principis voluntas legibus solutus*, rendeu-se à lei, como expressão da vontade popular. Anuncia-se o *dies irae* do Estado, que limitado pelo Direito já não pode deter uma "soberania" como expressão de um poder incontrastável.

A lei decorre da vontade geral, na concepção de Rousseau, embora posteriormente frustrada pela representação política.

De qualquer maneira, a idéia do genebrino prosperou por caminhos transversos. E sua indisfarçável admiração pela República romana vingou, pelo menos, na concepção de que a *potestas pertence ao povo e, como nos comícios republicanos, está presente na lei*.

Por isso os poderes conferidos pela lei à administração estão condicionados pela vontade geral expressa na revelação da *potestas*. A autoridade (*auctoritas*), como em Roma, não detém a *potestas*, apenas acrescenta-lhe algo sem desnaturar-lhe o sentido (a etimologia de *auctoritas*, está no verbo *augere*: acrescentar, aumentar). A *auctoritas* está com o Senado Romano, mas a *potestas* está com o povo. A expressão tradicional *Senatus Populusque Romanus* dá bem a idéia do exercício do poder com as características referidas.

É visível a inspiração romana de Rousseau, formulador da teoria, que a história, por outros caminhos não previstos pelo genebrino veio a adotar para o Estado. Ao Leviatã são opostos limites e estes somente podem ser jurídicos.

Em termos absolutos, a Administração não tem, no Estado de Direito, qualquer liberdade e a concepção do poder discricionário, a rigor, nele não é permitida. "Onde o Estado de Direito é o sistema constitucional-administrativo vigente, não se poderá conceber a existência de um poder discricionário, de uma livre atuação por parte de qualquer autoridade" (QUEIRÓ, I, 43). *

Daí dizer-se, com acerto, que nenhum ato da administração é discricionário, porque invariavelmente está sujeito a alguma norma. Consagrou-se, outrossim, a expressão *poderes discricionários* para explicar o fato de a lei conferir à autoridade administrativa *alguma* liberdade, como na decisão sobre o interesse, a conveniência, a oportunidade, porém sempre nos limites jurídicos.

No Estado de Direito, o Estado se comporta em relação aos particulares na forma do direito, i. é, ligado pelas normas jurídicas, em oposição ao Estado-polícia, onde há, ao máximo, a prevalência do governo discricionário (QUEIRÓ, I, 41).

O administrador não é subjugado totalmente pela lei. Ele tem certa liberdade quando exerce poderes discricionários (CUNHA, 66). Quanto à finalidade, o ato é sempre vinculado (idem, 72).

A noção de poder discricionário, em que a autoridade age livremente, sem que a sua conduta lhe seja ditada por uma norma de direito, está

* Os autores vêm referidos no texto como apoio doutrinário obtido na bibliografia utilizada. Na conotação, em princípio, adotou-se o critério da utilização do último sobrenome, seguido do número da página do livro ou do artigo, indicados na bibliografia. Se houver mais de um trabalho do autor, após o nome se menciona também o início do título do texto. No caso de Afonso Rodrigues Queiró, os algarismos romanos I e II indicam, pela ordem, o mesmo trabalho publicado em duas partes em dois números, sucessivos, da Revista de Direito Administrativo. Exceção quanto ao critério do nome é Celso Antonio Bandeira de Mello referido como CELSO ANTONIO, porque BANDEIRA DE MELLO é seu pai Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

vinculada à ausência de direito público subjetivo. Se não há direitos subjetivos oponíveis contra o Estado, o poder é discricionário. Isto pode ocorrer no Estado absoluto (*legibus solutus*) do monarca soberano que possui o Estado, como sua propriedade, mas acontece, também, nas hipóteses em que o Estado é concebido como *objeto* suscetível de ser apropriado, não importa por quem (rei, partido, classe, raça ou o próprio povo). A única concepção de Estado a afastar a discricionariedade é a do Estado-sujeito (de direitos e deveres), oposta à idéia totalitária do Estado-objeto.

O Estado de Direito trouxe garantias aos particulares no tocante aos atos da Administração, quando fez dos administrados titulares de direitos públicos subjetivos. "Onde há direito a um determinado comportamento da administração cessa para esta o poder discricionário. Direito subjetivo e poder discricionário são conceitos antitéticos" (QUEIRÓ, I, 42).

A discricionariedade é maior no Estado-polícia, porém não desaparece, de todo, no Estado de Direito (QUEIRÓ, I, 43), embora Duguit considere que no moderno direito francês não há lugar para o chamado poder discricionário (DUGUIT, Tratado, *apud* QUEIRÓ, I, 44) (LEAL, 61).

No entanto, a categoria do poder discricionário serve à teoria do desvio do poder justamente porque nunca é uma livre escolha ou uma livre atividade. É sempre limitado, dirigido, regulado, ligado, pelo *fim* da lei, pela *ratio legis*, *fim* que jamais falta (QUEIRÓ, I, 74). O fim do ato deve coincidir com o fim ou o espírito da lei. O fim é aquele interesse público cuja realização a lei tem em vista, ao conceder, a determinada autoridade, certo poder de agir (QUEIRÓ, II, 69-70).

De qualquer forma, a noção de poder discricionário é uma *quaestio diabolica* (QUEIRÓ, I, 44). Não significa, porém, qualquer contradição com o princípio da legalidade (RIVERO, 81).

A questão do abuso do poder — presente este na lei e, conseqüentemente, do desvio do poder, que é espécie daquele, se insere na atividade discricionária da administração. A doutrina do desvio de poder constitui um limite àquela atividade (DROMI, 469).

De outra parte, a questão do desvio se encaixa no plano da legalidade, melhor dizendo da juridicidade, embora haja, a propósito (v. adiante) temas inerentes à questão do desvio e pertinentes à competência e à normalidade. As questões do vício jurídico e a da moralidade permeiam toda a formulação dogmática da teoria do desvio do poder, com repercussões na moralidade e na competência (QUEIRÓ, II, 58).

Os atos discricionários são sempre vinculados quanto à competência, aos fins e, geralmente, quanto às formas e manifestação de vontade. Não há atos discricionários, mas poderes discricionários (CAETANO, *Princípios*... 177).

No exame da conformidade do ato da Administração com o Direito, sob o prisma do desvio de poder, é preferível usar-se a expressão *juridicidade*, como afirmamos, a legalidade, porque no desvio de poder há cumprimento formal da lei (ou aparência disso). Há exercício de poder conferido pela lei a uma *autoridade* competente, mas o fim do ato administrativo não se exaure na adequação à lei ou a outra fonte de Direito, geradora do poder e justificador dele. O ato administrativo não há de conformar-se, tão-somente, à *lei*, a não ser que se dê à *lei* uma conotação genérica de *Direito*. O ato administrativo, como ato jurídico, está impregnado de juridicidade e isso significa conformidade com o Direito e não apenas com uma de suas fontes. A temática do desvio de poder parece ensejar uma colocação interessante em que a legalidade formal foi obedecida, embora exsurja uma violação do direito como um todo, decorrente mais do sentido profundo do ordenamento do que da forma legal.

O desvio de poder, vício do ato administrativo, representa um meio subsidiário, criado pela jurisprudência, para anulá-lo (WALINE, 349).

Partindo dos elementos constitutivos do ato jurídico administrativo — sujeito, vontade, objeto, motivo, fins, forma (FRAGA, 273) — temos que o desvio de poder revela vício quanto ao *fim*, embora escorreito o ato administrativo em relação aos outros elementos dele constitutivos.

Daí a dificuldade na assimilação da teoria do desvio de poder, que implica a distinção doutrinária entre *motivo*, *objeto* e *fim* dos atos jurídicos (VIDAL, 53). A idéia de subsidiariedade tem cunho pragmático no exercício jurisdicional. Se o ato poder ser anulado por outro motivo, não há necessidade de, logicamente, chegar-se ao exame do desvio de poder.

Disso decorre, também, a tormentosa questão doutrinária da mencionada assimilação em nosso direito interno (CAVALCANTI, *Tratado...*, suplemento), em face das diferenças do controle jurisdicional na França e no Brasil.

Temos, assim, duas dificuldades. A primeira, na elaboração da distinção referida entre *motivo*, *objeto*, *fim*; a segunda, na assimilação pelo nosso sistema da teoria do desvio de poder, engendrada pela jurisprudência.

Fim, *motivo*, *objeto*, *valor*, *bem*, *causa* são termos equivalentes, no sentido em que o homem é um *ser*, que age em função de fins, por ele eleitos e dotados de significado valorativo. Difícil, portanto, distinguí-los como intenta a doutrina do Direito Administrativo. A autoridade administrativa age em função de fins. O fim último, que pode caracterizar o desvio do poder, nada mais é que a causa final, chamada, justamente, rainha das causas. A questão reside em que o fim, se não estiver previsto ou permitido na lei, acarretará a violação da lei e, com isso, o requisito

da legalidade é que não estará sendo cumprido, não sendo, então, necessário invocar-se a teoria do desvio de poder para anular o ato administrativo.

Mas a solução parece estar mesmo no exame da função jurisdicional do Estado. Tal função, presente e necessária no Estado de Direito, gera a possibilidade de anularem-se os atos administrativos por vícios nele presentes. A regra no Estado de Direito é o controle jurisdicional. A tentativa de afastá-lo tem tido resultados discutíveis, sobretudo quando a exclusão mira o ato político, revelado nas razões de conveniência, oportunidade e interesse.

Os atos derivados do poder discricionário são igualmente passíveis de exame jurisdicional, pois aí se examina a eventual arbitrariedade daquele poder (LEAL, 55).

Não importa por quem a função jurisdicional esteja sendo exercida (se o sistema é o da jurisdição única ou da jurisdição administrativa), o relevante está em que ela seja exercida de acordo com a lei (Direito) (CRETELLA, *Do Desvio*, p. 125). Por isso, também, a questão do *desvio* nasce da atividade jurisdicional como um meio subsidiário, de exigência de conformidade do ato com a vontade da lei (*potestas*), mais visível no sistema romanista-germânico do que no do *Common Law*, pois naquele não se julga pelos exemplos, mas pela lei (*nom exemplis, sed legibus*); não se decide a respeito da bondade da lei, mas de acordo com ela (*non de legibus, sed secundum legem*). Então, é mais fácil conceber a criação doutrinária da jurisprudência. O ato — aparentemente na conformidade da lei — não se ajusta aos fins por ela autorizados ou previstos. E, se não suscetível de ser anulado por aqueles motivos formais, o é por esse: o de inadequação com o fim jurídico.

A competência da autoridade, no desvio de poder, existe em termos genéricos, não específicos, pois perseguindo fim não permitido pela lei, aquela autoridade torna-se incompetente (QUEIRÓ, II, 58). Trata-se de um tipo especial de incompetência (CRETELLA, *Do Desvio*).

Há no direito positivo brasileiro uma tentativa de definição do desvio de poder que “se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, *explícita* ou *implicitamente*, na regra de *competência*” (Lei n.º 4.717, de 29-6-65, que regula a ação popular. Grifos meus atinentes a tópicos a serem discutidos).

2. A rigor, haverá tantas espécies de desvio do poder quantas forem as possibilidades de fins diversos daqueles previstos na lei (no Direito) e condicionadores dos poderes discricionários da Administração.

Em conseqüência, ingrata (e talvez inútil) a tarefa de estabelecer sobre a árvore de Porfirio (234-305 AC), através da utilização das categorias de Aristóteles, as diferenças específicas entre desvios de poder

abrangidos por um gênero próximo, que seria o *abuso do poder* (ou algo assim).

Constitui erro doutrinário o uso das expressões *abuso*, *excesso* e *desvio de poder* como sinônimos. Mas as duas últimas podem ser usadas como espécies do abuso (CUNHA, 70). No desvio, não há dose superior do poder previsto na lei; ele próprio, o poder, é que se usa para um outro fim.

Toda definição é difícil e, em Direito, perigosa, como se assinala no Digesto, justamente porque definir constitui uma operação da lógica e implica uma classificação capaz de distinguir as espécies, para o que são possíveis critérios variáveis. De qualquer maneira, a classificação não somente vale como exercício acadêmico como, mesmo imperfeita, possibilita um grau maior de compreensão do objeto em estudo; ou, como se diria, *in distinctione salus*. A busca das espécies serve, outrossim, para uma especulação doutrinária, quando elas próprias, as espécies, não passam de tipos engendrados pela doutrina, mais do que hipóteses realizáveis em uma classificação verdadeiramente científica.

A atividade discricionária da administração há de desenvolver-se de acordo com o Direito. Logo, é limitada. Os limites da discricionariedade podem ser: a) técnicos, não-jurídicos (a Administração tem o dever de observar normas técnicas em suas operações materiais, p. ex., na demolição de um prédio); b) jurídicos atinentes à *razoabilidade* (justa, proporcional, equitativa e não irracional, arbitrária, injusta), à *boa-fé* (princípio comum às relações jurídicas em geral, exacerbando-as nas declarações de vontade e nas ações da autoridade, representando o Poder Público), e ao *desvio do poder* (DROMI, 470).

3. São possíveis as seguintes modalidades de desvio de poder, quando se faz uso das faculdades legais, usando-se a lei como um instrumento para consumir a arbitrariedade: (DROMI, 474)

a) *fim público discutível*, porque marcado por um *animus* pessoal. O ato administrativo é produzido para satisfazer uma intenção (*o animus*) do agente, seja ela a religião, a política partidária, nepotismo, ideologia, etc. (WALINE, 349) (RIVERO, 250);

b) *fim pessoal*. — O ato administrativo é produzido para satisfazer interesse particular do próprio agente, que o pratica por vingança, lucro, vantagem, etc.;

c) *fins estranhos ao interesse público*. O ato visa a favorecer o interesse particular de um terceiro em detrimento de outrem, como no exemplo em que o funcionário, valendo-se da permissão legal (num caso específico) em contratar sem licitação pública, celebra negócio com uma determinada empresa,

porque amigo dos seus proprietários, a quem deseja ajudar com o contrato (CELSE ANTONIO, 47);

d) fim administrativo distinto do previsto na lei, quando se protege interesse geral diferente do colimado pela lei, p. ex. aplicar multas para aumentar a receita; utilizar faculdades permitidas constitucionalmente para o fim de reprimir a violação da moral e dos bons costumes; visar a aprimorar mecanismo de arrecadação de tributo com vistas à realização de receita, quando aquele tem por escopo a democratização da propriedade rural e sua utilização social. Exemplo da hipótese: o agente remove um funcionário que merece uma punição, a fim de castigá-lo (a remoção não se insere na categoria punitiva) (CELSE ANTONIO, 48) (WALINE, 350);

e) ofensa à coisa julgada. Um poder não é jamais conferido a uma autoridade administrativa, possibilitando-lhe afastar o devido respeito à coisa julgada, ainda que de forma dissimulada. Em consequência, toda decisão tomada com a intenção manifesta ou implícita de criar obstáculo à execução de uma decisão da justiça é acimada de *détournement de pouvoir* (WALINE, 349);

f) desvio procedimental, consistente em empregar, para obter determinado resultado; procedimento diverso daquele previsto em lei e que não podia ser legalmente utilizado no caso, embora o pudesse para um fim diverso; a autoridade administrativa substitui o procedimento legal por um outro, seja para afastar as regras de competência ou de formalidade incômoda, seja para economizar tempo ou dinheiro à coletividade (WALINE, 350) (RIVERO, 251);

g) por incompetência do agente. O fim é lícito e há interesse geral, mas o agente público não tem competência própria para aquele ato (CRETELLA, 50). O agente ultrapassa a área dos poderes que a lei lhe reservou para agir. A teoria do desvio de poder teve origem na incompetência, invasão de um poder na área de outro, detectada na França (separação de poderes). O desvio de poder pode ser considerado como uma variedade da incompetência. Há divergência sobre isso. Sem exagerar a conclusão, poder-se-ia ficar apenas com o caso em que a busca de um fim irregular é completamente interdita por estar fora da alçada administrativa. É a fórmula de Laferrière (VIDAL, 36-9). Assim, o desvio de poder cinde-se numa dupla natureza jurídica: ou cabe na incompetência, e se situa no domínio da *ilegalidade* ou se refere à *discricionariedade*. No primeiro caso, a autoridade é incompetente; no segundo é competente, mas a

lei (ou outra fonte de direito) preocupa-se com os motivos... (QUEIRÓ, II, 77).

O desvio de poder é, enfim, o uso de uma faculdade discricionária para escopos não permitidos pela lei. Na substância, trata-se ou de ausência de causa legítima ou de simulação de um ato, debaixo da aparência de um outro ou em fraude à lei. Aqui são os fatos verdadeiros; e eventualmente em face deles se pode tomar uma providência diferente, que teria naqueles fatos uma causa legítima (CAMMEO, 605). Então, pode haver desvio diante da ilegitimidade de causa; por falta de causa (manifesta e absoluta injusta) pela presença de uma motivação irracional, contraditória em si com o dispositivo legal.

4. No desvio de poder cabe destacar, também, o elemento subjetivo do agente que o pratica. Como as fontes geradoras dos vícios do ato administrativo, em geral, também no defeito de que estamos tratando pode haver o *dolo* (ou intenção) e o *erro* (CAETANO, *Princípios...*, 179). A jurisprudência de tribunal administrativo tem admitido a existência de duas modalidades do desvio de poder: uma, resultante de erro de interpretação da norma que define o fim para cuja realização é conferido o poder discricionário (erro de interpretação do fim legal) e outra conseqüente de intenção de preterir o interesse público visado em benefício de um interesse particular de outro interesse público (desvio doloso) (CAETANO, Manual, 467). Nem sempre a substituição do fim especificado na lei por outra finalidade decorre de um propósito doloso, vale dizer consciente e deliberado. Isso ocorre, certamente, nas modalidades arroladas linhas atrás, mas pode ocorrer (em certo desdobramento da letra *d* supra), que haja substituição de um fim de interesse público por outro fim, igualmente, de interesse público, como conseqüência de erro na interpretação da lei. Trata-se de erro de direito.

Mas pode ocorrer, ainda, *erro de fato*. Essa última hipótese oferece maiores dificuldades. Há a lei, o interesse público, os poderes conferidos, mas a autoridade avalia erradamente os fatos, concluindo, em conseqüência, de forma equivocada sobre a conveniência e a oportunidade de agir de acordo com aquele fim. Haverá, então, desvio de poder, porque o fim, hipótese *in abstracto*, está em desconformidade com o fim *in concreto* da ação administrativa. O exemplo clássico do erro de fato nos motivos determinantes invocados está no caso de a lei conceder poderes discricionários para a manutenção da ordem pública e a autoridade agir motivada por fatos e circunstâncias, mal considerados, e que não justificariam o uso daqueles poderes. Houve um fim de acordo com a lei, mas, sem que houvesse excesso, houve desvio de poder por *erro de fato* (CAETANO, *Princípios...*, 180).

5. O desvio de poder, uma vez que representa uma violação da lei (Direito), descumpre o princípio da legalidade, contrariando o *fim expresso* ou *implícito* contido na norma. A violação do princípio da fina-

lidade do ato administrativo pode materializar um descumprimento da letra expressa da lei ou do princípio insito nela de forma implícita (CAETANO, *Princípios...*, 177). O fim é sempre dado, implícita ou explicitamente. Esse fim vincula o administrador e é sempre dado por uma norma suscetível de ser interpretada (QUEIRO, I, 77).

Dessa forma implícita decorrem, ainda, duas outras modalidades com implicações na Teoria Geral do Direito. Há a questão dos princípios, embora implícitos, de natureza positiva, vale dizer, deduzidos do próprio ordenamento jurídico positivo, revelados, portanto, da própria positividade do direito e há aqueles informadores do direito posto, porém nele não presentes, nem suscetíveis de serem deduzidos. Exemplos desses últimos são, os fins do Direito Natural em suas múltiplas variedades (a ordem divina, a razão universal, os direitos da pessoa humana consagrados na comunhão das nações) e os pertinentes à *moralidade administrativa* (cf. novel ordem constitucional brasileira, art. 5.º, § 2.º, os direitos expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados ou dos tratados internacionais em que a República seja parte; art. 37, *caput*, a administração pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, *moralidade*, publicidade. . . ; art. 5.º, LXXIII, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo à *moralidade administrativa*).

6. O vínculo da moralidade com a administração está na raiz da origem da doutrina do desvio de poder. Foi na França que se instaurou a discussão sobre o *détournement de pouvoir* a partir dos casos examinados pela jurisdição administrativa exercida pelo Conselho de Estado. Daí as doutrinas do "excesso de poder" e do "desvio de poder" (CAVALCANTI, 130). Nasceram as questões do recurso por *excès de pouvoir*, coroação da obra jurisprudencial do Conselho de Estado, cuja evolução permitiu um controle de legalidade levado a um limite extremo, porque fez integrar na noção de legalidade o controle da moralidade administrativa (WEIL, 145, VIDAL, 34).

A doutrina de Hauriou sustenta que a observância às regras de respeito ao fim do ato administrativo resulta de diretrizes morais do próprio Poder Administrativo. A moralidade administrativa seria anterior às leis do Estado e teria se imposto pela prática.

Está essa doutrina abandonada (?), a moralidade se acha acautelada pelos termos da própria lei (CAETANO, *Princípios...*, 178). A repercussão no Brasil, porém, não se restringe à Constituição, sendo, antes, referida pela doutrina; legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, indissociáveis de toda atividade pública (MEIRELLES, 643). A noção de moralidade administrativa alcança uma importância que vai além do princípio da legalidade, para se estender à

deontologia vinculada a um controle superior (Franco Sobrinho, *Estudos...* 206). Há vícios de moralidade que afetam o ato administrativo e o sujeita à nulidade declarada pela função jurisdicional do Estado (*idem*, Desvio, 303).

Hauriou não aceita que a moralidade administrativa seja constituída por um domínio legal, pelos fins da lei. Para ele o espírito da lei é o limite a impor aos direitos no interesse da justiça, enquanto o espírito da moralidade é a diretiva a impor aos deveres no interesse do bem. Nítida se torna a diferença entre o que é justo e o que é bom (HAURIOU *Précis*, de 1927, 419; QUEIRO, II, 62).

A inovação de Hauriou consiste em ver, no *détournement de pouvoir*, qualquer coisa que ultrapassa a legalidade. A jurisprudência francesa arranjara de maneira sutil um limite ao poder discricionário pelo lado dos fins, dos motivos ou móveis da administração. A doutrina, como se reitera, situou a reação jurisprudencial dentro da legalidade. Os fins foram considerados como fins legais. Há certa incongruência nisso, porque discricionarietà já quer dizer "não legalidade". Hauriou, logicamente, viu no fenômeno algo de estranho à legalidade, embora pertencente ao próprio domínio da administração e sua conduta — da moralidade administrativa ou o domínio da própria discricionarietà, sobre o qual se exerce um controle jurisdicional (QUEIRO, II, 63). "O *détournement de pouvoir* consiste no fato de uma autoridade administrativa, que pratica um ato da sua competência, observando as formalidades, não cometendo qualquer violação da lei, usar do seu poder para fins e em vista de motivos diferentes daqueles para os quais e em vista dos quais este poder lhe foi conferido, isto é, diferentes daqueles que impõe a normalidade administrativa... É uma violação da boa-fé, porque a administração deve agir de boa-fé, e isso faz parte da sua moral" (HAURIOU, *Précis*, 269, *apud* QUEIRO, II, 63).

É preciso considerar que o Estado de Direito, quadro onde se especulam as considerações sobre o tema, pode ser o Estado Ético, pois os fins econômicos, sociais, culturais ou éticos não estão excluídos daquele Estado (QUEIRO, I, 47). Trata-se de uma possibilidade, não de um elemento necessário, pois o Estado moderno nasce em um momento da História, no qual se intentou separar o Direito da Ética (CRETELLA, *Anulação*, 48) e considerar-se errado situar-se a doutrina do desvio de poder no terreno da moralidade, como o fizeram Hauriou e Renard (CAETANO, 462 e *Princípios...*, 178).

Por isso, compreende-se a resistência à aceitação da tese da moralidade administrativa, embora defendida por alguns teóricos (CRETELLA, *Anulação*, 48), sendo mesmo considerado errado situar-se a doutrina do desvio de poder no terreno da moralidade, como o fizeram Hauriou e Renard (CAETANO, 462 e *Princípios...*, 178).

8. Bibliografia

- CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio, Forense, 1977, 583 p.
- . *Manual de Direito Administrativo*. Rio, Forense, 1970. 2t.
- CAMMEO, Federico. *Corso di Diritto Amministrativo*. Padova, Cedam, 1960, 838 p.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Rio, Freitas Bastos, 1958. 2v.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, 345 p.
- . *Tratado de Direito Administrativo. Suplemento*. Rio, Freitas Bastos, 1964, 296 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Sintomas denunciadores do desvio de poder. *Revista Forense*, 255. 79:85. Jul./ago./set. 1976.
- . Desvio de Poder. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 24. São Paulo, Saraiva, 1979.
- . *Do Desvio de Poder*. São Paulo, Tese, 1964, 143 p.
- . Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder. *Revista de Direito Administrativo*. 91. 25:53. Fev./mar./1968.
- CUNHA, Therezinha Lucia Ferreira da. Princípio da Legalidade e Desvio de Poder no Direito Administrativo. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*. 164. 63:73. Brasília out./dez./1982.
- DORMI, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Astrea, 1978, 576 p.
- FAGUNDES, Seabra. Acórdão. *Revista de Direito Administrativo*, 14. 52:82, out./dez. 1942.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 18ª ed. México, Porrúa, 1978, 494 p.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Estudos de Direito Público*. 2ª ed. Brasília, Ministério da Justiça, 1977, 224 p.
- . Desvio de Poder e Moralidade Administrativa. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Vol. 24. São Paulo, Saraiva, 1979.
- LEAL, Vitor Nunes. Comentário a Acórdão. *Revista de Direito Administrativo*. 14. 52:82. Out./dez./1948.
- LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif Spécial*. Paris, PUF, 1977, 220 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 3ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1975, 745 p.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, 283 p.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio, Forense, 1979, 2 vol.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. 6. 41:75 out./1946.
- . *Idem*, segunda parte, 7, jan./mar./1947.
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 8ª ed. Paris, Dalloz, 1977, 532 p.
- TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1975, 369 p.
- VIDAL, Roger. A Evolução do Desvio de Poder na Jurisprudência Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. 30. 34:64. Out./dez. 1952.
- WALINE, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. Paris, Montchrestien, 1962, 2 v.
- WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra, Almedina, 1977, 171 p.

As Guardas Municipais na Constituição Federal de 1988

DIOGENES GASPARINI

Advogado, Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo em São Paulo e autor do Livro *Direito Administrativo* ¹

1. Ao Município, nos termos da Constituição Federal, cabe dispor sobre todos os assuntos de interesse local. Com efeito prescreve essa Lei Maior que:

“Art. 30 — Compete aos Municípios:

I — legislar sobre assuntos de *interesse local*” (grifamos).

2. Esse texto, observe-se, não deixa qualquer dúvida que em lugar da tradicional cláusula do “peculiar interesse”, configurada nas Constituições anteriores, o constituinte de 1988 preferiu a do “interesse local” sem, contudo, inovar no conteúdo. A novidade ocorreu *tão-só* na locução. Sendo assim, o “interesse local” não é outra coisa senão aquele que prepondera, que sobressai quando confrontado com o do Estado-Membro ou com o da União. De sorte que ainda vale a precisa lição de HELY LOPES MEIRELLES ², proferida nestes termos:

“*Peculiar interesse não é interesse exclusivo do Município, não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privacidade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz parte a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que o não seja reflexamente da União e do Estado-Membro, como também não há interesse regional ou nacional, que não ressoe nos*

1 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1989.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 86.

Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira, através dos Estados a que pertencem. O que define e caracteriza o 'peculiar interesse', inserido como dogma constitucional, é a *predominância* do interesse do Município sobre o do Estado ou da União" (grifos do autor).

3. O corpo técnico-jurídico da Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM³, deixou entrever que a locução "interesse local" consignada no inciso I do art. 30 da Constituição Federal, apenas substituiu a expressão "peculiar interesse", grafada nas Constituições anteriores, pois tratou aquela tal qual tratava esta. De fato, esse corpo técnico-jurídico, ante o inciso I ("legislar sobre assuntos de interesse local") do então artigo 31 ("Compete aos Municípios:") do Projeto B, afirmou:

"Tudo o que for matéria do exclusivo ou peculiar interesse do Município será de sua exclusiva competência legislativa, incluindo-se aí a legislação tributária e financeira, em respeito ao princípio da autonomia municipal."

4. A mesma inteligência é manifestada por MICHEL TEMER⁴, verdadeiro intérprete da Constituição Federal, dado que um dos mais ilustres constitucionalistas do País e um dos mais responsáveis constituintes de 1988. Com efeito, assegura esse professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC-SP, em precisa lição, que:

"Doutrina e jurisprudência, ao tempo da Constituição anterior, se pacificaram no dizerem que é do peculiar interesse aquele em que predomina o do Município no confronto com os interesses do Estado e da União. *Peculiar interesse* significa *interesse predominante*. *Interesse local* é expressão idêntica a *peculiar interesse*" (grifos do autor).

5. Portanto, sem qualquer esforço exegético, vê-se que nenhuma competência legislativa tem o Município em matérias que não atinam com o interesse local, tais como o transporte coletivo intermunicipal, correios e telefonia, mesmo que realizados no interior de seu território. Também, e pela mesma razão, não lhe cabe legislar ou mesmo prestar os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

Aliás, esse entendimento afina-se com o disposto no inciso V do art. 30, também da Constituição Federal, que só permite ao Município a criação, a

3 Fundação Prefeito Faria Lima — Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal. *Breves Anotações à Constituição de 1988/CEPAM*, São Paulo, Atlas, 1990, pp. 144 e 145.

4 TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, ampliada e revista de acordo com a Constituição Federal de 1988, p. 105.

organização e a execução, direta ou indireta, de serviços públicos de interesse local, e que assim prescreve:

“Art. 30 — Compete aos Municípios:

.....
V — organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os *serviços públicos de interesse local*, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;”
(grifamos).

6. Os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, à toda força, não são predominantemente locais, dado destinarem-se a coibir a violação da ordem jurídica, a defender a incolumidade do Estado e dos indivíduos e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores. De fato, a quebra da ordem jurídica e os atentados contra o Estado e os indivíduos são comportamentos que repercutem além dos limites do Município, que transcendem suas fronteiras. Escapam, pois, dos predominantemente municipais e determinam, em razão disso, outra ordem de competência a cujos integrantes cabe prestá-los. Desse modo pensa o douto Procurador do Estado de São Paulo, Prof. CLÓVIS BEZNOS⁵, conforme parecer, cuja conclusão é ainda atual, ao afirmar:

“... mas também pelo fato relevante de que a *questão relativa à ordem pública diz respeito ao interesse nacional*, não se configurando *ipso facto* em mero interesse peculiar do Município”.

É, portanto, de pouca ou de nenhuma valia fundar-se a criação da Guarda Municipal no inciso I do art. 30 da Constituição Federal. Por esse dispositivo, o Município só pode legislar sobre matéria de interesse local onde, seguramente, não se encaixam os serviços de polícia ostensiva e os de preservação da ordem pública.

7. Também nada melhora a constitucionalidade o fato de se dizer estar ela fundada no inciso XIV do art. 21 da Lei Maior, dado que nesse dispositivo estão arroladas competências, essencialmente administrativas, e o que é mais importante, da responsabilidade exclusiva da União. Ainda deve-se assegurar que os arts. 22, XXI, 23, I, e 24, § 3.º, todos da Constituição Federal, são, para fundar a criação da guarda municipal, de uma total inutilidade. Com efeito, o art. 22 arrola as responsabilidades legislativas exclusivas da União e, entre elas, no inciso XXI, as de editar “normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares”. Não cuida, portanto, de guarda municipal. O art. 23 elenca as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Cabe-lhes, consoante o inciso I, “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”, desde que estejam instituídas, em lei complementar, as devidas regras de cooperação, conforme determina o seu parágrafo único. Antes disso, pouco ou nada pode ser feito. Por fim, no

5 BEZNOS, Clóvis. Parecer publicado no v. 78, p. 178, da *Revista de Direito Público*.

art. 24 estão as competências legislativas concorrentes da União, dos Estados e do Distrito Federal. O § 1.º prescreve que nesse particular cabe à União estabelecer apenas normas gerais, enquanto o § 2.º estatui que a competência da União não exclui a competência suplementar do Estado e o § 3.º, por sua vez, estabelece que, inexistindo normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena. No caso há legislação federal e estadual recepcionadas.

Isto não significa, nem pode, um total alheamento da Guarda Municipal dos fatos sociais que possam ocorrer ao seu redor. Por outro lado, é certo que de modo indireto a Guarda Municipal age preventivamente. Aliás, sobre esse particular, é precisa a lição de PEDRO LUÍS CARVALHO DE CAMPOS VERGUEIRO⁶, douto Procurador do Estado de São Paulo, à época advogado da Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM, proferida nestes termos:

“Assim, tais vigilantes do patrimônio municipal, quando no exercício de suas funções, estarão — imediatamente, de fato, e não por força de obrigação legal, sem ser atividade inerente a suas atribuições — dando, como qualquer cidadão, proteção aos munícipes. A sua mera presença nos locais designados, junto a logradouros públicos ou próprios municipais, prestar-se-á como força psicológica em prol da ordem, beneficiando, assim, de forma indireta, os munícipes. Ou seja, essa vigilância do patrimônio municipal, por via de conseqüência, implicará proteção para os munícipes: aquela, como atribuição decorrente da norma jurídica, e, essa, como um ‘plus’ empírico resultante daquela.”

8. Se tais serviços, pelas razões enunciadas, à evidência, não são do Município, seu exercício por essa unidade da Federação só pode ser considerado ilegal, sujeitando-se o agente público municipal à responsabilidade penal, civil e administrativa. Qualquer ação estatal, sem o correspondente calço legal ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica, expõe-se à anulação e pode tornar seu autor responsável disciplinar, civil e criminalmente, conforme dissemos em outra ocasião⁷. Assim, se não há lei a fundar a ação pública, não há competência. Não havendo competência para o agir do Município, não se tem como legitimar a atuação do seu “agente policial”, mesmo que aquele ou este queira a atribuição. Por essa razão, tem-se como correta a lição de CAIO TÁCITO⁸, assim oferecida:

“Primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral universal:

6 VERGUEIRO, Pedro Luís Carvalho de Campos. In: *Parecer FPFL nº 7297*, de 1981.

7 GASPARI, Diogenes. In: *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 6.

8 TÁCITO, Caio. *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)*, co-edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício da atribuição do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador.”

Ainda nesse particular, cabe trazer à colação a segura afirmação de TEÓFILO CAVALCANTI FILHO⁹, saudoso professor e emérito jurista paulista, nestes termos:

“E quando se trata de matéria de competência, não se ignora, tem-se que levar sempre em conta o que a norma legal dispõe.”

9. Mesmo que pela sua natureza se pudesse entender a prestação dos serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública como de interesse local, esses não seriam do Município por força do que estabelece o § 5.º do art. 144 da Constituição Federal, que de forma clara atribui essas competências à polícia militar.

Ditos serviços, nos últimos tempos, sempre pertenceram às polícias militares, conforme se verifica do estabelecido nas últimas Constituições. Com efeito, a União, no exercício da competência que lhe outorgara o art. 8.º, inciso V, da Constituição Federal de 1967, editou o Decreto-Lei n.º 667, de 2-7-69, que “Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências”, posteriormente alterado. Em seu art. 3.º, nos termos da última redação, esse diploma legal estabelece:

“Art. 3.º — Instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, compete às Polícias Militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições:

a) executar com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;

b) atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presume ser possível a perturbação da ordem;

c) atuar de maneira repressiva, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas;

⁹ CAVALCANTI FILHO, Teófilo. *Boletim do Interior*, v. 29, p. 31, órgão de divulgação da Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM.

d) atender à convocação, inclusive mobilização, do Governo Federal em caso de guerra externa ou para prevenir ou reprimir grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção, subordinando-se à Força Terrestre para emprego em suas atribuições específicas de Polícia Militar e como participante da defesa interna e da defesa territorial;

e) além dos casos previstos na letra anterior, a Polícia Militar poderá ser convocada, em seu conjunto, a fim de assegurar à Corporação o nível necessário de adestramento e disciplina ou ainda para garantir o cumprimento das disposições deste Decreto-Lei, na forma que dispuser o regulamento específico."

10. A Constituição de São Paulo (Emenda n.º 2, de 30-10-69) estabeleceu no art. 149 que "O Estado manterá a ordem e a segurança pública interna por meio de sua Polícia, subordinada hierárquica, administrativa e funcionalmente ao Secretário de Estado responsável pela segurança pública". Por sua vez, o art. 2.º da Lei estadual n.º 616, de 17-10-74, que dispõe sobre a organização básica da Polícia Militar, estabeleceu, como competência dessa corporação, entre outras, as seguintes:

I — executar com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo fardado, planejado pelas autoridades policiais competentes, conceituadas na legislação federal pertinente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;

II — atuar de maneira preventiva, como forma de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presuma ser possível a perturbação da ordem;

III — atuar de maneira repressiva, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas;

IV — atender à convocação do Governo Federal, em caso de guerra externa ou para prevenir ou reprimir grave subversão da ordem ou ameaça de sua irrupção, subordinando-se ao Comando da Região Militar para emprego em suas atribuições específicas de Polícia Militar e como participante da Defesa Territorial;

V — realizar serviços de prevenção e de extinção de incêndios, simultaneamente com o de proteção e salvamento de vidas humanas e materiais no local do sinistro, bem como o de busca e salvamento, prestando socorros em caso de afogamentos, inundações, desabamentos, acidentes em geral, catástrofes e calamidade pública."

11. É óbvio, e não há como fugir disso, que os serviços de polícia ostensiva e os de preservação da ordem pública não podiam ser executados pelo Município, dada a *competência exclusiva* que esses diplomas legais outorgaram às polícias militares, conforme o Dr. PEDRO LUÍS CARVALHO DE CAMPOS VERGUEIRO¹⁰ já previra nestes termos:

“Portanto a própria legislação estadual reforça a conclusão, inevitável e decorrente, de que não é possível a instituição de uma guarda municipal para o exercício das mesmas atribuições cometidas, com *exclusividade* à Polícia Militar” (grifamos).

O mesmo ficou decidido, no julgamento da Apelação Cível n.º 171.270 (RT 433:184), pelo egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Nesse aresto ficou consignado que:

“Assentou, assim, o legislador federal, de maneira clara e categoria, que o policiamento armado, ostensivo e fardado está reservado, *exclusivamente*, sem ressalva alguma, às Polícias Militares” (grifamos).

12. É verdade, de um lado, que a Constituição estadual facultava aos Municípios a organização e a manutenção de guardas municipais para a colaboração na segurança pública e o fazia nestes termos:

“Art. 153 — Os Municípios poderão organizar e manter guardas municipais para colaboração na segurança pública subordinada à Polícia estadual, na forma e condições que a lei estabelecer.”

De outro lado, não é menos verdade que a faculdade outorgada ao Município, nesse dispositivo da Lei Maior de São Paulo, às escâncaras, era inconstitucional. Não podia essa Constituição desobedecer às restrições trazidas pelo citado Decreto-Lei federal n.º 667/69, editado pela União, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional de São Paulo n.º 2/69, no exercício de sua competência legislativa, consubstanciada no inciso V do art. 8.º da Carta anterior. De sorte que não podiam os Municípios paulistas utilizar o citado art. 153 da Constituição Estadual como fundamento para a instituição de guardas municipais, destinadas à prestação dos serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

A essa conclusão também chegou a Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM, pela manifestação de CIRO CHIOCHETTE NETO¹¹ e assim proferida:

“Conclui-se, portanto, de acordo com este último julgado, que uma guarda municipal, com função de segurança pública, não se legitima nem mesmo mediante sua subordinação à polícia esta-

10 VERGUEIRO, Pedro Luis Carvalho de Campos. *op. cit.*

11 CHIOCHETTE NETO, Ciro. *Parecer nº 11.579*, de 1985.

dual, vale dizer, o art. 153 da Constituição paulista, na sua redação atual (que exige a subordinação), já é ilegal porque afronta a legislação federal. Conseqüentemente, sem tal subordinação, como quer a Proposta de Emenda em exame, maior e mais transparente, será a ilegalidade, senão a inconstitucionalidade do art. 153 da Constituição do Estado de São Paulo.”

Destarte, qualquer guarda municipal que viesse a ser criada e organizada sem obediência à legislação federal afrontaria a Constituição Federal e poderia ser tratada como força irregular. Aliás, nesse sentido foi a afirmativa de PONTES DE MIRANDA¹² ao comentar o parágrafo único do art. 8.º da Lei Maior federal. Esse jurista, nessa oportunidade, sem meias palavras assegurou:

“h) que são inconstitucionais e suscetíveis de serem tratadas como forças ilegais todas as organizações policiais, mesmo estaduais, que não se fundaram em lei federal.”

13. A melhor doutrina, na vigência desses diplomas legais, orientou-se no sentido da impossibilidade da criação e da manutenção de serviços de policiamento ostensivo e de preservação da ordem pública a cargo de guardas municipais. Nesse sentido concluiu o Procurador de Estado, Dr. PEDRO LUÍS CARVALHO DE CAMPOS VERGUEIRO, no parecer citado e assim ementado:

“GUARDA MUNICIPAL — care o Município de competência para a sua criação. O policiamento ostensivo para a manutenção da ordem pública compete, com exclusividade, à Polícia Militar estadual.”

Em mais outras vezes a Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM, manifestou-se desse modo. De fato confrontem-se os Processos FPFL n.º 469/82, 352/83, 744/83, 1.909/84, 2.411/84, 833/85, 1.965/85 e 323/87.

Na mesma direção é a inteligência do saudoso Professor TEÓFILO CAVALCANTI FILHO¹³, ao escrever, sobre a possibilidade de os Municípios instituírem guardas armadas, destinadas a cooperar com as autoridades estaduais e federais na preservação da ordem e da segurança em área reservada à administração local. Nessa oportunidade esse notável jurista afirmou:

“Parece fora de dúvida, porém, que o assunto se acha regulado de forma diversa pela legislação federal. O Decreto-Lei federal n.º 667, de 2 de julho de 1969, modificado pelo Decreto-

12 MIRANDA, Pontes de. In: *Comentários à Constituição de 1967*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 171.

13 CAVALCANTI FILHO, Teófilo. *Op. cit.*

Lei n.º 1.072, de 20 de dezembro de 1969, atribuiu às Polícias Militares, com exclusividade, o policiamento ostensivo, fardado. (...) As guardas municipais, instituídas com as características indicadas, viriam repartir com a Polícia Militar uma atribuição que a lei conferiu, com exclusividade, a esta última. E quando se trata de matéria de competência, não se ignora, tem-se que levar sempre em conta o que a norma legal dispõe. No caso considerado, aliás, é preciso levar em consideração ainda que se criou uma subordinação técnica, em matéria de policiamento ostensivo, reservada à organização policial militar, à Polícia Civil. Foi dentro desse espírito — de que essa esfera está adstrita à Polícia Militar — que se processou à eliminação da Guarda Civil, de tradições conhecidas e respeitáveis em nosso Estado.”

Ao promover, em 1970, a 2.ª edição revista e atualizada de seu *Manual do Prefeito*, o Instituto Brasileiro de Administração Municipal — IBAM — deixou entrever essa mesma impossibilidade, quando, ao tratar do poder de polícia, acentuou:

“Outro instrumento que poderá eventualmente ser utilizado pelo Município, para fazer respeitar suas imposições de polícia administrativa, é a polícia judiciária, ou polícia armada. É importante lembrar, mais uma vez, que o Município não dispõe de polícia judiciária, mas pode recorrer ao Estado para garantir o exercício de sua competência em matéria administrativa.”

Mais recentemente, instado pelas afirmações do Sr. Jânio da Silva Quadros, então candidato a Prefeito de São Paulo, sobre a criação de uma guarda municipal destinada a executar a polícia ostensivo-preventiva no âmbito municipal, dotada de uniforme e armamento, assegurou ADERBAL TORRES DE AMORIM, ilustre Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em artigo publicado em dezembro de 1985, no jornal *O Estado de São Paulo*, que:

“Por tudo isso, o futuro administrador da Capital de São Paulo não poderá — como também não poderá qualquer outro Prefeito — de qualquer sorte criar guarda municipal, seja para ajudar a Polícia Civil, seja para colaborar com a Polícia Militar. Nem que queira...”

A jurisprudência, por sua vez, tem entendido do mesmo modo e disso é exemplo o v. acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, ao julgar a Apelação Cível n.º 171.120 (RT 433/184). Essa egrégia Corte, nesse julgamento, concluiu:

“Por todos estes fundamentos, sem necessidade de se proclamar a inconstitucionalidade das citadas leis municipais, provemos

o recurso dos autores para julgar procedente a ação e declarar a ilegalidade de formação no Município (...), da guarda municipal armada de ...”

14. Mesmo manifestações favoráveis à instituição das guardas municipais para a prestação de serviços de segurança urbana (guarda dos edifícios do Município, prevenção contra incêndio, extinção de animais nocivos, proteção dos municípios e preservação do patrimônio público e particular) acabam, como a de HELY LOPES MEIRELLES¹⁴, por afirmar:

“A *guarda municipal*, ou que nome tenha, é apenas um corpo de vigilantes adestrados e armados para a proteção do patrimônio público e maior segurança dos municípios, *sem qualquer incumbência de manutenção de ordem pública (atribuição da polícia militar) ou de polícia Judiciária (atribuição da polícia civil)*” (grifos nossos e do autor).

Ademais, pela falta atual de qualquer manifestação desses autores há de se perguntar se manteriam a mesma opinião ante o que prescreve o § 8.º, artigo 144, da Constituição Federal e o que estabelece o artigo 147 da Constituição de São Paulo. Será que tais manifestações, como a do IBAM, apoiada em pronunciamento de HELY LOPES MEIRELLES, oferecido há quase duas décadas e na vigência de outra Constituição, e a da egrégia Procuradoria Administrativa, órgão da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, proferida há mais de cinco anos e na vigência de outra ordem jurídico-constitucional, teriam suas conclusões repetidas? Não sabemos. De sorte que seria muito ingênuo afirmar a competência municipal no que concerne à instituição de guarda municipal para a prestação daqueles serviços, que, ademais, poderiam levar à responsabilização das autoridades municipais. Deve-se, ao contrário, acolher e divulgar lição do Desembargador paulista ALVARO LAZZARINI¹⁵, proferida nestes termos:

“Devem ser coibidas incursões de órgãos policiais em atividades próprias de outros órgãos, ou seja, que estrapolem as missões que o constituinte de 1988 lhes reservou, com o que se evitará desnecessários confrontos. E, nesse passo, não poderão ser esquecidas as Guardas Municipais, pois, na previsão constitucional do art. 144, § 8.º, da Constituição Federal, elas são destinadas à proteção dos bens dos respectivos Municípios, seus serviços e instalações e não à proteção de pessoas como possa se pretender.”

14 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 375.

15 LAZZARINI, Alvaro. “Da Segurança Pública na Constituição de 1988”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, nº 104, out./dez. 1989, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, p. 236.

15. À época da anterior Constituição de São Paulo, a faculdade consignada a favor dos Municípios, no art. 153, também não podia ser exercitada, em face dos termos do art. 45 do Decreto federal n.º 88.777, de 28-9-83. Com efeito, prescreve este dispositivo:

“Art. 45 — A competência das Polícias Militares estabelecidas no art. 3.º, alíneas *a*, *b* e *c* do Decreto-Lei n.º 667, de 2 de julho de 1969, na redação modificada pelo Decreto-Lei n.º 2.010, de 12 de janeiro de 1983, e na forma deste Regulamento, é intransferível, não podendo ser delegada ou objeto de acordo ou convênio.”

16. A criação de guarda municipal nos dias atuais e a nível da Constituição Federal está regulada pelo § 8.º do art. 144, que assim dispõe:

“Art. 144 — A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

.....

§ 8.º — Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.”

O disposto neste parágrafo é de uma clareza meridiana, dispensando assim qualquer interpretação. As guardas municipais só podem existir se destinadas à proteção de bens, serviços e instalações do Município. Não lhes cabem, portanto, os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária e de apuração das infrações penais. Aliás, essas competências foram essencialmente atribuídas à polícia militar e à polícia civil, consoante prescrevem os §§ 4.º e 5.º do suso transcrito no art. 144 da Carta Federal, que, por oportuno, merecem ser citados:

“§ 4.º — As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia da carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5.º — As polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.”

17. Mantém-se, assim, nos termos da legislação constitucional, a tradição de não se atribuir ao Município competências e responsabilidades

da polícia militar e da polícia civil. Essa persistente orientação é colhida no desenrolar dos trabalhos da Constituição de 1988. De fato, os dispositivos pertinentes à criação e às finalidades das guardas municipais no Projeto de Constituição de setembro de 1987 (art. 162, § 5.º), no Projeto "A" (art. 169, § 5.º), no Projeto "A" emendado (art. 170, § 6.º), no Projeto "B" (art. 150, § 8.º), no Projeto "C" (art. 144, § 8.º), e, finalmente, no Projeto "D" (art. 144, § 8.º) sempre prescreveram, em redação mais ou menos igual, que essas corporações se destinavam à proteção de bens, serviços e instalações do Município.

Ademais, qualquer tentativa visando a garantir às guardas municipais atribuições de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária ou de apuração de infrações penais, sempre foi rejeitada pelos constituintes de 1988, conforme menciona JOSÉ AFONSO DA SILVA,¹⁶ nestes termos:

"Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não pode eximir-se de ajuda aos Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de polícia judiciária."

Vozes abalizadas já manifestaram que às guardas municipais não tocam senão os serviços mencionados no § 8.º do art. 144 da Constituição Federal, interpretando, assim, corretamente o mandamento constitucional. Com efeito, afirma, com a acuidade jurídica que lhe é peculiar, TOSHIO MUKAI¹⁷ que:

"Os Municípios, ainda, de acordo com outras disposições esparsas da Constituição, 'poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei' (art. 144, § 8.º). Portanto, o Município não pode ter guarda que substitua as atribuições da polícia militar, que só pode ser constituída pelos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 144, § 6.º)."

Dessa inteligência não distoa o constitucionalista, membro da Comissão Afonso Arinos para a elaboração do Anteprojeto de Constituição para o Brasil, assessor do Senador Mário Covas e, num segundo momento, do

16 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Revista dos Tribunais, 5ª ed., São Paulo, p. 652, 1989.

17 MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, p. 42, 1989.

PSDB na Assembléia Nacional Constituinte, Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁸. Com efeito, nessa oportunidade, escrevendo, pois, de cátedra, afirmou:

“A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.”

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹⁹, ao cuidar da prevenção da segurança interna no plano federal, estadual e municipal, afirma:

“No plano municipal, as atribuições de vigilância se restringem à segurança patrimonial de seus bens, serviços e instalações.”

18. Não se pode, por todas as razões levantadas, alargar a competência atribuída às guardas municipais. Nem o simples fato de estar o artigo constitucional que permite sua criação integrado no Capítulo III, que trata da segurança pública, autoriza essa ampliação.

As guardas municipais não foram arroladas entre os órgãos responsáveis pela segurança pública, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Para esse mister a Constituição Federal, no art. 144, elencou, taxativamente, a polícia federal (I), a polícia rodoviária federal (II), a polícia ferroviária federal (III), as polícias civis (IV) e as polícias militares e corpos de bombeiros militares (V). As guardas municipais ficaram fora desse rol e, indubiosamente, sem qualquer atribuição de segurança. Por essa razão receberam a competência única de proteger os bens, serviços e instalações do Município. Essa circunstância, diga-se de passagem, foi bem apreendida por algumas Constituições estaduais, a exemplo da paranaense, que sequer previu, no capítulo Da Segurança Pública (arts. 46 e seguintes), a faculdade para o Município criar guarda municipal. Essa faculdade foi colocada entre as competências normais do Município (art. 17). Na Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul aconteceu o mesmo. A faculdade para instituí-la é inferida do disposto nos parágrafos do art. 10, onde está mencionada a atribuição do Estado de assegurar assistência aos Municípios.

Não se imagine, por outro lado, que a locução “conforme dispuser a lei”, inserida na parte final do § 8.º do art. 144 da Constituição Federal, autoriza a lei municipal a ampliar a competência da guarda municipal. Ledo engano. Essa lei é federal, e a ela cabe dispor sobre a sua constituição e outros aspectos ligados ao desempenho de suas atribuições. Não se infira

18 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, revista e ampliada de acordo com a nova Constituição.

19 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, 7ª ed., p. 358. Revista, aumentada e atualizada de acordo com a nova Constituição Federal.

disso que o Município criará sua guarda sem lei. Essa é necessária e cuidará da criação e organização da guarda municipal e do modo como será prestada essa proteção aos bens, serviços e instalações do Município, observada a lei federal. Aliás, não é outra coisa o que prescreve o art. 147 da Constituição de São Paulo, nestes termos:

“Art. 147 — Os Municípios poderão, por meio de *lei municipal*, constituir guarda municipal, destinada à proteção de seus bens, serviços e instalações, obedecidos os preceitos da lei federal” (grifamos).

20. Por tudo o que se afirmou e fundamentou e em face do que prescrevem o § 8.º do art. 144 da Constituição Federal e o art. 147 da Constituição paulista, não pode o Município criar com a denominação de guarda municipal, ou outra qualquer, corporação de tal natureza, uniformizada e armada, para executar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. Só lhe cabe a proteção dos bens, serviços e instalações do Município.

21. Cremos que a Lei Orgânica dos Municípios, no que respeita à guarda municipal, deve somente estabelecer o essencial à sua instituição, deixando para a legislação ordinária a sua criação e regulamentação. Aliás, essa é a que se infere do “Roteiro para a Elaboração das Leis Orgânicas Municipais” elaborado pela Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM, v. 2, cujo texto permito-me aqui reproduzir:

“CAPÍTULO ...

Da Guarda Municipal e do Corpo de Bombeiros

Art. ... — A guarda municipal, destinada à proteção dos bens, serviços e instalações do Município e de suas entidades de administração indireta, será instituída por lei de iniciativa do Executivo.

Art. ... — Mediante convênio, celebrado com o Estado, através da Secretaria da Segurança Pública, a polícia militar poderá dar instruções e orientações à guarda municipal.

Art. ... — O efetivo da guarda municipal será proporcional à quantidade de bens, serviços e instalações que devam ser protegidos.

Parágrafo único — Se o efetivo da guarda municipal for superior a ... guardas, o Executivo poderá criar uma autarquia para proteger bens, serviços e instalações do Município.

Art. ... — O Executivo, por lei de sua iniciativa, nos termos das legislações estadual e federal pertinentes, poderá criar um corpo de bombeiros.”

Licitações

Considerações em Torno de Alguns Aspectos Constitucionais

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. *Princípios constitucionais.*
2. *Princípios infraconstitucionais.*
3. *Conceito e elementos procedimentais.*
4. *Legislação infraconstitucional federal sobre licitações.*
5. *O problema das normas gerais.*

1. *Princípios constitucionais*

A axiologia de uma Constituição reflete os valores diversos, por vezes antagônicos, que adota. Nada há a se estranhar, se a entendermos como a confluência e o resultado dialógico de tensões sociais cambiantes, que exprimem e sintetizam miríades de interesses coexistentes na sociedade.

Compete, por isso, ao aplicador da norma constitucional, seja o legislador, seja o administrador, seja, com a última palavra, o julgador, resolver essas tensões e antagonismos no dia-a-dia da construção do direito.

É para orientá-los, lançando um fio de Ariadne nesse labirinto normativo do direito positivo, que as Constituições mais modernas se socorrem, cada vez mais, dos *princípios*. Sua importância está na razão direta com que avulta, em nossos dias, a compreensão axiológico-teleológica do sistema constitucional, na linha da jurisprudência dos valores, em substituição à

Extraído de palestra proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 22 de outubro de 1990.

rígida concepção axiomático-dedutiva, conotada à jurisprudência dos conceitos.

O tratamento de um tema de direito público, como o é a *licitação*, não pode prescindir do estudo do seu denso conteúdo valorativo. Superou-se a controvérsia doutrinária sobre a existência ou não de discricionariedade da Administração para contratar com quem desejasse e hoje, no Direito Constitucional brasileiro, o *princípio licitatório* está entronizado (art. 37, XXI).

Em conseqüência, a Administração, para contratar, deve atender a requisitos legais que balizam e direcionam a escolha de seus parceiros contratuais. Por isso, licitação e contratação, devem ser tratadas pelo Direito sob os mesmos princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem as atividades administrativas do Estado e de seus delegatários.

A Constituição de 1988 dedicou todo um Capítulo à Administração Pública (arts. 37 a 43), inaugurando uma nova fase no Direito Administrativo brasileiro, potencialmente preparatória para uma codificação nacional de seus princípios e normas gerais, cercando a atividade administrativa do Estado com vários *princípios* de obrigatória observância, em todos os seus níveis federativos e em todas as suas expressões governamentais e não governamentais.

O artigo 37 declina quatro princípios explícitos, sem prejuízo de outros, esparsos no texto, de modo explícito ou implícito: o da *legalidade*, o da *impeccabilidade*, o da *moralidade* e o da *publicidade*.

O *princípio da legalidade*, para o Direito Administrativo, tem o sentido de *delimitar* a atividade do Estado ao gerir os interesses públicos que a lei lhe confia. A administração pública, seja em que nível for, não é uma decorrência da personalização do Estado, mas do cometimento que a ela faz a sociedade através da lei. A liberdade decorre da personalidade humana; no Estado, porém, a personalidade é uma ficção, não existindo mais que uma universidade de interesses públicos a serem geridos. Assim, na gestão desses interesses, a ele confiados, o Estado e seus delegados agem irrefragavelmente segundo a lei, nunca além dela e, muito menos, contra ela: eis o que se deve entender pelo *princípio da legalidade* da administração pública.

Paralelamente ao da legalidade e não menos importante, está o *princípio da legitimidade*, eliminado do anteprojeto constitucional, no rol que antecedeu ao do atual artigo 37, *caput*, mas ressurgido no artigo 70 do texto vigente. A legitimidade tem um conteúdo densamente político e, incidentalmente, jurídico: trata-se da conformação do agir do Estado à vontade geral, distinto, portanto, da legalidade, que é a conformação do agir do Estado à vontade positivada na lei.

Em função desse duplo referencial, afirma-se, o Brasil, no frontispício de sua Carta Magna, como um Estado Democrático de Direito (art. 1.º), ou seja, um Estado de Direito, porque subordinado à legalidade, e um Estado Democrático, porque submetido à legitimidade.

A esses dois princípios capitais, a legalidade e a legitimidade, seguem-se os demais, relacionados no art. 37 da Constituição, já mencionados acima: impessoalidade, moralidade e publicidade.

O *princípio da impessoalidade* ou da *finalidade*, pode ser entendido como a vedação, ao Estado, de considerar quaisquer interesses que não aqueles que a lei lhe cometa. Determina, portanto, sua postura equidistante dos interesses pessoais e sua vocação absoluta ao interesse público. Até mesmo o seu próprio interesse pessoal, enquanto entidade de direito público, está submetido à finalidade legal, ainda porque essa personificação não é mais que uma ficção jurídica, para dar agilidade à prossecução e defesa dos interesses públicos.

O *princípio da moralidade* tem sua acepção precisa em Direito Administrativo: não se trata de uma simples aplicação de princípios éticos à administração pública, tema que já provocou polêmicas desde o século passado no colendo Conselho de Estado francês, fonte de tão importantes construções científicas. Não se trata, tampouco, repita-se, da moral comum aplicada aos fenômenos jurídicos, mas de uma moral especial, voltada aos resultados da ação administrativa; nesse sentido, é um conceito moral restrito, caudatário da finalidade pública. A moral comum preocupa-se com a conduta, ao passo que a moral administrativa volta-se aos resultados. A moral pessoal é julgada interindividualmente, enquanto que a moral administrativa é julgada objetivamente, diante da inadequação do ato aos fins a que deveria visar. Na moral comum prevalece o imperativo categórico, ou seja, se o que fazemos é exatamente aquilo que se gostaria que se fizesse conosco, mas na moral administrativa interessa saber se a atuação do agente está realmente orientada para lograr um resultado de interesse público e não, necessariamente, de interesse de cada um.

A diferença finalística salta aos olhos: se alguém gere seus próprios interesses e o faz mal, sobre si recairão as conseqüências da má gestão; porém, se alguém pretende gerir interesses alheios, interesses públicos, e o faz mal, as conseqüências da má gestão recairão sobre todos. Se cada um deve, em princípio, gerir seus próprios interesses, ninguém está obrigado a gerir interesses públicos, mas se o faz, arriscando-se a ser um mau gestor, porque conhece suas próprias limitações enquanto administrador, pratica uma especial imoralidade. Viola, o mau gestor, o *dever da boa administração* que, para um particular não existe, mas para um administrador público é inafastável. O que a moral de resultados, a chamada moral weberiana, exige de um administrador público, nada mais é que uma razoável eficiência na busca da satisfação dos interesses públicos, para o que ele voluntariamente se apresenta, não importa qual seja a

forma de investidura. É por isso que o administrador público, tanto o político como o servidor público, pode ter uma conduta privada ilibada e, não obstante, maltratar censuravelmente os interesses públicos que lhe são confiados: a imoralidade administrativa procede, exatamente, de sua pretensão de fazer aquilo para o que não está preparado. Ninguém é obrigado a assumir esse *múnus*, de administrar a coisa pública, embora existam alguns que são obrigatórios, como o de jurado ou de mesário; mas estes são casos excepcionais. O binômio eficiência-finalidade é, em última análise, a pedra de toque do princípio da moralidade.

O *princípio da publicidade* também transcende o Direito Administrativo: é o pressuposto instrumental para que todo o sistema de legalidade possa funcionar. É, assim, um princípio instrumental, a partir do qual se torna possível o *controle* da legalidade e, conseqüentemente, a realização do Estado de Direito. E o é, porque o Estado de Direito não se esgota no comando geral, que obriga ao cumprimento da lei, mas se aperfeiçoa com o comando corolário que submete essa observância a permanentes controles.

2. *Princípios infraconstitucionais*

A par desses princípios gerais, de assento constitucional, há princípios setoriais específicos, que regem as condições que deve satisfazer a Administração Pública quando se proponha a contratar com os administrados. Esses princípios específicos ora estarão explicitados na lei ora nela implícitos, quando dela defluam claramente ou do sistema jurídico como um todo.

Os princípios explícitos têm assento no Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, que instituiu o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, diploma recepcionado pela atual Constituição, no que com ela compatível, com competência *plena* para a esfera de governo da União e a nível de *normas gerais*, para as demais esferas federais, conforme o art. 22, XXVII, da Carta Magna.

Nesse Estatuto, os princípios explícitos estão concentrados no art. 3.º, ditos *básicos*, em número de cinco: da *igualdade*, da *publicidade*, da *proibição administrativa*, da *vinculação ao instrumento convocatório* e do *juízo objetivo*. O mesmo diploma, observe-se, avisadamente, tampouco limitou a esses o rol dos princípios aplicáveis à licitação, incorporando todos os que lhe sejam correlatos (art. 3.º, *in fine*).

O *princípio da igualdade* é o primeiro relacionado no art. 3.º, *caput*, do Estatuto, e a primeira grande condicionante que acode ao legislador expressar; fá-lo, ainda, enfaticamente, ao dedicar o parágrafo primeiro, do mesmo artigo, a explicitar os dois sentidos dessa igualdade: no inciso I, ao estabelecer o *caráter competitivo* do procedimento licitatório, afirma a

igualdade dos licitantes entre si, e, no inciso II, ao proibir *preferências*, impõe a igualdade dos licitantes perante a Administração, e aí é corolário do princípio isonômico geral, declarado como direito fundamental, no *caput* do art. 5.º da Carta Magna.

O *princípio da publicidade*, que também tem seu enunciado geral, já referido, no capítulo da Administração Pública (art. 37), tem, na licitação, ampla aplicação, temperado, apenas pelo princípio antípoda do sigilo, sempre que for necessário ao interesse de manter a competição. Assim, salvo expressa aplicação de norma especial de sigilo, a publicidade é a regra, possibilitando as variadas modalidades de controle que são estabelecidas para a licitação: sempre pela própria Administração e pelos administrados, e *a posteriori*, pelos tribunais, órgãos de contas ou, ainda, pelas Casas legislativas.

O *princípio de vinculação ao instrumento convocatório* é consectário do princípio de igualdade. A partir da fidelidade absoluta da Administração ao instrumento pelo qual convoca os administrados a licitar é que ela garante que contratará com o vitorioso, no teor exato do que nele se contém: natureza, quantidade, qualidade, preço, pagamento, condições etc. Todas as características do contrato a ser celebrado devem estar predefinidas no instrumento convocatório, porque nada poderá ser exigido pela Administração nem, tampouco, por ela aceito, se nele não constar. Por isso, o instrumento convocatório é a lei específica de cada licitação, uma vez que todo o procedimento, integral e inafastavelmente, a ele se vincula.

O *princípio do julgamento objetivo* se apresenta então como uma conseqüência do princípio de igualdade e o de vinculação ao instrumento convocatório. No momento em que se deva apreciar quais as melhores condições oferecidas, a igualdade só pode ser assegurada se os *critérios de julgamento forem objetivos*, isto é, se estiverem relacionados claramente às *vantagens* que, oferecidas, serão levadas em conta para *desigualar* os licitantes. Isso quer dizer que as “melhores condições” serão sempre aquelas que a Administração já predeterminedou, em tese, para serem consideradas, vedadas, em conseqüência, quaisquer outras considerações que *desigualem* os licitantes, mesmo que *de fato* possam representar *vantagens* para a Administração, se não estiverem previstas no instrumento convocatório. Reafirma-se, com esse princípio, um aspecto crucial do *caráter vinculado* de todo o procedimento. Se a Administração, ao cabo da licitação, se convencer de que havia outras vantagens, que não tinha previsto oportunamente mas que deveriam ser consideradas, não poderá aproveitar o procedimento mas apenas, revogar essa licitação, que se demonstrou inconveniente ao interesse público, e abrir uma nova.

Finalmente, encerrando o rol dos princípios infraconstitucionais explícitos, vem o *princípio da probidade administrativa*, que é um corolário da

moralidade administrativa, dirigido, aqui, de maneira direta, aos agentes encarregados do procedimento licitatório. Esse dever genérico, de todo agente público ou delegatário, está também alçado ao texto constitucional, que comina severas sanções públicas, administrativas, civis e penais à improbidade administrativa (art. 37, § 4.º). Na licitação, a improbidade se manifestará particularmente com a preterição dos demais princípios, notadamente o da igualdade.

Os *princípios implícitos* são vários, havendo-os de toda sorte. Destaque-se o sugerido por HECTOR ESCOLA, o de *competitividade*, lembrado por TOSHIO MUKAI; o da *comparabilidade* das ofertas, sem o qual torna-se impossível o julgamento objetivo, e o do *sigilo*, que diz respeito às ofertas dos licitantes. De nossa parte, acrescentamos, por sua modernidade na doutrina jusadministrativa, o da *realidade*, o da *razoabilidade* e o de *motivação*.

O *princípio da realidade* refere-se à pretensão expressa pela Administração na convocação. Ela não pode pretender o absurdo, o irreal, o irrealizável e não pode demandar algo contrário à natureza das coisas ou além da técnica disponível. Fazê-lo, seria um forte indício de improbidade, pois *ad impossibilia nemo tenetur*. O princípio da realidade abarca todos os ramos do jurismo, mas, no tema das licitações, é particularmente importante, pelo comprometimento dos agentes responsáveis pela legalidade do procedimento.

O *princípio da razoabilidade* diz respeito à discricionariedade, baliando-a de tal forma que possibilitará anular atos discricionários quando forem grave e manifestamente inconvenientes ou inoportunos. Na licitação, como se expôs, estará muito reduzida a atuação discricionária da Administração. Mas, mesmo assim, ela existe, e aflora precisamente quando é mais delicado o procedimento: no julgamento das propostas. Não obstante deva-se perseguir denodadamente a objetividade, certas avaliações *qualitativas* poderão demandar a aplicação de um resíduo de discricionariedade: aí atua o princípio. Não será razoável que a Administração, integrando esse resíduo decisório discricionário, sopesse motivos e realize escolhas que não sejam, à toda evidência, orientados à finalidade pública: eis, em resumo, o liame entre a opção razoável e o fim inafastável.

O *princípio da motivação*, finalmente, nada mais é que um instrumento, através do qual se torna possível o controle das decisões. Sem a motivação, quaisquer decisões administrativas são nulas, pois essa é a extensão que se deve dar ao art. 93, X, da Constituição. Observe-se que regra de tal importância não poderia ser dirigida exclusivamente ao próprio poder que deve julgar de legalidade das "decisões" dos demais. Entendemos que se aplica, a *fortiori*, o princípio da motivação, a todas as *decisões* tomadas no procedimento licitatório.

Essa é a moldura principiológica que torna compreensível o instituto e facilita sua aplicação, a todos os níveis: legislativo, administrativo e judiciário.

3. *Conceito e elementos procedimentais*

Licitação é o procedimento administrativo vinculado, destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sempre e quando ela necessite contratar com particulares, desenvolvido de acordo com os princípios constitucionais e infraconstitucionais que lhe sejam aplicados. Esse conceito, confira-se, aproxima-se bastante do conceito legal (art. 3.º do Estatuto), cujo enunciado se deve ao saudoso e preclaro HELY LOPES MEIRELLES.

Embora a lei não deva ser um repositório conceptual, não se pode deixar de reconhecer que o tema da licitação, por sua própria natureza, exige um tratamento mais diagnóstico e, por que não acrescentar, até mesmo didático, dada a amplitude de sua aplicação, por todos os níveis federativos, a todos os poderes e em todos os escalões administrativos, na administração direta, indireta ou fundacional (art. 22, XXVII, da Constituição).

Por ser um *procedimento* administrativo, a licitação tem os mesmos elementos do ato administrativo, já que se trata de uma seqüência coerente e causal de atos administrativos voltados a um resultado, que deverá ser o seu ato final. Falamos, portanto, de *competência*, de *finalidade*, de *forma*, de *motivo* e de *objeto* do procedimento licitatório.

O elemento *competência* diz respeito à indicação legal de quem pode abrir e conduzir o procedimento e de quem pode homologá-lo e adjudicar o contrato. O elemento *finalidade*, ínsito na regra de competência, vem a ser o *interesse público* em obter as maiores vantagens na contratação com os administrados. O elemento *forma* é o próprio procedimento, de natureza vinculada, iniciado pelo instrumento convocatório e encerrado com a adjudicação. Quanto ao *motivo* do procedimento, vem a ser a necessidade de contratar, embora, na cadeia procedimental, cada ato anterior se torne o motivo do posterior, a começar com o primeiro, o ato de chamamento dos interessados. O *objeto*, finalmente, vem a ser a seleção do contratante vitorioso, com exclusão dos demais, adjudicando-se-lhe o contrato licitado.

A vantagem do proponente na licitação está na razão direta da vantagem que ele ofereceu à Administração. A *maior vantagem* é o cerne de todo o procedimento e a justificação para romper-se a igualdade inicial, concentrando-se a decisão sobre quem vier a oferecê-la.

Mas o fato de ser o escolhido não significa que o licitante vitorioso adquira um *direito ao contrato*; o direito que lhe é adjudicado é de *prelazia*, vale dizer, se o Estado vier a contratar haverá de ser com ele.

A vantagem dos demais proponentes se escalona, pela mesma razão, na razão direta das vantagens que tiverem oferecido à Administração, de tal forma que o segundo, o terceiro, e assim sucessivamente, *têm direito de igual natureza*, embora dependente da desistência do anteriormente classificado: um direito condicionado.

4. *Legislação infraconstitucional federal sobre licitações*

A Constituição deu competência à União para legislar sobre *normas gerais* de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (art. 22, XXVII).

Desde logo, advirta-se, essa competência é uma *exceção* à regra geral constitucional da autonomia, estabelecida no art. 18, de modo que deve ser interpretada restritivamente, em resguardo do princípio federativo.

Na lista das entidades administrativas, todavia, salta o problema de “inclusão” das “fundações” e “empresas sob seu controle”, na abrangência da regra. Quanto às fundações públicas, sabemos que existem de dois tipos: as que têm personalidade de direito público, que são as autarquias fundacionais, e as com personalidade de direito privado, embora exerçam parcela *delegada* do poder estatal administrativo, daí pertencerem à administração indireta. *Ambas* se subordinam à regra constitucional excepcional da autonomia federativa, mas, quanto às fundações com personalidade de direito privado, só se forem “instituídas e mantidas pelo poder público”. Restam, então, as “empresas sob seu controle”, vale dizer, aquelas que o Estado é delegante de sua atividade econômica. Assim o entendemos, porque o *controle*, a que faz menção o dispositivo, não haveria de ser o *societário*, próprio ao direito privado, pois, neste caso, seria ocioso mencioná-lo, mas apenas o *controle de direito público*, o referido especificamente à parcela de poder delegada pelo Estado.

Paradoxalmente, a Constituição, que adotou a via da modernidade quanto à administração indireta, retirando as empresas públicas e sociedades de economia mista do regime comum público e as submetendo ao regime comum privado (art. 177, § 1.º), fez, no dispositivo em exame (art. 22, XXVII) uma inexplicável concessão à hipertrofia estatal e ao dirigismo.

A solução lógica, para conciliar os dispositivos antagônicos, é entender que no art. 173, § 1.º, está a *regra*, e, no art. 22, XXVII, a *exceção*. Todas as entidades da administração indireta se submetem ao princípio licitatório. Em conseqüência, a ele se curvarão também as *fundações*, *delegatárias* de serviços públicos, desde que instituídas ou mantidas pelo poder público, as *empresas públicas* e *sociedades de economia mista* e as *outras empresas por ele contratadas*, desde que *delegatárias da administração*.

A justificativa material para essa interpretação parte do próprio *interesse público* em causa. É ele que atrai e exige a licitação e também só ele, em casos excepcionais, pode afastá-la. Se o único inconveniente da licitação pudesse ser, de fato, a demora no procedimento, sê-lo-ia meramente de fato e, por isso, perfeitamente suportável e, *deinde*, obrigatória a licitação. A dúvida ocorre quando o interesse público *se desloca* e, embora sob risco, passa a ser conveniente o afastamento da licitação.

Se, por exemplo, prevalecer o interesse público em não levar-se adiante a licitação, nada mais há a fazer que *revogá-la*. Será mais sensato que assumir os riscos incalculáveis da corrupção, do nepotismo e do paternalismo.

Distintamente, se o interesse público for equivalente, tanto se se proceder como em não se procedendo a licitação, poderá ocorrer *dispensabilidade* (art. 22, dos Estatutos, Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986) ou, se houver inconveniência em levar-se adiante o procedimento licitatório, o interesse público prevalecente será o de evitá-lo, configurando-se a *inexigibilidade* (art. 23, *leg. cit.*) ou, até a *vedação* (art. 23, § 1.º, *leg. cit.*).

Uma paraestatal, tomemos como exemplo, delegatária, por definição, de um serviço público, não será obrigada a licitar se esse procedimento for prejudicial à sua eficiência em tal grau que acabe por prejudicar o atendimento do interesse público específico, cuja satisfação se lhe foi comitada. É com este espírito que devem ser interpretadas todas as *ressalvas* previstas no art. 37, XXI, da Constituição.

O problema da incidência do princípio licitatório constitucional torna-se mais delicado quando se deva precisar o que vem a ser “empresas sob seu controle”, vale dizer, do poder público, no texto do art. 22, XXVII, da Constituição.

Se esse *controle* é o que se funda na relação comercial, o controle societário, serão apenas os acionistas que o terão e, com isso, a norma constitucional se esvaziaria. Resta o controle empresarial de direito público, o que decorre de uma delegação legal de interesse público a “entidades que explorem atividade econômica pelo Estado”, na linha do que se refere o art. 173, § 1.º, da Constituição.

Em resumo, trata-se do controle administrativo exercido pelo Estado, decorrente do vínculo de delegação legalmente instituído, exatamente o controle sobre as paraestatais, não só porque a inclusão dessas “empresas” se refere à administração indireta, o que exclui concessionárias e permissionárias, embora também jungidas a vínculo de delegação, como porque, se se aplicasse, por hipótese, a entidade sob seu controle que exerce atividades econômicas *sem* vínculo paraestatal, haveria um confronto com a

regra do art. 173, § 1.º, da Constituição, que a retira do regime comum administrativo. O Estado controlará, portanto, a atividade das entidades privadas de sua criação até o limite da delegação de direito público acaso existente e, fora disto, apenas pelos instrumentos comuns do direito societário.

5. O problema das normas gerais

Um outro problema constitucional referido às licitações escapa do enquadramento das entidades que se sujeitam ao princípio licitatório e diz respeito à eficácia das normas baixadas pela União no desempenho de sua competência para editar *normas gerais* de licitação e contratação.

O problema se agrava porque essa competência regulatória a nível de normas gerais não decorre da modalidade de *competência concorrente*, instituída no art. 24, com seus quatro parágrafos caracterizadores, mas da *competência privativa*, instituída no art. 22. Isso significa que a *edição dessas normas gerais* de licitação e de contratação “em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle” (art. 22, XXVII, da Constituição) é *privativa da União*, inadmitindo-se a aplicação das regras que regem a competência concorrente verticalmente limitada, estabelecidas nos quatro parágrafos do art. 24.

O art. 24 da Constituição instituiu, para todas as matérias nele arroladas, o sistema de partilha de competência vertical, entre a União e os Estados-Membros e o Distrito Federal. No Direito Constitucional tradicional, o ente maior, a União, legislava amplamente sobre o assunto, até o ponto de detalhamento que considerasse satisfatório, remanescendo para os menores, Estados e Distrito Federal, legislar suplementarmente, sempre respeitadas as normas federais. Em suma, cabia exclusivamente à União definir, em cada caso, até que nível de detalhamento e especificação se estenderia sua competência. Se, por acaso, houvesse legislação estadual, a superveniência de lei federal sobre a matéria legislada simplesmente suspenderia sua eficácia, consoante a parêmia *Bundesrecht bricht Landesrecht*.

Essa modalidade *clássica* de partilha vertical de competência recebeu, com o art. 10 da Constituição alemã de Weimar, uma variante: embora repartida em dois níveis, o da União, acima, e o dos Estados-Membros, abaixo, a lei federal já não poderia dispor *totalmente* sobre a matéria, descendo a detalhes específicos, mas estaria limitada apenas a baixar *normas gerais*. De sua parte, os Estados, ao legislarem, estariam adstritos a essas normas gerais, como se fora uma moldura (*Rahmengesetz*), só podendo se estender, até a plenitude do assunto, à falta da moldura, isto é, se inexistissem leis federais pertinentes. Em suma: nessa variante *limitada* da

partilha vertical de competência, já não caberá à União definir até que nível de detalhamento e especificação se estende o exercício de sua competência, pois ela ficou constitucionalmente restrita a editar *normas gerais*.

A modalidade de *competência concorrente limitada fez escola*. Ampliada na Lei Básica de Bonn e adotada em várias Constituições, no Brasil, após uma entrada tímida em 1934, a cada nova alteração constitucional ganhou mais expressão, até que, na Carta atual, se tornou a modalidade dominante tendo, embora, remanescido exemplos da clássica, principalmente para o caso da suplementação municipal (art. 30, II).

Mas se a idéia é simples e até brilhante, para partilhar as competências federativas respeitando as peculiaridades dos entes menores sem sacrificar a unidade do direito nacional, a sua aplicação prática é extremamente difícil. Tudo gravitará em torno do escorregadio conceito de *normas gerais*. Se a União se contiver dentro do conceito, suas normas se aplicarão aos Estados (e Distrito Federal); caso contrário, serão *inconstitucionais*, por invadirem a competência dessas entidades. Por outro lado, se os Estados (e Distrito Federal) legislarem sobre matéria já legislada, a nível de normas gerais, pela União, as normas conflitantes serão, também *inconstitucionais*. Finalmente, se os Estados (e Distrito Federal) houverem legislado, plenamente, sobre a matéria por não existir legislação federal, a superveniência da Lei da União, com normas gerais incompatíveis com as normas estaduais, suspender-lhes-á a eficácia (art. 24, § 4.º, da Constituição).

Mas as dificuldades não ficam aí. Como a competência para a União editar *normas gerais* de licitação e contratação administrativa, *não se insere* no rol das hipóteses de competência *concorrente*, do art. 24, mas na relação da competência *privativa*, do art. 22, da Constituição, como expusemos, há, ainda, sensíveis diferenças, que devem ser consideradas, fazendo-nos retornar aos princípios, para lograr uma segura interpretação constitucional.

O princípio da autonomia federativa é, por sua própria natureza, fundamental em termos de competência político-administrativa (art. 18, da Constituição). Como consequência, *em regra*, todas as unidades federadas são competentes para disporem sobre seus respectivos bens, pessoal e serviços. Ora, como *licitação e contratação* são atividades administrativas, em que estão em jogo bens, pessoal e serviços *de cada nível federativo*, *em princípio* a competência para legislar sobre esses temas é indissociável da autonomia de cada uma deles, e só a Constituição poderia excepcioná-la. E é, precisamente, o que faz a Carta Magna: em benefício de certa *homogeneidade básica*, reserva-se à União essa *competência excepcional* para editar normas gerais sobre a matéria de licitações e contratações administrativas (art. 22, XXVII) de que aqui tratamos.

Aí está a diferença: essa competência excepcional, *repite-se*, é *privativa*. Privativa e não exclusiva, porque admite a *extensão* da competência

dos Estados (e Distrito Federal). *Extensão*, observe-se, porque é automaticamente exercida, e não *delegação*, que depende de manifestação de vontade do delegante. A distinção entre privatividade e exclusividade não se reduz apenas à delegabilidade mas à admissibilidade de qualquer outra forma de extensão de uma competência privativa. Na exclusividade, porém, não há extensibilidade possível.

Assim sendo, os Estados, Distrito Federal e Municípios, na ausência de normas gerais da União sobre licitações e contratação administrativa, poderão legislar plenamente sobre o assunto, com fundamento no art. 18, que lhes garante autonomia político-administrativa. Mas, como a União tem competência para editar *normas gerais* (e apenas normas gerais) a superveniência dessas normas federais, distintamente do caso da competência concorrente, não apenas suspende a eficácia das normas estaduais, distritais federais e municipais, mas as torna *inconstitucionais*. Por outro lado, se a União editar normas que não sejam *gerais*, e as impuser às demais unidades federadas, estará invadindo a autonomia dessas entidades e, com isso, praticando também inconstitucionalidade.

Chega-se, então à conclusão de que a *competência privativa* da União, do art. 22, XXVII, é *inextensível*, tanto quanto as encontradas nas regras homólogas dos incisos IX, XXI e XXIV, do mesmo artigo, que dispõe sobre essa modalidade de competência. Em contrapartida, a competência reservada das demais unidades federadas será *extensível*, sempre que existam normas gerais federais.

Essa peculiaridade é crucial para a inteligência e para a aplicação do Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986. Nele, a União legisla em caráter *pleno* para suas próprias licitações e contratos administrativos, no exercício de sua competência político-administrativa (art. 18 da Constituição), mas legisla em caráter limitado para as licitações e contratos administrativos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, restringindo-lhes, com suas normas gerais, o exercício das respectivas competências político-administrativas.

Inconstitucional, portanto, o art. 86, do decreto-lei citado, ao pretender *estender* o comando federal além da imposição de normas gerais, para obrigar as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, às suas *disposições*, até que venham a editar regulamentos próprios.

De todo o exposto, emerge com avultada importância essa questão: o que vêm a ser *normas gerais*?

Não há, que nos conste, um conceito satisfatório. O que existem são aproximações doutrinárias.

A primeira, parte do *grau de abstração* da norma e do princípio. A *norma* é uma abstração deduzida dos fatos, tomando por base seus ele-

mentos e relações constantes, enquanto que o *princípio* é uma abstração deduzida das normas, a partir de elementos e relações constantes por elas apresentados. Sob esse enfoque, a *norma geral* coparticiparia da natureza de ambos, ao nuto do legislador federal.

A segunda aproximação é mais moderna, parte da *aplicabilidade* da norma e do princípio. A *norma-preceito* tem aplicação imediata ao caso concreto, ao passo que a *norma-princípio* só se aplica imediatamente, dependendo de uma norma preceito intermediária. Já, sob esse enfoque, a *norma geral* se assemelharia à norma-preceito, pois tem aplicabilidade imediata, independentemente da legislação específica editada pelas unidades menores.

A terceira aproximação é ainda mais recente, fundando-se na *densificação* da norma. Os *princípios* são normas de grande generalidade e, por isso, não contêm elementos de informação suficientemente densos para caracterizar os fatos sobre os quais devem atuar; distintamente, os *preceitos* são normas que se apresentam com baixa generalização e grande densidade informativa, de modo que caracterizam, com precisão, as espécies fáticas sobre as quais atuam. Sob esse enfoque, a *norma geral* se apresentaria com densidade variável, tanto contendo baixa densificação, para ser integrada pelas normas específicas, editadas pelas unidades menores, como com alta densificação, prescindindo dessa integração.

Uma quarta aproximação toma por base a *dimensão do interesse* a ser satisfeito. O *princípio* tem sempre uma amplitude nacional, não se justificando, numa federação, que coexistam princípios nacionais distintos aplicáveis desigualmente às unidades federativas. O *preceito*, entretanto, pode atender a interesses regionais ou locais, sem que isso comprometa a unidade principiológica do sistema jurídico total, o *Gesamtverfassung*, na expressão kelseniana. Aqui, a norma geral volta a coparticipar da natureza do princípio, pois não seria juridicamente possível à União legislar discriminatoriamente para as unidades federadas.

Uma quinta aproximação, ainda, parte da *exequibilidade* da norma. O *princípio*, embora dotado de plena eficácia, só tem exequibilidade negativa, isto é, só pode ser aplicado diretamente para *impedir* atos que o *contrariem*. Já o *preceito*, em regra, tem exequibilidade plena, isto é, não só é aplicado diretamente para *impedir* atos que o *contrariem*, como para *obrigar* a prática de atos que o satisfaçam. As *normas gerais*, sob esse enfoque, voltam a se aproximar dos *preceitos*, embora nada impeça que a União estabeleça princípios orientadores, impondo-os, como o faz, no caso das licitações, nos artigos 3.^o e 86 dos Estatutos.

Se considerarmos todas as aproximações, todas as teorias que procuram explicar a natureza jurídica das normas gerais, encontraremos sempre a mesma conclusão: ora as normas gerais comportam-se como prin-

cípios, estabelecendo pautas para a legislação preceitual, ora comportam-se como preceitos, prescindindo de qualquer legislação complementar para serem aplicadas direta e imediatamente aos fatos concretos que devem reger.

Diante disso, forçoso é concluir-se que o trabalho do intérprete, do profissional do direito, teve sobremaneira ampliada a sua dimensão intuitiva. É muito maior, com tantas variáveis a considerar, a sua dependência de uma especial percepção das características da norma que pretende classificar, que só o estudo e a experiência desenvolverão.

Para isso, o intérprete deve abandonar a atitude dogmática e formalista, que marcou o ensino do Direito durante tantos anos, para desenvolver certa *flexibilidade* na interpretação da norma. Uma coisa é ter lido e conhecer a norma e outra, é aplicá-la, pois nesta operação, não basta o conhecimento formal do direito mas é imprescindível a intimidade substancial com os fatos.

Em se tratando de licitações, a pleora de normas, federais, estaduais, distritais federais e municipais, principiológicas, gerais e preceituais, poderia dar a falsa impressão de que ficou plenamente resguardada a combinação mínima de moralidade e de eficiência que através delas se quer ver imperar. Não obstante, nesse tema, como de resto em tantos outros, também densamente normalizados, por mais cuidadosos e detalhados que tenham sido os legisladores, há vulnerabilidades.

Na licitação, a fraude não necessita tocar o procedimento licitatório: ela o antecede, fica nas tratativas entre os próprios licitantes, quando não em conluio com agentes administrativos. Como se percebe, toda a parafernália legal da licitação acaba sendo uma formalidade oca para dissimular a violação do espírito da lei.

Claro está que uma licitação fraudada em seus princípios é tão nula quanto a que for fraudada abertamente em suas preceituações formais. Sem embargo, a vulneração do espírito da lei é muito mais difícil de captar e de caracterizar. Quem se dispuser a fazê-lo deve procurar manejar com mestria o conceito, ainda insuficientemente trabalhado pelos juristas, de *legitimidade*.

Desde o século passado, no Direito Administrativo em particular, primeiro com o desenvolvimento da teoria do desvio de poder, agora com o aperfeiçoamento da teoria da razoabilidade, pode-se apreciar o esforço doutrinário e jurisprudencial para alcançar os vícios de legitimidade que teimam em escapar do âmbito da legalidade positivada. Reduzir a ilegitimidade à ilegalidade tem sido e há de ser um árduo desafio a todos que entendam o Direito, como SAMUEL JOHNSON, como a quintessência da sabedoria humana, atuando sobre a experiência, em benefício geral — o caminho para o aperfeiçoamento do homem em sociedade.

As Licitações no Texto da Constituição de 1988

PALHARES MOREIRA REIS

Professor de Direito Constitucional e de
Ciência Política (aposentado). Membro do
Conselho de Curadores da Universidade Fe-
deral de Pernambuco. Membro Fundador da
Academia Brasileira de Ciências Morais e
Políticas. Advogado.

SUMÁRIO

1. *Licitações.* 2. *As três órbitas e os Três Poderes.* 3. *A legislação anterior sobre licitação.* 4. *Princípios da licitação.* 5. *A legalidade.* 6. *A publicidade nos atos administrativos e na licitação.* 7. *Ainda os princípios: a impessoalidade.* 8. *O princípio da moralidade administrativa.*

1. *Licitações*

Diz o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, ao tratar das licitações:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

É sabido que a Administração Pública, para se prover de bens e de serviços, deverá buscar adquiri-los no mercado produtor, da mesma forma que qualquer particular. Neste ponto a Administração realiza um negócio jurídico, funcionando como uma das partes, sendo a outra o seu *fornecedor do bem ou do serviço pretendido*. O mesmo ocorre quando caminha na direção inversa, para a alienação.

O termo "serviço", no texto, deve ser estendido como abrangendo aqueles a serem realizados para a própria Administração, assim como os destinados a atender às necessidades da comunidade. Deste modo, desde o reparo de uma pia até o fornecimento de água para uma cidade, da entrega de uma encomenda até a contratação de uma concessão de serviço de transportes urbanos, deve sempre depender de licitação antecedente ao contrato, ressalvados os casos previstos em lei.

O negócio se corporifica num contrato, celebrado entre as duas partes. Este negócio jurídico tem, na forma da lei civil, de atender a três requisitos essenciais: capacidade das partes, objeto lícito e possível, e forma prescrita ou não vedada por lei.

No entanto, diversamente do que ocorre entre os particulares, a Administração Pública não dispõe de plena liberdade para contratar. Ao contrário, depende de mecanismos próprios estabelecidos em lei.

O primeiro deles é a habilitação da outra parte contratante, evidenciando esta preencher os requisitos que assegurem o cumprimento da obrigação a vir a ser pactuada.

O outro mecanismo específico é o da licitação, procedimento pelo qual se seleciona, pela via da competição, dentre os fornecedores, quem apresenta condições mais vantajosas para a realização do ajuste.

Em princípio, o contrato entre a Administração Pública e o fornecedor ou adquirente do bem ou do serviço, deve ser, além de claro e preciso em seus termos, elaborado em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vincularam. E, nas hipóteses em que a licitação não é exigível, tais contratos "devem atender aos termos do ato que os autorizou e da proposta" (art. 44 do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986).

Há, pois, uma relação direta entre a licitação e o contrato administrativo, que, por isso mesmo, difere do contrato entre particulares. Estes têm, como se disse, igual capacidade de pactuação, uma vez que se trata de um negócio jurídico bilateral e comutativo. Entre as duas partes há a liberdade de negociação, da qual surgem as obrigações de prestações mútuas.

Já no contrato administrativo o ente público detém o poder de fixar as condições iniciais para a celebração desse contrato. E dentro dessa prerrogativa, pode a Administração enumerar cláusulas e condições que discrepam do mecanismo do Direito Privado, sendo as regras deste somente aplicadas supletivamente.

De acordo com o texto constitucional, porém, esta faculdade de estipular condições de participação no procedimento licitatório não tem mais a amplitude que era dada anteriormente. Na verdade, o processo de licitação pública "somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Normalmente, o contrato administrativo decorre, sempre, de uma licitação e esta, por sua vez, em diversos casos, de prévia habilitação dos licitantes. As situações em que não há a licitação são as especificadas na lei.

Não significa, portanto, que todos os contratos administrativos estejam nestas condições. Pode a Administração, quando permitido por lei, realizar contratos típicos de direito privado, com liberdade negocial, ao lado dos contratos administrativos, através dos quais regule a atividade pactuada com peso diferente da outra parte, na negociação.

O preceito fundamental, agora inserido no texto maior, constitucional, é o de que todos os serviços, obras, compras e alienações, dependem de uma licitação, ressalvados os casos especificados em Lei. Licitação é, pois, um procedimento administrativo, pelo qual a Administração seleciona a proposta que lhe parece mais vantajosa para a execução de suas obras e serviços, compra de materiais e gêneros e, por outro lado, promove a alienação de seus bens. Dela resulta um contrato administrativo.

A licitação é um dos mecanismos pelos quais se assegura a moralidade dos atos administrativos, não só possibilitando igualdade de oportunidades para os licitantes, como também selecionando as melhores condições para a Administração. As regras constitucionais novas estabelecem preceitos a serem seguidos pela própria lei (e conseqüentemente pelos atos e contratos administrativos), não só de cunho geral para a atividade administrativa, como igualmente, próprios da licitação.

2. *As três órbitas e os Três Poderes*

O *caput* do art. 37 da Constituição tem um sentido normativo amplo, quando comanda que os preceitos ali estabelecidos são dirigidos a quaisquer dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) de todas as órbitas de Poder (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Municípios). Seja administração pública direta, seja indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista) e também as fundações.

Isto quer significar que, mesmo as Constituições dos Estados, como igualmente as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, deverão levar em conta o disposto na Carta Maior, eis que os incisos do art. 37 são cogentes para toda a Administração Pública. Qualquer norma que contra aqueles preceitos seja editada é inconstitucional.

Destarte, a amarração se pretende total: sociedades de economia mista de cunho estadual, empresa pública de âmbito municipal, por exemplo, ou autarquia, bem como as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, que dantes não estavam nem ao menos inseridas no sistema da Administração Pública Federal, o Decreto-Lei n.º 200, de 1967, paradigma para os demais sistemas, sendo entes considerados como integrantes do setor privado estão em igualdade de condições com a administração direta, federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

3. A legislação anterior sobre licitação

As regras fundamentais do processo de licitação foram estabelecidas, no plano federal, pelo Código e Regulamento de Contabilidade Pública, de 1922. Em 1964, a Lei n.º 4.401 estabeleceu normas para a licitação de serviços, obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União.

Modernamente, o assunto foi tratado pelo Decreto-Lei n.º 200, de 1967, que dispõe sobre a Administração Federal e sobre a Reforma Administrativa.

Hoje estão contidas no Decreto-Lei n.º 2.300, de 21-11-1986, o qual foi modificado pelos Decretos-Leis n.ºs 2.348, de 24-7-87, e 2.360, de 16-9-87. O citado Decreto-Lei pretende sistematizar a matéria relativa a "licitações e contratos na Administração Federal", o que se tornava absolutamente necessário.

O seu art. 1.º especifica a abrangência, ao dizer que ele "institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações no âmbito da Administração Federal, centralizada e autárquica".

Não tratava, então, das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nem das empresas públicas e sociedades de economia mista, o que ocorre agora, em face do comando constitucional. A nível federal, de modo cogente, para os outros entes como conjunto de normas gerais, como se verá adiante.

No entanto, o mecanismo legislativo adotado, então, não foi o adequado, em face do disposto na Carta Maior de 1967, vigente à época.

Com efeito, falecia competência ao Presidente da República para editar um decreto-lei sobre o tema, uma vez que, pelo texto basilar de 1967, esta competência se limitava às finanças públicas, segurança nacional e remuneração de servidores, o que não é o caso (cfr. RAUL ARMANDO MENDES, *Comentários ao estatuto das licitações e contratos administrativos*. S. Paulo, Rev. dos Tribunais, 1988, p. 12; igualmente, JOSÉ AFONSO DA SILVA, no prefácio ao mesmo livro, p. 5).

Ora, como instituto jurídico estudado autonomamente ou, ao revés, considerado como sendo parte antecedente da celebração do contrato administrativo, portanto mecanismo a ele acessório, a licitação não poderia surgir pela via do Decreto-lei. Assim, os Decretos-Leis n.º 2.300 e seus modificadores, ora citados, eram já inconstitucionais em relação ao disposto na Superlei de 1967.

Ao Decreto-Lei n.º 200, de 1967, porém, não se aplica o mesmo raciocínio, pois que não foi editado com base na competência constitu-

cional, e sim, em função do disposto no Ato Institucional n.º 4, de 1966, durante o recesso forçado do Congresso Nacional.

Já agora, o inciso XXVII do art. 22 da Constituição dá competência privativa à União para legislar sobre:

“XXVII — *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle.*”

Ora, ante o disposto no inciso em análise, fica evidenciada a competência da União para editar normas gerais relativas à licitação e à contratação, o que convalida o Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, e seus consectários. Houve, portanto, a recepção ao direito anterior pelo Sistema Constitucional novo.

As regras do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, por serem federais, devem ser entendidas, primeiramente, como disciplinadoras das atividades relativas às licitações e aos contratos de toda a Administração Federal, direta, indireta e fundacional, pois de acordo com a epígrafe, e a ampliação do conceito no texto constitucional, a isso aquela norma se propõe.

No entanto, o Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, deve ser entendido, também, como editando normas gerais para as demais órbitas de Poder, na conformidade do seu art. 85, que diz:

“Art. 85 (DL 2.300/86). *Aplicam-se aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste Decreto-lei.*

Parágrafo único. As entidades mencionadas neste artigo não poderão:

a) ampliar os casos de dispensa, de inexigibilidade e de vedação de licitação, nem os limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades de licitação;

b) reduzir os prazos de publicidade do edital ou do convite, nem os estabelecidos para a interposição e decisão de recursos.”

Cabe, pois, a competência concorrente dos Estados e do Distrito Federal para legislar a respeito. Isto deflui do disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 24 da Constituição, a saber:

“§ 1.º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2.º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

Os preceitos dos demais parágrafos do art. 24 não se aplicam à análise em fazimento, eis que são relacionados com a competência legislativa plena dos Estados para atender às suas peculiaridades, quando inexistente a lei federal sobre normas gerais, até o surgimento desta, quando se suspende a eficácia da lei estadual naquilo em que lhe for contrária.

Da leitura dos parágrafos ao art. 24 surge a indagação: se bem que o *caput* do artigo se refira à competência concorrente para legislar, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os parágrafos apenas tratam da legislação concorrente dos Estados, sem remissão ao Distrito Federal, como se deve entender a situação deste?

Pela letra dos dispositivos, somente aos Estados é que caberia a competência legislativa concorrente, jamais ao Distrito Federal. No entanto, hoje o Distrito Federal não se situa, mais, como dantes, atrelado à União, porém, ao revés, é considerado uma unidade política autônoma, ao mesmo nível dos Estados, no que concerne à competência comum (onde tem a seu lado igualmente os Municípios) e à competência legislativa concorrente, quando aparece em pé de igualdade apenas com os Estados.

O entendimento, pois, deve ser pela interpretação extensiva, dando-se como existente a competência do Distrito Federal para poder, do mesmo modo que os Estados, legislar supletivamente sobre licitações e contratações, naquilo que lhe for específico, obedecidas as normas gerais estabelecidas pela União.

Já com referência aos Municípios, estes deverão considerar nas respectivas Leis Orgânicas, como se disse, o atendimento aos preceitos do art. 37 da Carta Maior, dentre estes os relativos às licitações.

Não lhes cabe, porém, competência para legislar supletivamente às normas gerais estatuídas pela União a respeito. A administração municipal, direta, indireta e fundacional, deverá obedecer à legislação estadual, quando se tratar de Município de Estado, e à legislação federal — o mencionado Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, e as normas a ele complementares — quando o Município for de Território Federal, o que, no momento, inexistente. Registre-se, finalmente, que o Distrito Federal não é divisível em Municípios, face à vedação contida no art. 32 da Constituição.

Não se deve entender, por isso, que, do mesmo modo que as outras unidades políticas, o Município não possa dispor de regulamentação ou prescrições próprias com relação às suas obras, serviços, compras e alienações, os chamados “cadernos de encargos”, de grande utilidade porque, “desde que aprovados pela autoridade competente e oficialmente publicados, dispensam a reprodução de suas normas nos editais ou convites, bastando a citação do ato que os instituiu — Decreto, Resolução, Por-

taria, etc.” (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 3.^a ed. S. Paulo. Rev. Tribunais, 1975, p. 237; do mesmo autor, *Licitação e Contrato Administrativo*, 9.^a ed., S. Paulo, Rev. Tribunais, 1990, p. 33).

4. Princípios da licitação

O art. 3.^o do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, expressamente diz que:

“A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”

Da norma legal de 1986, anterior portanto à Superlei, defluem como princípios básicos: a) a igualdade; b) a publicidade; c) a probidade administrativa; d) a vinculação ao instrumento convocatório; e) o julgamento objetivo; f) e os que lhe são correlatos.

O art. 37 do texto basilar enuncia os princípios que devem reger a administração pública nacional; a) a legalidade; b) a impessoalidade; c) a moralidade; e d) a publicidade.

No inciso XXI do mesmo artigo, a norma constitucional estabelece os seguintes princípios em relação às licitações, que são consectários daqueles fixados no *caput*, gerais para toda a administração pública.

Tais princípios são: a) igualdade de condições a todos os concorrentes; b) a presença das cláusulas de obrigações de pagamento; c) manutenção das condições efetivas da proposta, nos termos da lei; d) limites às exigências aos licitantes quanto à qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

A doutrina, por sua vez, reconhece como princípios regedores do processo licitatório, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES:

“Toda licitação está sujeita a determinados princípios irrelevantes no seu procedimento, sob pena de se descaracterizar o instituto e invalidar o seu resultado seletivo. Esses princípios resumem-se, para nós, nas seguintes prescrições: procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor”. (HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e contrato administrativo*, cit., p. 21).

Analisa-se, a seguir, a sintonia existente entre os preceitos do Decreto-Lei n. 2.300, de 1986, os princípios reconhecidos pela doutrina e as regras cogentes da nova Constituição.

5. A legalidade

A legalidade está exigida, expressamente, no texto da Constituição e, indiretamente, no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, ao exigir conformidade ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório da licitação, e no dizer doutrinário, na vinculação ao edital ou ao convite, de um lado, e ao procedimento formal, de outro.

Por legalidade se deve entender que os atos administrativos deverão estar sempre passíveis de uma verificação de conformidade com a lei (legalidade) e, mais ainda, com a própria Constituição (supralegalidade).

Legalidade não quer dizer trabalhar apenas nos estritos limites da lei, posto que ao administrador, em muitos casos, cabe agir no exercício da discricionariedade, sempre respeitados, porém, os limites da lei, sem ultrapassá-los. Superar tais limites deixa de ser ato discricionário, transformando-se este ato em ação de mero arbítrio. Basta, no entanto, que persiga o objetivo da administração, atenda ao interesse público, nos limites da lei.

Em outras palavras, seja sempre conforme ao Direito.

Contra a violação de tal preceito, remédio existe, e forte; previna-se que, na hipótese de existência de um ato “cujo resultado importe em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo,” (Lei n. 4.717, de 1965, art. 2.º, parágrafo único, c), cabe o remédio da ação popular prevista no item LXXIII do art. 5.º da Constituição, visando à sua anulação.

Conseqüência do princípio da legalidade, está a vinculação ao instrumento convocatório a que alude o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986. Isto porque o edital, o convite, ou qualquer outro instrumento usado para avisar os eventuais licitantes é, do mesmo modo que o contrato que sucede à licitação, como lei entre as partes.

A vinculação ao instrumento convocatório restringe o Administrador aos termos do edital ou ao procedimento a ele assemelhado e, mais ainda, deste em relação à Lei e à Constituição, podendo ser, ele também, impugnado quando viciado.

Mais ainda: nos casos em que a licitação não é exigível, como se disse, mesmo assim o Administrador não pode dispor como bem entender, mas apenas nos limites estabelecidos no ato que autorizou o contrato e a proposta.

O procedimento formal, de que trata HELY MEIRELLES, é um dos mecanismos que busca assegurar a lisura de toda a licitação. Não sendo esta procedida na forma prescrita na lei e divulgada no edital ou convite (os cadernos de encargos deles fazendo parte integrante, se assim for determinado), a mecânica toda estará comprometida. Contra qualquer ato da Administração Pública, seja a autoridade que determinou ou adjudicou a

licitação, seja a própria Comissão, que tenha sido contrário às normas formalmente estabelecidas, do qual decorra lesão de direito, em princípio cabe mandado de segurança, interposto por qualquer dos licitantes, ou também, daqueles excluídos, desafortunadamente, do processo licitatório.

Os cadernos de encargos, a que se aludiu antes, são instrumentos reguladores de pormenores da operação da licitação (habilitação dos licitantes, mecanismos de apresentação das propostas), do contrato e da operação. Desde que aprovado por autoridade competente e devidamente publicado, os cadernos podem integrar os instrumentos convocatórios e, assim, obrigam a Administração e os licitantes.

6. *A publicidade nos atos administrativos e na licitação*

O princípio da publicidade está enunciado, expressamente, tanto na Lei Maior, quanto no Decreto-Lei em referência.

Todos os atos administrativos devem ser públicos e publicáveis, jamais feitos à socapa, às escondidas, mesmo porque, para a quase totalidade deles, a publicidade do instrumento é elemento indispensável à complementação formal: a publicação dos atos de nomeação e dispensa de servidor, dos contratos de locação de bens móveis e imóveis, prestação de serviços e aquisição de bens, por exemplo, e os atos do processo licitatório.

Publicar, no caso, não quer dizer, simplesmente, imprimir no *Diário Oficial* ou outro órgão da imprensa. A expressão deve ser entendida no sentido de tornar público o ato administrativo. Pode ser pela afixação no local de costume, com ou sem aviso nas folhas, ou a remessa de tal aviso a selecionados fornecedores, como permite a lei. O que, de resto é procedimento corrente em comunidades menores que, por vezes, não têm *Diário Oficial* e, por outro lado, fazê-lo no do Estado, ou no da União, editado nas respectivas capitais, tornaria o processo mais oneroso, lento e difícil.

O que não é admissível é realizar o ato administrativo sem a sua publicidade, prévia ou não, dependendo do que mande a lei.

A publicidade do ato assegura sua validade para as partes e perante terceiros. No entanto, como a publicidade não é elemento intrínseco ao ato, a sua existência, por si só, não convalida eventual irregularidade.

Não destoa do princípio da publicidade a norma que exige o sigilo da proposta até a sua abertura. Neste caso, a regra do sigilo se fundamenta, mais, na necessidade de assegurar a igualdade entre os licitantes, nenhum conhece as condições oferecidas pelo competidor, naquele negócio específico, o que impede formalmente a apresentação de proposta mais vantajosa.

No § 3.º do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, o princípio da publicidade é regulamentado, reconhecendo-se expressamente esta necessidade de sigilo, ao se determinar que “a licitação não será sigilosa,

sendo públicos e acessíveis ao público, os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Na Constituição nova existe um preceito que assegura a todos o conhecimento dos atos públicos, estabelecendo o “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5.º, XXXIII).

Ou seja, quando ocorrer o caso de vedação de procedimento licitatório, por ato do Presidente da República, a Administração está dispensada de prestar as informações a que se aludiu.

Na eventualidade de negação de publicidade de atos que interessem a qualquer pessoa, física ou jurídica (na sua relação com órgãos da Administração Pública), ressalvada a hipótese mencionada, cabem dois recursos, que podem ser acionados alternativamente pelo interessado, com fundamento na regra constitucional: “o pedido de certidão para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal” (art. 5.º, XXXIV), que vai depender da legitimidade da postulação, e de outro lado, o mandado de segurança, “que se concederá para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5.º, LXIX).

A publicidade é um dos elementos essenciais do processo de licitação. Desde a publicação do instrumento convocatório, do qual o edital é um dos exemplos, e pelo qual se regulam as condições de participação, até a escolha do melhor proponente, todos os atos da licitação devem ser públicos. Assim, os terceiros interessados e toda a comunidade podem tomar conhecimento de todos os atos do procedimento, e quem quer que venha a se sentir prejudicado pode se proteger juridicamente, inclusive qualquer do Povo, pela via da ação popular, como se disse.

Seria essa limitação legal, referente ao conteúdo das propostas, que ficam preservadas até a respectiva abertura, inconstitucional face ao amplo preceito de publicidade estabelecido na Constituição?

A resposta deve ser pela negativa. Se bem que a Constituição não restrinja, no art. 37, o entendimento da noção de publicidade, no inciso XXXIII do art. 5.º, conforme foi referido acima, esta é limitada quando se ressalva a divulgação dos atos “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

A noção de segurança, aí, não é a relativa ao ataque de inimigos externos ou de possíveis subversões da ordem pública, mas à segurança dos objetivos da sociedade e dos interesses do Estado, para assegurar a igualdade de condições entre todos, brasileiros e estrangeiros residentes.

Assim, a restrição estipulada pela lei, que tem limite de eficácia no tempo (até a abertura das propostas), deve ser considerada como sendo indispensável para a garantia da igualdade das condições, devendo ser divulgados os conteúdos das propostas apenas depois de abertas.

7. Ainda os princípios: a impessoalidade

A impessoalidade de que trata o *caput* do art. 37 da Norma Fundamental se reflete na igualdade de condições a todos os concorrentes mencionada no inciso XXI do mesmo artigo, e, do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, nos princípios do julgamento objetivo e da igualdade.

Devem os atos administrativos ser impessoais, isto é, levar em conta a atividade administrativa, a finalidade administrativa e, não, a pessoa que o pratica ou que venha a ser a destinatária de tal ato beneficiário, ou, ao contrário, punido. No caso, entende-se que a impessoalidade se refere a pessoas físicas e jurídicas.

Nas licitações, a impessoalidade se traduz nos seguintes postulados: a) a igualdade de condições entre os licitantes; b) o julgamento objetivo da proposta; e c) a adjudicação compulsória ao vencedor.

A igualdade de condições entre os licitantes é um dos primeiros elementos do processo, já previsto na legislação pertinente, e assegurado, agora, no preceito constitucional. Não é lícito à Administração gerar condições discriminatórias, impedindo a participação de determinados concorrentes ou favorecendo a outros, nem afastar-se dos critérios especificados, seja pela lei, seja pelo edital, para o julgamento das propostas.

Neste sentido, como em muitas hipóteses eram estipuladas condições, no edital de licitação, que se tornavam impeditivas de participação de diversos fornecedores — estabelecendo-se verdadeiros cartéis — a Constituição determinou que o processo de licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Os mecanismos que criavam obstáculos desnecessários para a participação de licitantes, agora, podem ser *inquinados*, não apenas de ilegais, mas igualmente de serem contrários à Constituição.

Quanto ao julgamento objetivo, a exigência é pertinente no sentido de que o talante do Administrador, os critérios e interesses pessoais, sejam eliminados.

Corolário do julgamento objetivo e da igualdade é a ressalva constitucional do mencionado inciso XXI, ao se referir às exigências estabelecidas em relação aos licitantes, apenas admitindo as relativas à qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na adjudicação compulsória tem-se a impessoalidade garantida pelo direito subjetivo criado em favor do vencedor do certame, qualquer que seja ele. Não pode a Administração decidir diversamente, pois o contrato somente pode ser celebrado com outrem se o licitante classificado em primeiro lugar, dele desistir expressamente.

Acresce que o direito nascido da licitação é apenas referente à adjudicação, não se estendendo ao contrato, eis que à Administração remanesce o direito de anular ou revogar a licitação, ou, mesmo, não celebrar o contrato. No entanto, essas situações somente podem ter lugar se houver justa causa para tanto. Ao revés, sem a justa causa, haverá arbítrio, abuso de poder, ensejando a reparação judicial dos prejuízos causados ao licitante. Cabe, na forma do § 6.º do art. 37 da Superlei, ação regressiva da Administração contra o servidor que deu causa, por dolo ou culpa.

8. *O princípio da moralidade administrativa*

O preceito legal da probidade administrativa se entende inserido na noção de moralidade do texto constitucional.

Os atos administrativos deverão ser, sempre, pautados pelo padrão ético de conduta, não podendo se admitir, mais, que se diga ser a administração a-ética, como dantes ocorreu, uma vez que nas relações humanas em geral e entre aqueles que cuidam da coisa pública, os que a financiam — contribuintes — e os que dela obtêm os resultados, deve pairar o princípio da moralidade, hoje preceito constitucional.

A moralidade administrativa se traduz na conformidade do ato administrativo à busca de efeitos que não prejudiquem, nem a Administração, nem a terceiros. Não basta que o ato administrativo siga à risca as regras estritamente formais. Neste sentido, há decisão jurisprudencial dizendo que o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo (Tribunal de Justiça de São Paulo, RDA 89/134).

Cabe, pois, mandado de segurança uma vez que existe um direito líquido e certo à observância do princípio da moralidade no fazimento do ato administrativo, especialmente agora que este preceito está presente na norma constitucional.

A probidade administrativa de que fala a lei sobre a licitação é, a rigor, uma decorrência do preceito maior de moralidade, contido no art. 37 da Carta Magna.

Realiza-se, na prática, através da vinculação ao instrumento convocatório e ao julgamento objetivo. Assim, estes dois elementos se referem, não apenas à impessoalidade como também à moralidade administrativa.

Lei Delegada

GASTÃO ALVES DE TOLEDO

Mestre em Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e do Instituto dos Advogados de São Paulo

SUMÁRIO

1. Aspectos técnicos.
2. A experiência brasileira.
3. A experiência estrangeira.
4. A questão política.

A lei delegada é um instrumento constitucional de que se pode valer o Executivo, com a aquiescência do Legislativo, para dispor sobre matérias específicas, sob condições estabelecidas na Constituição e abrangência definida pelo Congresso. Trata-se de mecanismo previsto no art. 68 e parágrafos da Carta de 88. Cabe ao Executivo a iniciativa solicitadora da delegação, devendo o Legislativo apreciá-la à luz de seus termos e justificativa. Sua concessão se materializa por Resolução do Congresso Nacional.

Questiona-se acerca de vários aspectos da delegação legislativa, que excepciona a regra geral da separação das funções do Estado, quando o Executivo é autorizado a exercer atípicamente o mister próprio do Legislativo. Tal procedimento não se ajustaria aos moldes do Estado republicano democrático, que não acolhe com bons olhos o fato de o chefe do Executivo incumbir-se, ainda que restritamente, dos afazeres próprios de outro poder. Indaga-se sobre a eventual abdicação pelo Parlamento de sua atribuição fundamental, cujas raízes político-doutrinárias remontam à própria concepção da democracia representativa, em que a interdependência harmoniosa das funções estatais desponta como axioma básico do equilíbrio institucional.

1. Aspectos técnicos

Algumas observações parecem-nos cabíveis no atual momento. Primeiramente, o mecanismo constitucional da delegação legislativa vem reforçar, ao contrário do que se alega, o princípio da separação de poderes,

ou melhor, *da interdependência por coordenação* das funções estatais, corolário de seus fundamentos político-jurídicos. Se a Constituição não privilegiasse o Congresso Nacional como sede do poder de legislar, não deveria prever a exceção veiculada pelo art. 68. A possibilidade de delegar essa atribuição decorre do fato de o poder delegante deter *sua titularidade*, reafirmando-se, por esta via excepcional, o princípio básico da separação das funções.

Destarte, o Congresso Nacional não se despoja de seu papel típico (já que não o poderia mesmo fazer por inconstitucional a hipótese), mas simplesmente *exerce uma faculdade* que a Carta Magna lhe confere.

Trata-se de delegação limitadora do próprio conteúdo e de sua extensão, sendo, pois, *circunscrita*. É o que se depreende das restrições contidas no § 1.º do art. 68 da Constituição que, ao cuidar da abrangência material do instituto, preconiza:

“Art. 68.

§ 1.º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.”

Vale recordar que atos da *competência exclusiva* do Congresso Nacional são aqueles estatuídos no art. 49 da Constituição, os quais dispensam a interferência de outro poder para sua edição, isto é, não requerem sanção presidencial para que produzam seus efeitos. Igualmente, os atos da *competência privativa* da Câmara dos Deputados e do Senado Federal são aqueles discriminados, respectivamente, nos artigos 51 e 52 da nova Carta, cuja perfeição independe da ingerência da outra Casa Congressual e de outro poder.

Como se nota, julgou o constituinte que pela relevância material das leis complementares e a exigência de *quorum* qualificado para sua apro-

vação (maioria absoluta das duas Casas), as mesmas não deveriam estar sujeitas à hipótese de delegação. Por igual, a importância das matérias elencadas nos incisos I, II e III do art. 68 (que dizem respeito ao estatuto político do cidadão e seus direitos fundamentais, à organização de outro poder republicano e à questão orçamentária) fez com que não as submetesse à mesma exceção. Mais que isto, ao vislumbrar a possibilidade de estar conferindo uma ampla discricionariedade ao Poder Executivo, mesmo em definindo sua abrangência, criou duas salvaguardas para que o Congresso Nacional possa cercear as imoderações porventura advindas do processo. Uma veiculada pelo § 3.º do art. 68; outra pelo inciso V do art. 49, assim redigidos:

“Art. 68.

§ 3.º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.”

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

.....

V — sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”

Em verdade, *três são as ocasiões* de o Congresso apreciar e interferir na elaboração da lei delegada. A primeira se dá pelo exame da solicitação do Executivo, quando este explicita a matéria sobre a qual pretende legislar e dimensionar sua abrangência. A Resolução do Congresso que autorizar a delegação deverá “especificar seu conteúdo e os termos do seu exercício”, isto é, dirá sobre a essência e extensão substantiva da lei a ser expedida. Claro está que a Resolução do Congresso *não terá condições de detalhar os termos da lei a ser editada, posto que, se assim fora, não haveria necessidade de delegação de competência, mas cabe-lhe estabelecer parâmetros a serem observados pelo Executivo ao expedir a norma*. Trata-se, pois, de um exame prévio. A segunda apreciação se dá *após a Resolução autorizadora* que poderá exigir a “apreciação do projeto pelo Congresso Nacional” que, à vista da proposta já completa, pode aprová-la ou rejeitá-la, *in totum*. A terceira hipótese de exame se dá *a posteriori*, após a edição da norma. Se o Congresso Nacional julgar que o Executivo extrapolou os limi-

tes da delegação, poderá sustar a aplicação da lei assim editada, o que implica na apreciação de seu conteúdo normativo.

2. *A experiência brasileira*

Em passado não remoto, tivemos alguns casos de delegação em nosso País.

O Professor José Alfredo Baracho, citando Carlos Medeiros Silva, nos dá conta de que, “com a Mensagem n.º 108, de 10 de agosto de 1962, Francisco Brochado da Rocha, então Presidente do Conselho de Ministros, com o objetivo de exercitar seu *Programa de Governo...* encaminhou ao Congresso Nacional 21 projetos de decretos legislativos...” “Com a fixação dos decretos legislativos de n.ºs 8, 9 e 11, de 1962, foram determinadas as bases da delegação, sendo expedidas as leis delegadas de n.ºs 1 a 7, de 1962, e as de n.ºs 8, 9, 10 e 11, de outubro do mesmo ano”¹.

Dentre elas se destacam:

— Lei Delegada n.º 4, com base no Decreto Legislativo n.º 9, dispondo sobre a intervenção da União no domínio econômico;

— Lei Delegada n.º 5, ainda com base no Decreto Legislativo n.º 9, criando a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB);

— Leis Delegadas n.ºs 8, 9, 10 e 11, tendo como fundamento o Decreto Legislativo n.º 11, que trataram de:

Fundo Federal Agropecuário (n.º 8); reorganização do Ministério da Agricultura (n.º 9); criação da Superintendência do Desenvolvimento da Pesca (n.º 10); surgimento da Superintendência da Política Agrária (n.º 11).

Rosah Russomano, citada pelo Professor Baracho², pondera:

a) “a delegação legislativa concretiza-se facilmente no regime parlamentar; a facilidade com que a delegação legislativa pode concretizar-se no regime parlamentar desaparece no presidencialismo”;

b) “apesar das críticas que se levantavam à possibilidade de o Poder Legislativo transferir ao Poder Executivo parte da compe-

1 e 2 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* — V. 31 — N.ºs 30/31 — 1977/88, pp. 196, 197, 199 e 200.

tência legiferante, transferência esta que contraria a distinção dos órgãos Legislativo e Executivo, a *delegação legislativa* impôs-se no mundo contemporâneo”.

3. A experiência estrangeira

Alguns países de Constituições rígidas ou flexíveis, de sistema parlamentar ou presidencial, também adotam o expediente da delegação legislativa. Como se pode notar, tal procedimento se tem justificado em ocasiões especiais. Na França, “el país donde más se ha aclimatado la total delegación legislativa... los “pleins pouvoirs” fueron introducidos durante la Primera Guerra Mundial como medida para un gobierno de crisis”, conforme esclarece Karl Loewenstein, acrescentando que, mesmo mais tarde, já sob a Constituição de 1946 (que proibia a delegação), “amplias delegaciones autorizaran al gobierno a llevar a cabo reformas imperativas en el campo de las finanzas, de la economía, de la administración pública y hasta de la organización judicial”³, técnica esta sedimentada pelo Conselho de Estado. Hoje, sob a Constituição de 1958, esta política foi consagrada através dos chamados “regulamentos autônomos” (art. 38), pelos quais o Executivo detém o poder de editar normas sobre várias matérias. Trata-se de um sistema muito diferente do nosso, que não confere tal prerrogativa ao Executivo, exceção parcial feita aos antigos decretos-leis, às medidas provisórias e à lei delegada, que, todavia, não excluem a aprovação do Parlamento.

O art. 76 da Constituição italiana, segundo nos informa Biscaretti di Ruffia, “admite que el ejercicio de la función legislativa puede delegarse al Gobierno, pero entonces únicamente con “determinación de los principios y criterios directivos, y solo por tiempo limitado y para objetos definidos”⁴.

Igualmente, segundo Bernard Schwartz, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra “as necessidades da administração moderna têm compelido o Legislativo a delegar ao Executivo poderes para promulgar regras e regulamentos que possuem força de lei. A legislação delegada, quando é válida, tem o mesmo efeito legal que um estatuto aprovado pelo Legislativo”...⁵.

3 LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* — Ariel — 1979 — p. 277.

4 RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Derecho Constitucional* — Tecnos — 1973 — p. 487.

5 e 6) SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano* — Forense — 1966 — pp. 34 e 350.

“No que diz respeito a isso, portanto, na América, como também na Inglaterra, o Executivo exerce uma função que, por sua própria natureza, pertence ao Legislativo”. Mais adiante, assevera o ilustre publicista: “Segundo a atual teoria americana, o Poder Legislativo pode ser conferido ao ramo executivo, desde que a outorga da autoridade seja limitada por determinado padrão”. E transcreve parte de acórdão judicial, sobre delegação legislativa: “O Congresso não pode delegar qualquer parte de seu poder legislativo, exceto sob a limitação de um padrão estabelecido”⁶.

4. A questão política

Essencialmente, delegar ou não competência legislativa é uma questão política. É um ato de vontade do Congresso, sob parâmetros técnico-jurídicos fornecidos pela Constituição, mas cuja amplitude só pode ser aferida pelo Parlamento. A este cabe avaliar a solicitação do Executivo, sob o prisma da conveniência e oportunidade políticas, levando em conta os seguintes fatores, dentre outros:

a) circunstância emergencial (política ou econômica) que justifique a delegação;

b) viabilização legislativa mais apropriada ao interesse público, em virtude da necessidade de detalhamento específico da matéria, pelo Executivo, em face da sua natureza e complexidade;

c) possibilidade do controle a ser exercido pelo Legislativo, *a priori* e *a posteriori*;

d) grau de confiança no discernimento político do Executivo, ao tratar da matéria objeto da delegação.

Vale lembrar que a delegação legislativa se esgota quando editada a lei pelo Executivo. Passa esta a integrar o ordenamento jurídico, sendo naturalmente passível de alteração ou revogação, total ou parcial pelo Congresso. A delegação é por tempo limitado, não subtraindo ao Legislativo sua competência primária. Uma vez esgotada a finalidade para a qual ela foi concedida (edição de lei pelo Executivo), remanesce o Legislativo com a titularidade de dispor sobre toda a matéria legislada, a qualquer tempo.

Fundamentalmente, deverá o Congresso examinar se, por meio deste instrumento, o interesse público estará melhor atendido, em razão da conjuntura vivida pelo País.

Delegação Normativa

(Limites às Competências do C.M.N. e BACEN)

GERALDO ATALIBA

SUMÁRIO

1. *Discriminação vedada entre financeiras.* 2. *Indiscriminação entre pessoas públicas.* 3. *Competência da União.* 4. *Tratamento isônomo ao das empresas privadas.* 5. *Violação da competência exclusiva do Senado.* 6. *Delegação impossível.* 7. *Efeitos da nova Constituição e recepção parcial de normas do antigo sistema.* 8. *Os Estados e a legislação concernente às suas atividades financeiras.* 9. *Atribuições federais na Constituição de 1988.* 10. *Conseqüências interpretativas.* 11. *Incompetência normativa do Banco Central e Conselho Monetário Nacional.* 12. *Constituição de 1988 e competência normativa do CMN.* 13. *Os equívocos do Conselho Monetário Nacional.* 14. *O artigo 25 do ADCT.* 15. *As pretensas prorrogações.* 16. *Competência do Senado.* 17. *Discernimento de atribuições.* 18. *Premissas das conclusões.* 19. *Primeiras conclusões gerais.* 20. *Implicações dessas conclusões.* 21. *Fraus constitutionis.* 22. *Desdobramentos.*

1. *Discriminação vedada entre financeiras*

É ilícita a imposição de regimes diferentes — nas operações a serem praticadas por instituições financeiras — em razão de seus acionistas. Todas são iguais perante a lei e, com maior razão, perante as autoridades administrativas. Têm direito, assim, a tratamento isônomo, pela União.

Não pode a lei fazer discriminações entre elas. Tanto mais grave será a discriminação, se ela for em desfavor dos bancos estaduais. Estes são instituições financeiras como quaisquer outras (iguais em direitos e deveres), com a única diferença que servem de instrumento — observadas as pautas legais — das políticas estaduais.

Assim, as operações e sua renovação com entidades do setor público deverão obedecer ao mesmo regime, sejam intervenientes bancos estaduais ou bancos privados. É a natureza da operação e não o agente financeiro ou o acionista que fixa o regime jurídico a ser obedecido.

Não há, no direito brasileiro, possibilidade de a lei da União estabelecer nenhuma diferenciação que privilegie ou crie detrimientos para os bancos

estaduais. Os acionistas — sejam pessoa política ou qualquer pessoa privada — têm direitos e deveres iguais. Suas qualificações subjetivas (de acionistas) não podem implicar variação no regime jurídico da instituição financeira.

A Constituição não autoriza — sob nenhum pretexto — um agravamento das condições de operação das entidades financeiras estaduais. Tal discriminação é, portanto, flagrantemente inconstitucional. Nada no nosso sistema jurídico — princípio ou norma — permite restringir ou limitar diversamente os bancos estaduais, relativamente aos demais bancos. A discriminação pelos acionistas é inconstitucional. Mais grave é a inconstitucionalidade, se põe detrimento aos entes constitutivos da Federação.

Não há dúvida quanto a que os bancos estaduais “exploram atividade econômica” e buscam, no mercado financeiro privado — em igualdade de condições com quaisquer outras entidades financeiras similares — a obtenção de lucro.

O regime jurídico das suas atividades, em princípio, submete-se aos preceitos do art. 173, § 1.º da Constituição, que obriga inexoravelmente que o regime jurídico das empresas privadas seja integralmente aplicado às sociedades mistas que exploram atividade econômica, como é o caso.

Nenhum preceito constitucional excepciona ou autoriza excepcionar as diretrizes imperativas do art. 173. Nem a lei pode fazê-lo. Com maior razão não o pode norma inferior.

Da mesma forma que estas (empresas estatais) não podem gozar de privilégios fiscais e outros não extensivos ao setor privado, também não poderão sofrer agravos que não sejam também aplicados ao setor privado (sempre que explorem atividade econômica).

Evidente que essas afirmações não implicam ignorar que o banco estadual é também instrumento — como muito bem salientou SÉRGIO FERRAZ — do Estado. O Estado — seu maior acionista e seu criador — pode impor-lhe linhas de ação, diretrizes e até mesmo algumas normas, já que, numa certa medida, são estes bancos entidades da administração indireta estadual (e, pois, instrumentos de ação do Estado).

A óbvia possibilidade que tem a lei estadual de impor normas — inclusive restritivas — às suas criaturas, entretanto, não enseja confundir o poder (legal) do criador sobre a criatura, com o dever de imparcialidade e isonomia que a União e o legislador federal deve manter relativamente às atividades de todas as entidades financeiras.

Deve o jurista distinguir as relações entre a União e *todas* as financeiras, das relações entre Estado e suas criaturas. Isto é condição de compreensão da possibilidade de o Estado federado discriminar suas criaturas e impossibilidade da União fazê-lo (relativamente às criaturas dos Estados).

Isso implicaria discriminar os próprios Estados, o que é constitucionalmente vedado.

Assim, para o jurista, é claro não ser autorizada a União — seja por lei, seja, com maior razão, por normas inferiores — a estabelecer diferenciações que a Constituição peremptoriamente veda. Por outro lado, enquanto não sobrevenha a lei complementar reclamada pelo art. 192 da Constituição, não se pode ter como definitivamente regulado o sistema financeiro nacional. Só tal lei — consonante substancialmente com os princípios gerais e específicos da nova Constituição — implementará definitivamente o art. 192.

A recepção da legislação atualmente existente está condicionada a rigorosa compatibilidade material com todos os preceitos do art. 192 da Constituição e do art. 173, invocado (com o explícito e rigoroso critério do art. 25 das Disposições Constitucionais Transitórias).

2. *Indiscriminação entre pessoas públicas*

Recorda-se, ademais, que entre os princípios capitais do nosso sistema — verdadeira pedra angular, asseguradora do seu funcionamento e da harmonia das pessoas políticas previstas na Constituição, para instrumentarem a promoção do interesse público — está o princípio inscrito no art. 19, III, 2.^a parte, da Constituição, que impõe tratamento isônomo a ser dispensado pela União às entidades públicas e suas instrumentalidades (e reciprocamente), como, desde o regime de 1946 já expunha BALEEIRO, arrimado em comentários de RUI BARBOSA à Constituição de 1891.

Esse o mandamento peremptório:

“Art. 19 — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

III — criar preferências entre si.”

Quer dizer: nenhuma pessoa política (a qualificação é de RUY CIRNE LIMA) pode estabelecer preferência — e, inversamente, detrimentos — para outras. São todas elas reciprocamente credoras e devedoras de tratamento isônomo.

Não pode a lei favorecer ou perseguir pessoas públicas. Os deveres ou direitos que a lei (federal, estadual ou municipal) possa prever para uma serão os mesmos que couberem a outras.

Daf a inconstitucionalidade irremediável da lei que viola tal diretriz, seja a que pretexto for. Com maior razão, inquina-se regra inferior, expedida por órgãos subalternos do sistema.

3. *Competência da União*

O estudo desta questão exige uma detida meditação sobre as competências da União contidas no art. 21 da Constituição Federal.

Entre tais competências está a de:

“VIII — ... fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e previdência privada.”

Não quer isso dizer absolutamente que a União possa, pelo seu poder executivo, pura e simplesmente interferir nessas atividades — especialmente quando compreendidas dentro do espírito e da letra do art. 173 da Constituição — livre e desembaraçadamente. Não!

O que aí está dito é que esse tipo de atividade fiscalizatória é colocado nas mãos da União como um dever. À vista da necessidade de assegurar a tranqüilidade e transparência do mercado financeiro, idoneidade de seus agentes e proteger a poupança popular, *deve* a União *legislar* sobre essas matérias — pondo sadias pautas de comportamento — e fiscalizar (por organismos legalmente estabelecidos) a observância de suas leis.

A obediência, entretanto, a esse preceito não implica licença para ignorar os demais princípios e regras contidos na Constituição, dos quais, em primeiro lugar, deve salientar-se o do art. 22 que — conferindo à União competência para *legislar* sobre (VII) “política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores” — está claramente reafirmando o princípio da legalidade, no sentido de dizer que, se à União se dá aquela competência primeira de fiscalizar (de natureza meramente administrativa), ela deverá ser desempenhada na forma da legislação.

Isto não só porque a criação de obrigações e de deveres (para quem quer que seja) somente pode emergir da lei, como porque a atividade administrativa, por definição, é uma atividade infra-legal. (Da impossibilidade de delegação ao CMN e ao BACEN, cuidaremos oportunamente).

De toda sorte, está visto que só lei poderia dispor a respeito desta matéria e, em algumas coisas básicas e essenciais — na conformidade do espírito e da letra do art. 192 — somente lei complementar pode fazê-lo.

4. *Tratamento isônomo ao das empresas privadas*

Não é lícita a criação de regime diferenciado para as instituições financeiras públicas, relativamente às privadas. Explorando atividade econômica, todas terão o mesmo regime jurídico. Isto é questão clara, inquestionável e pacífica, no nosso direito (art. 173, CF).

Os princípios constitucionais básicos não toleram, nem consentem, de um lado, que a União estabeleça este tipo de discriminação e, de outro lado, que, mesmo a lei, preveja regimes jurídicos diversos, para entidades inseridas

no art. 173, §§ 1.º e 2.º da Constituição (isonomia absoluta com a empresa privada).

É importante deixar esclarecido que só os próprios Estados, criadores dos bancos de Estado, é que podem estabelecer regras especiais para essas suas criaturas (regras estas, entretanto, que devem harmonizar-se — não se disse subordinar-se! — às emanadas legitimamente da União).

A União isto é peremptoriamente vedado, por força dos princípios constitucionais aqui lembrados e, especialmente, dos arts. 173 e 192 da Constituição.

5. *Violação da competência exclusiva do Senado*

Mas — no que especificamente tange a limites para operações de crédito com Estados e Municípios — a única possível disciplina é a constante de resoluções do Senado Federal. Basta ler a Constituição:

“Art. 52 — Compete privativamente ao Senado Federal:

.....
VI — fixar, por proposta do Presidente da República, *limites* globais para o montante da *dívida consolidada* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII — dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *de suas autarquias* e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

VIII — dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX — estabelecer limites globais e condições para o montante da *dívida mobiliária* dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;” (grifos nossos).

A esse respeito não pode mais haver dúvida entre nós. A privatividade desta competência do Senado exclui — de modo categórico e peremptório — qualquer outra regra, mesmo a advinda do Congresso Nacional. Em livro de cunho acadêmico, de mais de três lustros, como que antecipamos esta questão. Reproduzimos aqui alguns trechos, por que essencialmente é a mesma a disciplina constitucional da matéria e porque se demonstra melhor, assim, a imparcialidade da opinião. Já enfatizávamos a diferença entre legislar e fiscalizar:

“Convencido o legislador constituinte de que o correto e adequado uso do crédito público é fundamental não só para o saneamento das finanças, como também para o prestígio da admi-

nistração pública — preocupações que estão patenteadas no contexto constitucional, no que diz respeito ao assunto — e mais, com- penetrado de que a última e superior responsabilidade pela correta observância dos critérios postos devia ser atribuída a órgãos que tivessem visão geral de toda a problemática econômico-financeira nacional, atribuiu à União ampla competência para legislar sobre o assunto e contrastar, posteriormente, a observância desta legislação.

Efetivamente, não se limita a Carta Constitucional vigente a prever amplas faculdades legislativas à União em tema de crédito público, mas lhe estabelece larga competência para fiscalizar operações de crédito (art. 8.º, n.º X), de modo geral.

O legislador ordinário da União deverá expedir leis fixando que órgãos procederão a este tipo especial de fiscalização. Poderá atribuí-lo ao Tribunal de Contas da União, ou outro órgão já existente ou a ser criado.

Não pode, entretanto, atribuir, nenhuma faculdade normativa a qualquer destes órgãos.

Neste ponto, parece-nos bem clara a Constituição: as únicas normas sobre a matéria são aquelas previstas no próprio texto constitucional, as emanadas, nas respectivas esferas, pelos Legislativos competentes e as resoluções do Senado. Parece-nos exaustivamente cuidado o assunto. *Não comporta o sistema outras normas além das expressamente previstas no texto constitucional.*” (*Emprestimos públicos e seu regime jurídico*. Ed. R. T., 1973, p. 53.)

E, para que dúvida não pairasse, enfaticamente se mencionou a impossibilidade de delegação normativa, nos seguintes termos:

“Nem aos órgãos a que se atribuiu competência normativa é facultado “delegar” total ou parcialmente a competência recebida.

Destarte, será nula a norma — seja de que espécie ou qualidade for — que venha a atribuir ao Banco Central, ou ao Conselho Monetário Nacional ou a qualquer outro órgão capacidade normativa.

A União, pelas leis ordinárias, traçará as normas sobre fiscalização das operações de crédito e os órgãos fiscais definidos em lei nacional desempenharão a função fiscal (jamais normativa), na forma da lei.

Considerando as faculdades que o sistema conferiu à União, pode-se dizer que a preocupação predominante — o interesse

público dominante, portanto — foi nacional, mais do que simplesmente federal, estadual ou municipal.” (Ob. cit., pág. 55.)

(A questão tornou-se mais estrita, com a previsão do art. 192 da Constituição de 1988, de lei complementar para certas matérias).

Estas considerações — que não foram elaboradas *ad hoc*, para este caso, mas datam de 1973, demonstram, por si sós, a irremediável inconstitucionalidade de que padece a Resolução n.º 1.775/90 do BACEN, que — afrontando o Senado Federal e desacatando a Constituição — pretendeu “complementar” a ordenação da matéria, intentando por normas inovadoras (privativas de resolução do Senado ou da lei).

A linguagem adotada já revela ou a ignorância (indesculpável numa entidade pública, como é o BACEN) ou a arrogância (que deve ser coarctada) que a inspiram. Diz: “... o CMN... resolveu (art. 1.º) *facultar*...” ... (II) “é proibida...”; etc.

Ora, o CMN e o BACEN não proíbem, nem permitem nada — ainda que indiretamente — aos Estados. Não têm poder para isso. Não receberam (nem podiam receber) tal competência. Nem o próprio Congresso Nacional a tem. Isso é atribuição que a Constituição outorgou só e *exclusivamente* ao Senado Federal, excluindo (RUI BARBOSA), *ipso facto*, todo e qualquer outro órgão ou entidade. Portanto, se delegação fosse possível — o que, claramente não é — só o dono da competência (o Senado) poderia fazê-lo.

Ora, quem se arroga, abusivamente, competência constitucional do Senado, não pode pretender ver-se respeitado. Não pode nutrir a expectativa de ser acatado. Pelo contrário, deve aguardar pronto corretivo do Poder Judiciário, por força do mecanismo constitucional de *checks and balances*.

São, assim, inválidas as normas do Conselho Monetário Nacional dirigidas *apenas* às instituições financeiras públicas, no que diz respeito a normatizar operações *com o setor público*.

Todas as regras aplicáveis às financeiras privadas são aplicáveis às de capital público. Não pode haver regras que só se apliquem a algumas, com exclusão de outras (art. 192, I e IV).

A circunstância de a instituição financeira ser banco estadual não altera um milímetro a força e a eficácia dos princípios constitucionais invocados. A natureza do acionista não interfere — para fins da legislação federal — com o regime da entidade. Não pode ser mais detrimetoso o regime de uma financeira, porque “oficial” (na adjetivação do art. 192, I da CF).

Os limites e condições para exercício das atividades financeiras públicas, no setor de crédito, dependem pura e exclusivamente do Senado Federal. Suas resoluções dispõem exaustivamente sobre a matéria.

Nenhuma outra norma pode atingi-las. Nem mesmo a pretexto de regular atividades de entidades financeiras poderia o legislador atingir, vulnerar, contrariar, reduzir ou menoscabar as normas constantes de resoluções do Senado Federal. As áreas da lei e da resolução do Senado são diversas. Não se sobrepõem. Não se acumulam. Os campos materiais sobre que incidem são reciprocamente exclusivos.

Configura nítida fraude à Constituição pretender a União — seja por lei, seja, com maior razão, por atos normativos menores de caráter infra-legal e regulamentar — objetivos que a Constituição colocou exclusivamente na competência do Senado.

6. *Delegação impossível*

Nem poderia a lei dar (delegar) ao BACEN tal atribuição normativa.

Deveras, só o Congresso pode legislar (arts. 44 e 48, CF); só o Senado pode fixar limites e condições para operações de crédito estaduais (art. 52, VI a IX, CF). Disso resulta que as Resoluções n.ºs 1.559 e 1.775, do BACEN, são nulas, no que interferem com as competências do Congresso e do Senado.

Nem cabe alegar que o CMN e o BACEN receberam delegação da lei para expedirem tais normas. Tal delegação é inconstitucional (do tema ocupar-nos-emos, detidamente, ao examinar o art. 25 do ADCT).

Esta interpretação resulta do exame técnico-jurídico do Texto Magno, com os critérios medianos da doutrina. Foi também feita como que “autenticamente”, pelo próprio Poder Constituinte, que — ao expedir as disposições transitórias da Constituição — estabeleceu, de modo incisivo, claro e categórico a revogação das leis de delegação (art. 25), tema a que retornaremos.

Assim, além de proibir qualquer delegação, a Constituição expressamente revogou as leis que davam competência normativa ao CMN e ao BACEN (como a todos os órgãos e entidades administrativas, que “legislaram”, no regime passado). Os preceitos legais delegantes foram banidos do nosso sistema (embora já fossem proibidos antes, vinham sendo consentidos; sua extirpação explícita foi objeto do art. 25 do ADCT, citado).

Daf em diante (5-4-89) só o que o CMN e o BACEN podem fazer é dar execução às leis. Dispor medidas, obrigatórias para seus funcionários e órgãos subalternos, a fim de assegurar a eficácia de normas legais. Nisso resume-se sua competência, de cunho infra-regulamentar: quando a lei não pode prever antecipadamente a miríade de fatos, em sua variedade e riqueza fática, as normas do CMN os cobrem, dando adequada aplicação à lei. Nada além, nada mais que isso. As obrigações e deveres já se devem conter

na lei. A norma do CMN é sua mera aplicação a fatos concretos. Nesse sentido, não é original, inovadora.

Tem poder regulamentar estrito, baixando normas *internas* (ao sistema financeiro) de execução de leis, contendo comandos a seus servidores e só vinculando terceiros *nos estritos termos da lei*.

Não dão ordens a entidades exteriores à administração federal, ainda que privadas. Com maior razão, não podem estabelecer comandos obrigatórios para os entes criadores da federação — que dão substância à própria Constituição Federal — os Estados. Se é do sistema da nossa Constituição que os regulamentos (desde que estritamente subordinados à lei) podem ser obrigatórios (enquanto aplicação da lei) para os cidadãos e suas criaturas (pessoas jurídicas privadas), por outro lado não podem atingir, com sua força vinculante as outras pessoas públicas (as que não pertencem à esfera jurídica na qual as leis regulamentadas não se inserem). Quer dizer: não havendo subordinação de uma pessoa pública à autoridade que expediu o regulamento, este não é, para ela, vinculante.

Isso é rudimentar. Por isso, cedo para quem tenha *rudimentos* de direito constitucional.

É risível — mas necessário — dizer que as normas do CMN não podem revogar leis. O próprio Presidente da República — que tem competência regulamentar ampla (art. 84, IV, 2.^a parte) — é obrigado a fixar normas fiéis (circunscritas, subordinadas, estritamente submetidas) à lei. Com maior razão, tal subordinação estrita há de exigir-se de simples ou meras resoluções ou circulares de entes inferiores, entidades de baixa extração jurídica (v. CELSO ANTONIO, RDP, vol. 88, p. 67).

Assim, o agravamento de parâmetros, para a transferência de operações de responsabilidade do *setor público*, configura nitidamente uma forma de contornar a proibição constitucional de ingerência da administração federal (e da própria legislação federal) nas atividades de crédito de Estados e Municípios. Estas, como dito, somente são reguladas por resoluções do Senado. Não pode nem mesmo a lei pretender regular essa matéria.

Ora, o Senado já resolveu a matéria, bem ou mal, expedindo as competentes resoluções sobre as operações de crédito do setor público. Se o Executivo federal — por seu chefe — as considera insuficientes, que diligencie para obter do Senado Federal novas normas.

Esgotou o Senado tal competência, a ele reservada, pelo Texto Constitucional, com exclusividade. Como demonstra em firmes lições o ilustre publicista CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, nem lei complementar, nem lei ordinária do Congresso podiam, podem ou poderão cuidar dessa matéria. Ela é *privativa* do Senado e só pode ser objeto de normas

consubstanciadas em resolução dessa Casa legislativa (v. RDP 88, pp. 64 e segs.).

A única forma — obediente à Constituição — de alterar, modificar ou inovar esse tratamento normativo é o próprio Senado expedir nova resolução. Enquanto isso não ocorra, os *limites* e *condições* a serem observados por União, Estados e Municípios e suas criaturas será o estabelecido nessa resolução senatorial que exaure a competência da União nessa matéria.

Dai a surpresa com que se viu o BACEN promulgar a Resolução n.º 1.775/90, versando parcialmente a matéria. É que não pode caber dúvida, para nenhum jurista, a respeito da exclusividade da competência do Senado, tal como prevista no art. 52 da Constituição.

Como base para tal resolução, o CMN invoca o art. 9.º da Lei n.º 4.595, de 31-12-64, bem como seu art. 4.º, VI, VIII, X e XI; e os arts. 14, II e 29, VII da Lei n.º 4.728/65 e a Lei n.º 6.099/74, com as modificações da Lei n.º 7.132/83 e art. 3.º, I, da Lei n.º 6.385/76.

O art. 9.º da Lei n.º 4.595 prevê:

“Compete ao Banco Central do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.”

O art. 4.º, por exemplo, prevê competir ao CMN “disciplinar o crédito” (VI) e “fiscalização dos que exercem atividades subordinadas a esta lei” (VIII). Aquela norma (VI) configura delegação legislativa perempta (como se expõe, neste estudo).

Por outro lado, essa lei “dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias” (ementa) privadas, num sistema constitucional onde o crédito público é sujeito a disciplina especial, impondo ao legislador discernir as situações e ao aplicador não misturar o que a Constituição separou.

7. *Efeitos da nova Constituição e recepção parcial de normas do antigo sistema*

Por outro lado, a emergência da Constituição de 1988 veio sublinhar mais nitidamente tais diferenças — como neste estudo se demonstra — impondo moderação ao intérprete no instante em que realiza seu juízo sobre a recepção de cada preceito da legislação anterior. Nem o CMN invoca lei posterior à Constituição de 1988, nem a lei complementar requerida por seu art. 192. Porque elas não existem.

E o CMN, simplesmente, dá por recebidas todas as leis anteriores, como se não houvesse inovações constitucionais na matéria e como se o espírito da Constituição de 1988 (agora fundante de todo o sistema) fosse o mesmo.

Ora, isso é fazer tábula rasa do significado da reunião constituinte e de seu precípua resultado: a instauração de um novo regime constitucional no País. Ignorou lições universais, que expusemos, sem originalidade, em estudo o específico sobre o tema (*Revista Forense*, vol. 34, pp. 85 e segs.), dizendo:

“No dia da promulgação da nova Constituição nasceu o Estado brasileiro atual. Surgiu assim, por obra da nova Constituição, um novo Estado. O antigo — baseado na Carta de 67/69 — desapareceu. Juridicamente, tudo é novo; a ordem jurídica interna instaura-se; as instituições inauguram-se, no momento da promulgação da Constituição. A ordem jurídica nova é rigorosamente virgem, intocada, inovadora e novidadeira. Toda a ordenação jurídica, que emana do Estado surge nesse momento. O novo Estado, do ponto de vista jurídico, nasce do ato constituinte, com a promulgação da Constituição. É verdade que esta entidade jurídica apoia-se, superpõe-se a uma sociedade política já existente; comunidade complexa que, sob a perspectiva sociológica, continua; tem a sua continuidade. Daí dizer-se que a Nação continua e o Estado morre, para dar lugar a outro Estado. Entretanto, juridicamente, tudo passa a ser inovador. As leis antigas ficam no passado. A legislação velha toda, a ordem jurídica antiga, integral, desaparece, sucumbe com a emergência da nova Constituição. Fica preempta. As normas jurídicas antigas ficam na história. Por isso, igualam-se, num só plano histórico, todas as leis, todas as normas, toda a ordenação passada; seja a da semana passada, seja a dos séculos passados. Tudo fica igualmente histórico. Todas ficam no mesmo plano, como páginas viradas igualmente, identicamente. Lado a lado ficam as Ordenações Manuêlinas, as Filipinas, a Constituição de 1824 e a Carta Constitucional de 1967/69.

O novo Estado, evidentemente, emerge com novos órgãos, novo Poder Legislativo, novo Poder Executivo, novo Poder Judiciário; todas as instituições que a Constituição de 1988 cria e plasma são novas. A ordem jurídica é igualmente nova.”

À vista disso é que *desdobraremos as premissas de nosso raciocínio.*

8. *Os Estados e a legislação concernente às suas atividades financeiras*

A União recebeu da Constituição encargos gerais de ordenação e supervisão das atividades financeiras públicas. Entretanto, “o que a Constituição dá com a mão direita, não retira com a esquerda”, como ensina RUI BARBOSA. Daí que tais competências não possam implicar derrogação do princípio federal (art. 1.º) que assegura a autonomia dos Estados (art. 25).

Daí impor-se a necessidade de conciliação — na interpretação dos diversos dispositivos constitucionais pertinentes — dos diversos valores

postos em confronto, bem como interpretação das normas infraconstitucionais em harmonia com eles (compreendendo todos esses princípios e normas como “sistema”).

Por isso, a pretexto de exercer atribuições constitucionais, como “fiscalar operações de natureza financeira, especialmente as de crédito...” (art. 21, VIII), não pode a União dar aos Estados tratamento incompatível com sua dignidade constitucional de integrantes da Federação. E, nem direta, nem indiretamente (como é o caso) tratá-los sem rigorosa isonomia.

Com base na sua competência para legislar sobre “política de crédito” (art. 22, VII), não pode a União tolher os Estados, paralisar-lhes as atividades ou cercar-lhes os meios financeiros de atuação. Seria despropositado entender que os entes federados criaram um instrumento (a União) de sua destruição.

No cumprimento de tais atribuições, deve a União respeitar o art. 25 da Constituição de 1988, que confere autonomia dos Estados, integrantes que são da Federação brasileira (art. 1.º). Mesmo porque, a legislação específica sobre “direito financeiro” (art. 24, I) é concorrente da União e dos Estados (art. 24) e a União, nisso, deve limitar-se às normas gerais (§ 1.º), que não podem cuidar de particularidade e minúcias e nem excluir a legislação estadual (§ 2.º) (GOMES DE SOUSA, CARVALHO PINTO). E só na forma da lei — isso é, só por disposição do Congresso — pode a União disciplinar essas matérias.

Assim mesmo, com preceitos do teor de normas gerais (art. 24, §§ 1.º e 2.º), isto é, aplicáveis igualmente à União, Estados e Municípios. As sóbrias e poucas normas (gerais) que a União pode elaborar atingindo os Estados devem ficar num plano elevado e alheio a todo imediatismo.

Tais normas gerais, sobretudo, não podem interferir na autonomia constitucional dos Estados. Isso já o dizia, há quatro décadas, o então professor de direito financeiro da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, o saudoso Carvalho Pinto, depois governador, senador e Ministro da Fazenda (*Discriminação de Rendas*, Ed. da PM, São Paulo, p. 38).

E devem as normas gerais — para ser reconhecidas como tais — ser aplicáveis igualmente à União e Estados (Rubens Gomes de Sousa, “Normas gerais”, in RDA 37/12). Na medida em que prescrevem obrigações e deveres só para Estados, e não para a União, não serão gerais e, portanto, estarão fora da competência constitucionalmente estabelecida. Nesses casos, serão inconstitucionais (v. nosso “Normas gerais de direito financeiro”, in RDP 10/45 e ss.). Com maior razão são inconstitucionais meros atos normativos subordinados, como o são as resoluções, circulares e outros de órgãos inferiores, como CMN e BACEN.

Lei da União, que pretenda impor encargos, deveres, obrigações ou restrições aos Estados será nula e inaplicável; esta lei, decorrendo da Constituição, é geral e, pois, estabelecida *igualmente* para União e Estados (onde e quando o Texto Magno o consinta). Não pode “um governo regular as atividades de outro”, como o afirmou Francisco Campos (RDA n.º 78/421), sob pena de violar a “recíproca independência de União e Estados” (A. Sampaio Dória, “Direito const. bras.”, vol. I, pág. 33).

Já não há mais espaço — no regime da Constituição de 1988 — para a pretensão da afirmação de uma proeminência, supremacia ou superioridade da União sobre os Estados federados. Restaurou-se a autonomia recíproca da União e dos Estados (conceito de federação do velho Prof. Sampaio Dória), principalmente em matéria financeira e resgatou-se a isonomia constitucional entre eles (Souto Borges, Celso Antônio).

Não é só fomal ou retórica a afirmação do princípio federal: o Texto Constitucional de 1988 consagra a federação como princípio básico (art. 1.º), dá-lhe a devida extensão (art. 25), estabelece-lhe o adequado alcance (parágrafo 1.º do art. 25) e o torna princípio super-rígido, porque imutável absolutamente (art. 60, parágrafo 4.º, I). Faz, assim, do princípio federal, superprincípio, que sobrepassa aos demais (PONTES DE MIRANDA).

É inexorável a conseqüência hermenêutica: o primeiro intérprete da Constituição — o legislador (BISCARETTI DI RUFFIA) — deve entender restritivamente e exercitar parcimoniosamente suas competências, no que concerne aos Estados; e o último e decisivo intérprete, o juiz, deve interpretar as leis de modo a preservar os princípios e fazer plenamente respeitadas suas exigências. Em caso de conflito entre o preceituado na Constituição e nas leis, deve rejeitar estas, desaplicá-las, para assegurar plenitude de eficácia à Constituição (J. MARSHALL). Isto impõe que, também no interpretá-las, manifeste escrupulosos respeitos pelos princípios.

9. Atribuições federais na Constituição de 1988

Assim, algumas matérias mais sensíveis foram reservadas ao Senado Federal (art. 52), com exclusão do próprio Congresso Nacional (e, portanto, das normas gerais). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO explica argutamente a *ratio* dessa postura constituinte (RDP. n.º 88, págs. 64 e segs.), ponto a que voltaremos.

Se a União deve — para desempenhar suas atribuições, em matéria de legislação financeira — tratar dois tipos distintos (entidades financeiras privadas em geral e pessoas públicas) segundo suas atribuições constitucionais, não pode ignorar que são tipos de áreas diversas e espécies de sujeitos diferentes, que tiveram tratamento especial e apartado no Texto Constitucional (art. 163, VII e art. 164, parágrafo 3.º, e art. 192, IV). No tocante às primeiras (financeiras privadas), tem a União certa margem

de discrição, só limitada pelos direitos fundamentais (art. 5.º) e preceitos constitucionais (art. 192) que cuidam de atribuir-lhe competências (deveres-poderes limitados, como acentua Ernst Forsthoff) “de polícia” (limitações administrativas, como melhor as designa AGUSTIN GORDILLO).

Já quanto às segundas (em relação a entidades públicas não-federais, isto é, não irrestritamente subordinadas à lei da União, como os Estados, Municípios e os entes de sua administração indireta), a competência da União é restrita, limitada, circunscrita pelos amplos, vastos, inúmeros e importantes princípios constitucionais que fixam ou desdobram as implicações da federação (arts. 1.º e 25) e da autonomia dos Municípios (art. 29).

10. *Conseqüências interpretativas*

Disso decorre dever o intérprete buscar harmonizar os diversos preceitos constitucionais, compatibilizando os aparentemente contraditórios. E isto ele o faz desempenhando interpretação sistemática, que se pauta pela valorização dos princípios, conciliação e subordinação das regras a suas exigências capitais. Num caso como este, três imperativos hermenêuticos imediatamente se põem, orientando superiormente o intérprete:

a) o princípio federal não pode ser anulado por nenhum preceito constitucional; com maior razão não o pode pela lei;

b) o poder que a lei federal dá à Administração da União para disciplinar as atividades financeiras privadas não pode ir ao ponto de anular os instrumentos de administração financeira estadual;

c) com maior razão isso não pode decorrer de meros atos administrativos inferiores, do Banco Central ou do Conselho Monetário Nacional, ou qualquer outro órgão, tenha o nome e natureza que tiver.

RUI BARBOSA enfatizava: “quando a Constituição dá os fins, dá os meios”. Seria um despropósito, inaceitável por qualquer jurista, que a Constituição tivesse dado aos Estados as responsabilidades financeiras que deu, se não lhes desse os instrumentos para delas desincumbirem-se adequadamente.

Inaceitável também é que se entenda lícito que a União possa — a pretexto de reger e disciplinar as entidades financeiras privadas — cercear, manietar e paralisar a atividade financeira dos Estados. Nem o Congresso Nacional poderia fazê-lo. Isto configuraria autêntica fraude à Constituição: a obtenção de fins vedados, por meio de instrumentos formalmente lícitos.

A orientação que se impõe é a interpretação razoável, adequada, equilibrada e correta das competências da União, que pondere os fins e meios constitucionalmente dispostos, de modo a não se violarem os cânones herme-

nêuticos lembrados, que, precisamente, levam à correta aplicação da Constituição e realização dos valores que ela consagra, a começar pela federação.

Não podendo a União constranger, cercear, paralisar, sufocar os Estados diretamente, por ação imediata, não pode, igualmente, fazê-lo indiretamente, a pretexto de exercer atribuições voltadas para as entidades financeiras privadas.

Sendo o sistema jurídico harmônico e profundamente coerente, estas afirmações gerais e de princípio são confirmadas por inúmeros preceitos do Texto Constitucional, na interpretação da doutrina e no tratamento da jurisprudência.

11. *Incompetência normativa do Banco Central e Conselho Monetário Nacional — impossibilidade de delegação*

As Resoluções n.ºs 1.558 e 1.775, do Banco Central, como promulgador das decisões do CMN são inconstitucionais, no fundo e na forma, na medida que:

a) implicam cerceamento aos Estados, violando os arts. 1.º e 25 da CF, além de agredir flagrantemente o seu espírito; e porque

b) nem a lei poderia ter o conteúdo e os efeitos inibitórios de alguns preceitos dessas resoluções, pelas mesmas razões: indiretamente — a título de regular operações financeiras de entidades subordinadas à fiscalização da União — cerceiam os Estados; *se tal efeito não pode ter a lei, com maior razão não podem ter meros atos administrativos subalternos;*

c) se poderiam ser lícitos alguns conteúdos de resoluções pretéritas — enquanto exercício de legítimo dever-poder de polícia da União sobre financeiras privadas — essa matéria só poderia ser veiculada por lei, ou resolução do Senado, quando abrangente (ou alcançando, com seus efeitos) de Estados; é privativamente legal, ou senatorial tal competência — conforme o caso — se transcende os privados, para atingir Estados. Mera norma de órgão administrativo não pode *innovar* a ordenação jurídica. Não pode criar, extinguir, nem modificar direitos;

d) há proibição taxativa de matéria constitucionalmente definida como legal (art. 5.º, II, art. 22, VII, art. 24, I), ser delegada pela lei a qualquer órgão ou ente administrativo. O Executivo só tem competência regulamentar (art. 84, IV, 2.ª parte, art. 87, II), jamais inovadora, mas somente exercida nos limites da lei, para sua “fiel execução”, sem *criar* direitos.

O Texto Supremo deu ao Congresso o poder-dever de legislar. É sua obrigação fazê-lo. Não pode exonerar-se nem direta, nem indiretamente de tal função. É-lhe, peremptoriamente, vedado delegá-la, salvo explícita *autorização constitucional*. *As delegações só podem existir, em nosso sistema, com estrita observância do preceito pertinente da Constituição.*

“Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1.º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2.º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3.º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.”

Não procede dizer que todas as resoluções editadas no regime anterior são aplicáveis. É que, além de também no regime anterior esse quadro de exigências estritas — protetoras da liberdade e do patrimônio individuais e resguardadoras da federação e da autonomia municipal — já existir, o art. 25 das disposições transitórias veio liquidar toda discussão. As resoluções anteriores só são válidas se compatíveis com a letra e o espírito da nova Constituição.

12. *Constituição de 1988 e competência normativa do CMN*

É exato, infelizmente, que os governos estaduais não se insurgiram contra elas no passado, e as entidades financeiras envolvidas não tinham coragem de fazê-lo, no clima autoritário e arbitrário em que vivíamos. Muitas resoluções do CMN eram inconstitucionais perante a Carta de 1967/69 e continuam sendo inconstitucionais no regime da Constituição de 1988; no regime constitucional vigente, esse panorama ficou mais explícito e categórico.

Por outro lado, se algumas normas de resoluções permanecem válidas (após a Constituição), as delegações (leis de delegação) ficaram peremptas a partir de 5 de abril de 1989. Logo, o espaço ocupado pelas normas do

CMN e BACEN de cunho supra-regulamentar (quando recebidas pelo novo sistema) doravante só pode ser preenchido por lei.

13. *Os equívocos do Conselho Monetário Nacional*

A convicção constituinte, quanto à proibição de atividade normativa pelos órgãos e entidades da Administração (Poder Executivo) foi tão firme, que as disposições constitucionais transitórias trouxeram o peremptório comando do

“Art. 25. Ficam *revogados*, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, *todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo* competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, *especialmente* no que tange a:

I — *ação normativa;*” (grifo nosso).

Não perceberam, os elaboradores das Resoluções n.ºs 1.559 e 1.775, que a Constituição de 1988 não permite ao CMN “legislar”, como o fazia (já abusivamente) no regime constitucional anterior. Sua competência é meramente infra-regulamentar, submissa à lei.

Não viram que houve radical alteração no espírito da Constituição — principalmente no que concerne à regência das fontes do direito — por força da restauração do princípio democrático e resgate do princípio federal, com plena vitalização do império da legalidade.

Não se deram conta de que não só foi posto em termos mais estritos o princípio geral da legalidade (art. 5.º, II), como, no Executivo, restringiu-se a capacidade normativa-regulamentar só ao Presidente da República (art. 84, IV, 2.ª parte) e aos Ministros de Estado (art. 87, II), com exclusão de todo e qualquer outro órgão. Só o que a lei pode fazer é prever competências infra-regulamentares para CMN, Conselhos de Trânsito, de Educação etc.

E mais, não viram que, em matéria de atividade financeira pública, tudo depende de lei complementar (art. 163), salvo os casos de resolução do Senado (art. 52, V a IX). Nem perceberam que as entidades oficiais de crédito só poderão ter tratamento legal diferenciado, “enquanto instrumentos da ação dos Estados” (art. 163, VII e art. 164, parágrafo terceiro). Nem se deram conta de que a própria Constituição só autoriza discernir financeiras públicas e privadas (art. 192, IV), na medida da diferença de relações que poderão ter com suas entidades criadoras. No mais, financeiras públicas e privadas são iguais (art. 173, parágrafos 1.º e 2.º).

Não causa estranheza, assim, que não tenham visto que “o sistema financeiro nacional . . . será regulado em lei complementar” (art. 192, *caput*),

com conteúdo previsto no próprio texto constitucional (art. 192, incisos e parágrafos), devendo dispor especialmente sobre “a organização, funcionamento e atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas (art. 192, IV); nem viram que o regime destes últimos deve, necessariamente (na lei complementar) ser o mesmo, *ex vi* do preceituado no art. 173, parágrafos 1.º e 2.º, no que tange às suas atividades bancárias normais.

Nem podem pretender que a legislação anterior — que dava ao CMN e ao BACEN poderes normativos amplos, de cunho materialmente legislativo — tenha sido recepcionada além dos termos do art. 25 do ADCT, dando, destarte, suporte às Resoluções n.ºs 1.559 e 1.775, nas partes em que violam o novo regime constitucional aqui exposto.

14. O art. 25 do ADCT

O art. 25 do ADCT é peremptório: revogam-se “todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo... ação normativa”. Quer dizer: essas normas não existem, nem podem existir mais, por incompatibilidade visceral, explicitamente declarada, com a nova Constituição. Disso decorre a invalidade das Resoluções n.ºs 1.559 e 1.775, nas partes em que excedem a faculdade infra-regulamentar.

Retomando o tema das competências normativas do BACEN, fixemos os princípios jurídicos da interpretação das regras pertinentes.

As resoluções — anteriores à Constituição — do CMN e Banco Central desde que não materialmente inconstitucionais, foram recebidas. As leis de delegação, porém, foram revogadas pelo preceito do art. 25 do ADCT. Devem ser consideradas peremptas. Não há como cercear a ação dos Estados, nessas matérias. Com maior razão são inválidas novas normas — contidas em resoluções como a 1.775 — na parte em que versam matéria violatória da isonomia dos agentes no campo econômico (art. 173, parágrafos 1.º e 2.º da CF), a competência privativa do Senado (art. 52) ou a federação (art. 1.º e 25 da Constituição), porque editadas com base em lei de delegação revogada a partir de 5 de abril de 1989.

Editarem CMN e BACEN normas com fundamento em leis revogadas pelo art. 25 do ADCT é abuso; mais que isso, desacato à Constituição.

Deveras, não foram prorrogadas as leis que atribuíram faculdades normativas a órgãos e entidades do Executivo. Pelo contrário, foram revogadas expressamente, pelo próprio Texto Constitucional.

Qual o significado do art. 25 do ADCT? Se tais delegações são manifestamente incompatíveis com o Texto de 1988, inquestionavelmente não foram recebidas as leis que as previam.

Aí está desafiador problema para os hermenêutas. Examinemo-lo. Certamente, não é desígnio do art. 25 dar foros de constitucionalidade ao que — já era, no regime anterior e — continua sendo, inconstitucional.

O desígnio do art. 25 foi tirar do sistema explicitamente as leis delegantes, para poupar as partes e o Judiciário do penoso exame de cada caso. A *vacatio* estabelecida (seis meses) tinha em mira dar tempo ao Executivo e ao Congresso para transformar em lei as normas inferiores (delegadas). E se seis meses não bastassem, previa-se a prorrogação desse prazo (evidentemente, só por mais seis meses). Deviam os órgãos mencionados examinar todas as normas delegadas (circulares, portarias, resoluções etc.) e as que fossem consideradas necessárias deviam ser convertidas em projeto de lei, para aprovação pelo Congresso, no prazo, prorrogável — mas não prorrogado — do art. 25.

É importante distinguir dois tipos de normas, para bem interpretar o art. 25 do ADCT: leis de delegação e normas delegadas. As primeiras foram revogadas seis meses após a data da Constituição. As segundas foram recebidas (se compatíveis, materialmente, com a Constituição de 1988). Não podem mais ser prorrogadas por ato administrativo (circular, resoluções etc.). Doravante, só lei pode ter o conteúdo de normas inovadoras e inaugurais. Só lei pode criar obrigações e deveres.

Quanto às normas verdadeiramente infra-regulamentares, evidentemente, subsistem; podem ser prorrogadas, renovadas ou alteradas por novas resoluções, circulares etc. É que faculdade infra-regulamentar continuam tendo o CMN e o BACEN.

Como é da função própria das disposições constitucionais que prevêem antecipadamente os problemas do período de transição, o art. 25 do ADCT deu sobrevida de 6 meses (prorrogável, por lei, por mais seis meses) às leis de delegação, para que houvesse tempo de correta ordenação das matérias envolvidas e o novo sistema constitucional se implantasse com ordem, sem traumas.

Ora, o prazo de seis meses esgotou-se, sem que o Congresso tenha expedido lei de prorrogação. Com isso, operou seus plenos efeitos o preceito revogatório do art. 25 do ADCT.

Revogadas as leis de delegação, não podem mais CMN e BACEN expedir normas *inovadoras*, inaugurais e obrigatórias. Só podem editar regras infra-regulamentares (nos estritos limites da lei). Toda circular, resolução (ou que outro nome se adote) do CMN ou do BACEN, posterior a 5 de abril de 1989:

a) só pode ter caráter infra-regulamentar (não inaugural; não inovador);

b) se ultrapassar esse limite material, será nula e, pois, inaplicável (inexigível).

É óbvio que resoluções e circulares anteriores já de cunho infra-regulamentar (desde que compatíveis materialmente com sua natureza) persistem; foram recebidas. As que invadiam competência do Senado, do Congresso (lei) ou violavam o princípio federal (e outros) não foram recebidas, porque nasceram inconstitucionais (já à luz do regime anterior).

O significado do art. 25 é, claramente, evitar a necessidade de que — em cada caso de uso irregular e abusivo de faculdade delegada — os interessados devam ir a Juízo. É deixar explícito que, a partir de 5-4-89, nenhuma norma delegada mais pode ser emanada pelo CMN ou BACEN (ou quejandos).

Eles ficarão restritos à função infra-regulamentar (porque a regulamentar pertence *exclusivamente* ao Presidente da República e Ministros de Estado, como já expusemos).

Com isso, o ADCT elimina muitos problemas, ensejando uma transição não tumultuada do velho para o novo regime. E permite a implantação plena da nova Constituição, com a restauração do discernimento entre a área legal e a infra-legal. Esse discernimento é peremptório e incontornável, porque da essência do regime, imediata decorrência do princípio constitucional da separação de poderes (que implica nítida distinção entre a área — matéria — legal e a área — matéria — regulamentar e infra).

E fixou data para isso: 5-4-89. E, prudentemente, permitiu sua prorrogação, por lei (que não sobreveio) até 5-10-89, tempo mais que suficiente para a adoção das medidas tendentes a fazer eficaz o funcionamento da sistemática projetada.

Que ocorreu, de fato, porém, no plano infra-constitucional?

Não foi feito o levantamento das resoluções, circulares e outras normas administrativas; não se verificou quais deveriam ser transformadas em lei; não se previu legislação que tornasse viável e eficaz o funcionamento do CMN e BACEN (e outros órgãos e entidades da administração, direta ou indireta) já só com funções infra-regulamentares (conselhos de Educação, de Trânsito, etc.).

E não se providenciou também a *necessária* lei de prorrogação do prazo até 5-10-89 (prazo máximo possível, como o expôs, em seminário do IDEPE, o prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO), para, se necessário, ultimar-se o levantamento e o envio de mensagem ao Congresso, pedindo as necessárias leis.

Como adiante se demonstrará, não se providenciou a lei de prorrogação prevista no art. 25 do ADCT. Resultado: já não cabe mais dúvida quanto à revogação das leis de delegação (repita-se, já antes in-

constitucionais, mas, declaradas caducas pelo art. 25 do ADCT, para poupar atritos, conflitos, dissabores e demandas, inconvenientes para o interesse público e onerosas para os destinatários, além de trabalhosas para o Judiciário).

Daí a impossibilidade desses órgãos (ex: CMN) e entidades (ex: BACEN) reeditarem, ou renovarem certas medidas normativas, ou emanarem novas (nos limites constitucionais, neste estudo longamente exposto).

A Lei n.º 8.056/90

“Mas”, dirão os interessados em manter o regime de arbítrio, de autoritarismo, de casuismo e de insegurança jurídica — a despeito do espírito e da letra da Constituição de 1988 — “a Resolução n.º 1.775 do BACEN invoca a Lei n.º 8.056 de 28-6-90!”

Esta “prorroga a vigência dos dispositivos que hajam atribuído ou delegado competência normativa” ao CMN, até 31 de dezembro de 1990. Pretende que ele possa continuar *legislando* até essa data.

Ora, esta lei é expressão da consciência — que subitamente assaltou os responsáveis (ou irresponsáveis?), no Executivo, pela elaboração e execução das resoluções do CMN — de que o art. 25 do ADCT já tinha operado seus efeitos. Consciência também de que a Resolução n.º 1.775/90 só seria válida se as delegações referidas pelo art. 25 pudessem ser prorrogadas além de 5-10-89.

E, por fim, consciência — confirmada pela exegese que ora se está fazendo — de que essa resolução versa matéria legal; põe normas inaugurais e inovadoras, criadoras de deveres e obrigações que não estão em lei: enfim, veicula normas materialmente legais (basta ler o art. 1.º da Lei n.º 8.056/90, para confirmar-se tudo isso).

Ocorre, porém, que a Lei n.º 8.056/90 não prorrogou nada. Não preencheu as exigências do art. 25 do ADCT. Não produziu nem podia produzir o efeito prorrogatório. É óbvio! Salta aos olhos de qualquer principiante na carreira jurídica: só se prorroga o que está vigente. Não se prorroga o que não existe!

E as leis de delegação — a que se refere o art. 25 do ADCT — já estão revogadas desde 5 de abril de 1989. Já desapareceram do sistema jurídico. Não existem mais. Não mais o integram. Perderam a *vox* e a *vis* (PONTES DE MIRANDA), por força do mesmo art. 25.

Como prorrogar norma que não existe mais? Como estender a validade de lei que já não integra o sistema? Como “esticar” a vigência de lei não vigente?

Na verdade, a Lei n.º 8.056/90 — invocada pelo BACEN, para dar suporte à Resolução n.º 1.775 — é lei que inovadoramente cria e esta-

belece nova delegação de funções normativas. Não prorrogou nada. Criou, isto sim, *nova delegação*.

Por isso, é lei inconstitucional. Lei que estabelece delegação contraria o art. 68 da Constituição. Só nos seus termos o Congresso pode delegar — e só ao chefe do Poder Executivo — competência legislativa (art. 68, CF).

Logo, nada se aproveita do art. 1.º da Lei n.º 8.056. É como se não existisse. Não pode, assim, servir de suporte para nenhuma norma administrativa. Sua única utilidade está em *demonstrar* cabalmente que o CMN continua legislando, de forma gritantemente inconstitucional.

Destarte, ou as normas emanadas do CMN têm cunho infra-regulamentar — e serão válidas — ou têm cunho inaugural e inovador e serão, por isso, inconstitucionais.

É, efetivamente, duplamente impossível a “prorrogação” invocada. Primeiramente, como dito, porque o art. 25 do ADCT já tinha operado seus efeitos plenamente. Logo não havia o que prorrogar. Em segundo lugar, porque mesmo lei prorrogatória tempestiva não poderia ultrapassar o prazo de 12 meses (a data de 5 de outubro de 1989). É que não se pode entender inexistir prazo para tal prorrogação. Prorrogação sem limite (para manter exceções à Constituição) seria incompatível com a natureza das próprias “disposições transitórias”. Com maior razão, inaplicável, incabível numa simples lei (CELSE ANTONIO BANDEIRA DE MELLO).

É irremediável, portanto, a omissão do Executivo e do Congresso. A incúria é tanto mais indesculpável, quando se vê que o governo reputa que certas dessas normas são importantes para o funcionamento do nosso sistema econômico-financeiro.

Caducas as leis delegantes — todas, sem exceção — aplicam-se, no que couber, apenas as resoluções do CMN claramente infra-regulamentares (isto é: que têm nítido suporte em lei). As demais caducaram junto com as leis delegantes.

Assim, resoluções (e outras normas posteriores a 5-4-89, indiscutivelmente, não podem criar obrigações e deveres que já não estivessem previstos em lei.

15. *As Pretensas Prorrogações*

De acordo com a proposta de interpretação do art. 15 do ADCT, do Prof. CELSE ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (em seminário do IDEPE, realizado em dezembro de 1990, cujas notas taquigráficas serão publicadas, pela Revista de Direito Público, em 1991), se o Congresso assim entendesse (provocado ou não pelo Executivo), poderia prorrogar, por lei, o prazo de seis meses (terminado a 5 de abril de 1989) para

vigência das leis “delegatórias” de poder normativo ao CMN (e outros órgãos administrativos).

Tal lei, evidentemente, deveria ser expedida até essa data, para operar validamente como verdadeira “prorrogação”. Por motivos — que não interessa agora discutir — tal lei não foi emanada, razão pela qual, neste estudo, tantas vezes afirmamos ter operado plenitude de efeitos o art. 25 do ADCT, revogando explicitamente as leis delegantes, a partir de 5-4-89.

Nem cabe alegar que aos 31 de março de 1989 (dentro do prazo de seis meses previstos no deferido art. 25) foi expedida a Medida Provisória 45, dispondo sobre tal prorrogação. E isto por duas razões:

a) medida provisória não é lei;

b) e, ainda que tivesse suas virtudes, não foi aprovada pelo Congresso a M. P. 45.

Ora, se o art. 62, parágrafo único, preceitua que “as medidas provisórias perderão eficácia, desde a sua edição, se não forem convertidas em lei...”, e se tal conversão não se deu, nem antes, *nem mesmo depois* do dia 5-4-89, não se pode — nem mesmo com a maior boa vontade, dizer que o requisito do art. 25 do ADCT (para a validade da prorrogação) foi atendido.

Dá a inviabilidade jurídica de todas as posteriores tentativas de prorrogação. Dá a clara e inequívoca consolidação dos efeitos do art. 25, com a inquestionável, inescapável, irresistível e inescamoteável revogação das leis delegatórias.

Admitindo-se, porém — apenas *ad argumentandum* — que a M. P. 45 tenha tido a virtude jurídica de implementar o art. 25 do ADCT (prorrogando as leis de delegação), parece claro que nenhuma prorrogação poderia ultrapassar a data de 5 de outubro de 1989.

E aí vem o sólido raciocínio jurídico de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: trata-se de preceito transitório (com as finalidades, por nós, já apontadas neste estudo); estimou o constituinte seis meses suficientes para as providências que enquadrariam o sistema normativo infra-constitucional nas exigências da nova Constituição. Prudentemente, porém, previu sua prorrogabilidade, por lei. Se o legislador, dentro desse prazo, não pudesse providenciar eficientemente a necessária legislação, nos novos padrões constitucionais, poderia prorrogar a aplicabilidade das leis delegantes, por mais seis meses. É que — com rigor técnico-jurídico, raciocina CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO — a prorrogação por lei não pode ser admitida para sempre. Sem prazo. É inadmissível disposição transitória que abrigue interpretação permitindo que medidas infra-constitucionais contrariando a Constituição persistam indefinidamente.

Seria um despropósito que o período de transição — autorizador de contrariedade aos princípios e regras constitucionais — fosse ilimitado. Logo, prazo, necessariamente há. Ao intérprete cabe descobri-lo. Ele está implícito no sistema.

Só pode ser o próprio prazo de 6 meses do art. 25 do ADCT. Sua prorrogação é de igual dimensão. Pudesse a prorrogação inobservá-lo e a lei valeria mais que a disposição constitucional transitória; e esta mais do que os princípios e a própria estrutura básica da Constituição.

E não cogita o art. 25 da prorrogação da prorrogação. A prorrogação só pode dar-se uma vez. Admitir mais que isso implicaria admitir ilimitação temporal do transitório. Seria tolerar infinitas renovações do excepcional, com a negação da separação de poderes e conseqüente indistinção entre as áreas (formal e material) da lei e do regulamento.

Destas considerações decorrem duas primeiras conseqüências influentes neste estudo:

a) mesmo que válida tivesse sido a “prorrogação” tentada pela M. P. 25, ela seria a única tolerada pelo art. 25 do ADCT;

b) toda tentativa de prorrogação da prorrogação excedente do prazo de 1 ano da data de vigência da Constituição de 1988 (5 de outubro) foi frustrada, sob pena de atribuir-se, ilimitadamente (no tempo), prevalência da disposição transitória sobre o Texto Constitucional em seus princípios mais importantes.

Foi errada (e maliciosa) a orientação exegética que sugeriu esta verdadeira aberração que é a Lei n.º 8.056/90, que — dois anos após a Constituição de 1988 — abusivamente quer “prorrogar” o improrrogável.

Válidos ou não — o que se admite *ad argumentandum* — os raciocínios de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, que adotamos, é despropositado e acintosamente afrontoso da Constituição admitir a manutenção dessa regra excepcional e, por definição, transitória, em prazo já 4 vezes maior que o prazo excepcional do art. 25 do ADCT.

Aceitar isso é consentir que tal prorrogação se prorrogou mais vezes, sem limite, tornando o sistema constitucional, como um todo, inútil, inócuo e inseqüente.

Por essas razões é que afirmamos, também sob tais argumentos, inválida e inexistente a Resolução 1.775/90 do CMN, veiculada pelo BACEN.

16. Competência do Senado

No que concerne a limitar as operações de crédito dos Estados, não se diga que o Banco Central, assim fazendo, exerce atribuição legal. É que — tratando-se de competência privativa do Senado — nem a lei poderia veicular tais normas. Logo, também não poderia, nem mesmo em tese, delegá-la. Estudando essa competência do Senado, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, escreveu (sob o sistema anterior, nisto mantido pela Constituição de 1988):

“Logo, é o Senado, e mais ninguém, que pode estabelecer limites para o montante da dívida pública de Estados e Municípios, prazos, taxas de juros ou condições das obrigações emitidas, assim como proibir ou limitar o lançamento de quaisquer obrigações destas entidades;”

“b) ainda que o desejasse, o Senado não poderia, validamente, cometer a outro Poder atribuições para estabelecer ditos limites ou condições ou para proibir ou limitar o lançamento de quaisquer obrigações destas entidades. Isto porque, de um lado, o art. 6.º, parágrafo único, da Carta do País, proíbe que qualquer dos Poderes delegue a outro suas atribuições e, de outro lado, porque as competências em causa são privativas — o que exclui radicalmente seu exercício por outrem que não o Senado” (RDP 88, págs. 64 e segs.)

O subscritor desta, estudando o tema dos empréstimos públicos escreveu, há mais de 15 anos (a referência é à Carta de 1967/69, nisso substancialmente igual à vigente Constituição):

“Esta competência do Senado — bem como as demais previstas no art. 42 do Texto Constitucional — é privativa. “Privativa”, esclareceu magistralmente Rui Barbosa, significa exclusiva, que *priva* qualquer outro órgão ou pessoa, que os *exclui* da mesma competência. O titular da competência exclusiva opõe-na *erga omnes*. Ninguém mais — órgão ou pessoa subordinada, coordenado, superordenado ou independente — pode exercer idêntica competência. Nem o seu não-exercício autoriza a outrem o arrogar-se a competência privativa. Daí ser inconstitucional qualquer outro ato expressivo dessa competência, ou em seu campo inserível, que não promane do Senado.”

Prosseguindo, dissemos:

“É, por ser privativa, tal competência é “indelegável e inderrogável”. Derrogá-la não pode a lei do Congresso — já que vivemos em regime de Constituição rígida — como delegá-la não pode, em ninguém, o próprio Senado. Efetivamente, nenhuma lei

pode ampliar, restringir ou modificar uma competência privativa outorgada diretamente pelo texto constitucional. E nem o próprio Senado pode dela abrir mão, delegando-a em outro órgão, seja ele qual for. E se de competência indelegável se trata, não a pode comissionar em ninguém sob pretexto algum, nem total nem parcialmente, nem direta nem indiretamente, pena de fraude à Constituição.”

“Se delegação — mesmo implícita — houver, será inconstitucional, como inconstitucional e inoperante será a norma ou ato do delegado, que tal delegação jamais poderia receber.” (*Empresários Públicos e o seu regime jurídico*, Ed. RT, 1973, pág. 192).

Subseqüentemente escrevemos:

“A competência atribuída pela Constituição (art. 42, IV e VI) ao Senado, exclui a do Conselho Monetário Nacional ou Banco Central ou qualquer outra, para traçar normas para Estados e Municípios, ou fiscalizá-los. Aliás — se é princípio constitucional que Estados e Municípios são autônomos, se são pessoas políticas e constitucionais — não poderiam ficar sujeitos a normas expedidas por órgãos meramente administrativos e infralegais e subordinados ao Executivo Federal. A legislação federal — até mesmo as normas gerais de direito financeiro — são excluídas da possibilidade de ditar regras sobre as matérias de competência privativa do Senado, previstas no art. 42, IV e VI.” (ob cit., pág. 206).

Por isso observou CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

“Se fora admissível que órgão distinto do Senado, que é a Casa representativa dos Estados na Federação — e por isso a ele, e não à Câmara ou a quem quer que fosse se atribuíram as competências em causa — interferisse na matéria, ocorreria uma clara violência à autonomia dos Estados” (RDP 88).

Para depois, sublinhar, agudamente:

“Seria autêntico absurdo — tanto à face do art. 42, VI, quanto do art. 13 e parágrafo 1.º — que terceiros pudessem ajuizar, avaliar, condicionar por qualquer modo, uma prerrogativa que descende diretamente da autonomia conferida no Texto Constitucional e cujo âmbito expressivo, *in casu*, não encontraria outra barreira senão a do ajustamento ao disposto em resolução do Senado. De resto, o art. 24 especifica que o assunto se regula por resolução. Este, pois, é o ato próprio para *caracterizar especificamente* tanto os limites quanto as condições de emissão das obrigações estaduais ou municipais. Se é resolução senatorial que deve decidir sobre os assuntos em causa, *nela mesma* devem

estar arrolados *todos* os requisitos suficientes para exaurir a composição das restrições” (idem).

Continua CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, tocando a essência do tema:

“Quaisquer condições e requisitos já devem se encontrar direta e precisamente em resolução do Senado Federal, de tal sorte que terceiros não possam opor entraves ao exercício de poderes estaduais ou municipais, pois estes não estão adstritos a sofrer cerceios advindos de outro sujeito e muito menos de órgãos e entidades que se encartam, no universo jurídico, em posição de meros cumpridores da lei — como é o caso do Poder Executivo e de suas pessoas auxiliares. A ser de outro modo, haveria, de um lado, usurpação de competências do Senado ou, se este as houvesse delegado, fruição inconstitucional de competência inconstitucionalmente delegada e, de outro lado, agressão ao princípio federativo (no caso do Estado) e violação da autonomia dos Municípios e das unidades federadas” (idem).

Entretanto, ainda que a matéria fosse legal, a delegação seria inconstitucional, porque o Congresso não poderia transferir atribuição legislativa para órgão nenhum, principalmente do Executivo, salvo a estrita hipótese da lei delegada (art. 68 da Constituição de 1988). E isso já era assim no sistema anterior.

17. *Discernimento de Atribuições*

Resulta do que até aqui se expôs, que se à União cabe “fiscalizar operações de natureza financeira” (art. 21, VIII), só pode fazê-lo em obediência às regras emanadas do Senado, quando — envolvidos Estados — a matéria for de “limites e condições (art. 52, VII e IX) das mesmas. Se a União pode legislar sobre “política de crédito” (art. 22, VII), irá fazê-lo amplamente (art. 192), com relação aos particulares, mas com limitações, relativamente a Estados e Municípios, a cujo respeito há regras especiais reservadas a um órgão singular (o Senado, art. 52), com atribuições específicas e inderrogáveis até mesmo por lei nacional.

Tendo a União a atribuição de legislar sobre Direito Financeiro (art. 24, I) e orçamento (II), tal competência é concorrente com a dos Estados e deve ficar no plano das *normas gerais* (parágrafos 1.º e 2.º do art. 24). Se, nem assim, portanto, pode a União cercear Estados, não será pela via da lei complementar do art. 192, nem, muito menos, por resoluções do C.M.N. ou BACEN.

Relativamente às limitações que podem ser estabelecidas, para operações de crédito dos Estados, a Constituição — exatamente porque estritamente federal e valorizadora das autonomias estaduais — reservou privativamente ao Senado o poder de estabelecê-las, privando (RUI

BARBOSA) até mesmo o Congresso de tal competência, como aqui tantas vezes repisado.

Sintetizando a doutrina, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO explicou magistralmente a postura do constituinte:

“É de se notar que a composição do modelo federativo faz do Senado o órgão de representação dos Estados na Federação. Enquanto a Câmara dos Deputados é a casa de representação do povo brasileiro, o Senado o é das unidades federadas. Por isso, a eleição dos deputados é proporcional (parágrafo 2.º do art. 39) de tal sorte que sendo maior o número de eleitores em dado Estado, maior será o número de deputados eleitos a partir daquela unidade e vice-versa. Já o número de Senadores é idêntico para cada Estado, nada importando a grandeza ou insignificância do respectivo colégio eleitoral (art. 41, parágrafo 1.º). O que vem ao caso é a afirmação da igualdade jurídica de todas as unidades federadas e o que se quer colher é a representação delas. De resto, é a própria Lei Maior que explicitamente diz: O Senado Federal compõe-se de *representantes dos Estados e do Distrito Federal* (art. 41) (grifamos). Ora, se o zelo pelo princípio federativo foi levado a tal ponto, compreende-se que seria um verdadeiro dislate pudesse a União, através do Executivo federal ou, pior que isto, através de uma simples autarquia, embargar prerrogativas dos Estados” (idem).

Estas lições abonam o que escrevemos há três lustros:

“No nosso sistema jurídico, o Senado funciona como órgão legislativo, de composição paritária, representativo dos Estados em igualdade de condições. Disso se presume que a Câmara dos Estados — como o designa Kelsen — discerne com objetividade o interesse nacional, transcendendo a regionalismos ou contingências de interesses localizados. Sua forma de composição autoriza supor a existência de condições objetivas para decidir sobre interesses relevantes das pessoas integrantes da Federação, ou das Municipalidades, sem o risco de prevailecimento de conveniências que não as nacionais”. (*Empréstimos públicos...* cit., pág. 179).

Isto tudo quisemos enfatizar, para deixar claro que a Constituição previu meios, modos e órgãos específicos para tratamento substancial e formal das operações de crédito dos Estados, tudo tendo por fulcro o Senado.

Não pode, conseqüentemente, a lei (complementar ou ordinária) cuidar nem indiretamente dessa matéria. Fazê-lo o CMN — com ou sem delegação, a pretexto ou não de regular atividades das financeiras — é

fraudar a Constituição e burlar o regime por ela categoricamente estabelecido.

18. *Premissas das conclusões*

Não se discute que, num sistema de Constituição rígida, como o nosso, matéria legal só pode ser tratada normativamente pelo Legislativo (art. 5.º, II; 22, VII; 24, I). É dever indeclinável do Congresso legislar.

Independentes que são os Poderes (art. 2.º) não podem delegar suas funções, salvo uma única exceção (art. 68) que prevê delegação legislativa ao Chefe do Poder Executivo (e não a qualquer outro órgão ou entidade do Executivo).

Assim mesmo, é proibida delegação de matéria de lei complementar (art. 68, parágrafo 1.º) como é a que cuida do funcionamento de instituições financeiras (art. 192, I) e a organização, funcionamento e atribuições de instituições financeiras (art. 192, IV).

Se por seus hierarcas, o Executivo — Presidente da República e Ministros de Estado — só pode exercer função regulamentar (art. 84, IV, 2.ª parte; art. 88, II), já se vê que não pode legislar; com maior razão não podem fazê-lo entidades menores, subordinadas, como a mera autarquia Banco Central ou o simples órgão administrativo Conselho Monetário Nacional.

A atividade financeira privada submete-se à legislação complementar (art. 192) da União e fica sob a fiscalização dos órgãos criados pela lei federal; as finanças estaduais submetem-se a regime diverso, inspirado pelos princípios dos arts. 1.º e 25 da Constituição de 1988.

A Constituição entregou — nos seus pontos mais sensíveis e delicados — a ordenação dos empréstimos públicos ao Senado Federal, órgão de representação paritária dos Estados.

O cuidado dessa matéria é *privativo* de resoluções do Senado, quando se trate de autorizar mútuos (art. 52, V), fixar limites globais para a dívida consolidada (V), limites e condições para empréstimos públicos, inclusive das entidades de administração indireta (VII) e para a dívida mobiliária (IX).

Em assuntos tais, nem lei complementar pode ingerir. Só o Senado, mediante resolução (art. 52). Como tal atribuição é privativa, dela são privados peremptoriamente o Congresso e o Presidente da República (que nem sequer tem *iniciativa*, salvo caso excepcional do inc. VI). Com maior razão normas inferiores do CMN, BACEN ou quejandos.

Como a ordenação dessa matéria é constitucional, nenhuma lei pode alterá-la. Daí a indelegabilidade de tais atribuições.

19. *Primeiras conclusões gerais*

Por essas razões, são inconstitucionais, nulas, irritas, nenhuma, inexistentes e ineficazes as normas das Resoluções n.º 1.559 e 1.775/90 do BACEN que, infringindo preceitos da Constituição e violando os princípios constitucionais expostos:

a) põem regras especiais para bancos estaduais diversas das aplicáveis aos demais bancos;

b) agravam condições de renovação de operações com o setor público;

c) afrontam ou implicam contornar resoluções do Senado, baseadas no art. 52, C.F.;

d) dirigem-se só a operações com o setor público, ou só se aplicam a bancos estaduais;

e) fixam critérios diferentes (e agravados) sobre parâmetros de transferência de operações de responsabilidade do setor público para a conta "operações sem garantia e de difícil liquidação";

f) tentam impedir renovação de empréstimo ao Estado federado acionista (art. 192, I, CF e parágrafo 2.º do art. 34 da Lei n.º 4.595/64);

g) desigualam arbitrariamente (sem fundamento constitucional) operações, mutuários e instituições financeiras;

h) fraudam a Constituição, ao pretenderem alcançar fins por ela vedados; ao transgredirem suas normas; ao desacatarem seus princípios; ao invadirem competência do Senado e ao tratarem de matéria legal.

Tais normas devem ser ignoradas. Não podem ser obedecidas.

20. *Implicações destas conclusões*

I. Efetivamente, *proibir* empréstimos públicos, nem a resolução do Senado pode. *Limitá-los*, só resolução do Senado pode. Nem lei, nem ato executivo, seja qual for o órgão que o edite. Jamais ato normativo de mera autarquia administrativa (BACEN) ou órgão inferior (CMN). A nulidade é a mesma, quer a norma se dirija a Estados, quer às financeiras.

II. É nula a Resolução n.º 1.775 (nas partes aqui salientadas), porque invade competência privativa do Senado. Além do mais, atinge operações de crédito por antecipação de receita, que são ilimitadas pela Constituição e só podem ser contidas pelo Senado (art. 52, IX). Porque discrimina entre União e Estados (art. 3.º da Res. 1775). Porque viola a

autonomia financeira dos Estados (art. 25). Porque cuida também de matéria privativa de lei complementar (art. 192). Porque invade competência do legislador de normas gerais (art. 24, parágrafo 1.º) e do legislador ordinário estadual (art. 24 e parágrafo 2.º).

III. Nula (nas partes por nós sublinhadas), por inconstitucional, e frita, porque proíbe o que nenhuma norma pode proibir; limita o que só resolução do Senado pode limitar; restringe o que nem a lei pode restringir; desigua o que nem a lei complementar do art. 192 da CF pode fazer.

IV. É nula por disciplinar negócios somente sujeitos a normas do Senado Federal. Viola, assim, o espírito e a letra da Constituição. É puro fruto do espírito arbitrário, prepotente e antifederalista, que felizmente ficou perempto com a promulgação da Constituição de 1988, embora algumas autoridades federais não o tenham percebido.

21. *Fraus constitutionis*

Nem cabe alegar que a Resolução n.º 1.775 dirige-se às entidades financeiras e que, por isso, não pode sofrer todas as radicais censuras aqui expostas. Na verdade, a linguagem adotada dá essa primeira impressão ao leigo. A aparência — sugerida por leitura superficial — é de simples regras voltadas para entidades financeiras, submetidas à tutela legal do BACEN.

É cediço para o jurista, porém, que as normas têm valor por sua eficácia. É pela consideração dos efeitos que estão no desígnio da norma que se avalia e interpreta o seu conteúdo, sentido e alcance.

A quem considere objetivamente os preceitos constitucionais, que invocamos, ficam claros os efeitos que expusemos. E a Resolução n.º 1.775 pretende ter eficácia que nega, contraria, afronta e anula os desígnios constitucionais expostos. Estes são inconciventes com as normas da Resolução n.º 1.775 que aqui apontamos. São incompatíveis. Os aplicadores do direito ficam no dilema: ou obedecem à Constituição ou à Resolução n.º 1.775.

Elementar conhecimento de noções rudimentares do direito faz perceber que, em casos tais, o intérprete não pode titubear, hesitar: ignora a norma menor e acata a Constituição. Despreza o preceito inferior e subordinado e obedece ao — mais que superior — máximo, supremo.

Efetivamente, a pretexto de ditar instruções para as financeiras, a Resolução n.º 1.775 está tolhendo os Estados, proibindo-os de operar, sufocando sua atividade financeira. Isso porque, pelo nosso sistema, as financeiras é que, predominantemente, podem emprestar aos Estados. Logo, dirigir normas àquelas pertinentes a operações que só com Estados e Municípios podem ser realizadas é o mesmo que tolhê-los. Aí a fraude aos desígnios constitucionais.

22. Desdobramentos

— I —

Nisso radica a delicadeza da questão. Daí o desafio que se propõe aos órgãos normativos constitucionalmente incumbidos de disciplinar essas matérias (Congresso Nacional, Senado Federal e Assembléias Legislativas): ordenar adequada e equilibradamente essas matérias, harmonizando e conciliando tal cópia de interesses e valores, variados, díspares, divergentes e, às vezes, aparentemente conflitantes, tais como postos pela Constituição de 1988, nos diversos princípios e normas aqui assinalados.

Dessa delicada tarefa não pode exonerar-se a União pelo caminho grosseiro da violação constitucional singela.

— II —

Nem se diga que a interpretação por nós proposta torna impossível ao CMN exercer suas atribuições de fiscalização sobre as financeiras sob controle dos Estados, bem como as privadas, quando operando com entidades públicas.

O senso jurídico elementar, que se presume (talvez com excesso de ingenuidade) em qualquer bacharel em direito aponta a solução: sugira o CMN ao seu ministro; proponha este ao Presidente da República e envie esta mensagem ao Senado, com projeto de resolução (art. 52, VI), necessária ou útil (VII a IX), para regular a matéria.

— III —

Quanto a tratar diversamente títulos federais e estaduais, ou pretender impor regimes diferentes para operações com o setor público, como a Constituição não o tolera, não há remédio. Só emenda, de difícil concepção, sem vulnerar o art. 60, § 4.º, I, já que tal isonomia é implicação necessária do princípio federal.

— IV —

Quanto à vedação a empréstimos a acionistas (sendo estes Estados federados), o obstáculo aparentemente só legal — removível, aparentemente, com lei que revogue o § 2.º do art. 34 da Lei n.º 4.595 — parece-nos ser, na verdade, mais profundo: é constitucional, porque os bancos estaduais são instrumento da ação política e financeira dos Estados. E aí já se esbarra novamente com o preceito do § 4.º, I, do art. 6.º da Constituição de 1988.

Sempre que Estados e Municípios (diretamente ou por suas criaturas legais) forem atingidos, em suas operações de crédito, a privatividade da função do Senado obstará normação outra, mesmo legal, *A fortiori*, do Executivo.

Considerações acerca da Conformação Constitucional do Tribunal de Contas

VITOR ROLF LAUBÉ

Procurador do Município de São Bernardo
do Campo. Ex-funcionário do Tribunal de
Contas do Município de São Paulo. Pós-
Graduado em Direito pela Pontifícia Uni-
versidade Católica de São Paulo

SUMÁRIO

1. Considerações introdutórias.
2. Função fiscalizadora.
3. Evolução do Tribunal de Contas no direito positivo brasileiro.
4. Atribuições constitucionais.
5. Organização e autonomia.
6. Natureza de seus atos.
7. Posicionamento diante dos poderes constituídos.
8. Natureza do Tribunal de Contas.
9. Conclusões. Bibliografia.

1. Considerações introdutórias

Excetuada a Carta Imperial de 1824, sempre mereceu o Tribunal de Contas expressa previsão nas diversas Constituições que àquela sobrevieram.

O referido fato, é certo, evidencia a importância emprestada a esse órgão pelos diversos legisladores constituintes, ou aqueles que lhes tenham feito as vezes, pois que nas várias Cartas Republicanas sempre preferiram vê-lo alçado ao nível constitucional. Daí, portanto, se ter como óbvia a inegável posição sobranceira ocupada pelo Tribunal de Contas, visto que exsurge como um órgão constitucional.

* O presente estudo, ora publicado em versão reduzida e adaptado à atual Constituição, foi originariamente apresentado, no primeiro semestre de 1988, como trabalho de conclusão de disciplina do curso de mestrado do Programa de Estudos Pós-graduados em Direito da PUC-SP.

Sabido é que, de acordo com a moderna concepção de Estado, é este, quando organizado juridicamente pelo poder constituinte através de uma Constituição, estruturado em três “poderes”: Legislativo, Executivo e Judiciário.

No entanto, necessário é ter presente que o “poder” é uno: impossível é a sua repartição. O “poder” é imanente ao Estado, é um seu atributo decorrente de sua soberania, o que torna inviável, o que impede a sua cisão.

Na realidade, o que se verifica é a repartição das funções do Estado. De conseguinte, quando se estiver a fazer referência a um dos poderes constituídos — Legislativo, Executivo ou Judiciário — pretende-se, sim, aludir a um dos órgãos a que o constituinte atribuiu parcela específica do plexo de funções inerentes ao Estado (legislação, administração e jurisdição).

A repartição das funções estatais, vale dizer, é teoria antiga, que foi primeiramente expressada por ARISTÓTELES, em seu *A Política*. Contudo, a formulação por ele propugnada limitava-se à identificação de três partes presentes em todo governo; deveras, coube a ARISTÓTELES a classificação das atividades do governo, pois os “poderes” por ele assinalados não eram independentes entre si. Trataram ainda do tema, entre outros, SÃO TOMÁS DE AQUINO, MARCILIO DE PÁDUA, CROMWELL e JOHN LOCKE¹. Mas a delineação final dos contornos da mencionada teoria coube a CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARON DE LA BRÈDE MONTESQUIEU, em seu *De l'esprit des lois*.

Foi MONTESQUIEU quem efetivamente formulou a teoria da repartição das funções estatais em três órgãos distintos e independentes entre si, com cada um exercendo uma determinada atividade.

Não obstante a universalização dessa teoria, autores existiram que, divergindo quanto ao número de órgãos em que deveriam ser as funções estatais repartidas, chegaram a distribuí-las em até oito órgãos. Entre tais autores, conforme noticia ANHAIA MELLO², possível é citar SAINT-GIRONS, LUIGI PALMA, HELLO, ROMAGNOSI e BENJAMIN CONSTANT. Aliás, é a este último atribuída a inspiração do Poder Moderador da nossa Constituição Imperial de 1824.

Conforme preliminarmente ressaltado, o poder é uno, inexistindo a “repartição de poderes” tão proclamada por parte da doutrina. O que se faz é atribuir a determinados órgãos do Estado, através da Constituição, o exercício de parcelas das funções daquele poder: há sim uma tripartição das funções estatais em função legislativa, função executiva e função jurisdicional, atribuindo-se a primeira ao Legislativo, a segunda ao Executivo e a terceira ao Judiciário.

1 Cf. Anhaia Mello, *Da separação dos poderes à guarda da Constituição*, pp. 13 e 14.

2 Id. *ibid.*

No passado, de forma diversa, essas funções eram exercidas por uma única pessoa, já que o poder do Estado, como é sabido, se concentrava nas mãos do monarca. Decorre disso a conhecida assertiva "l'État c'est moi", que tão bem caracterizou o Absolutismo.

Atualmente, Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, enquanto órgãos que exercitam parcela do poder estatal, exercem cada um a sua função primordial, ou seja, legislar, administrar e julgar, respectivamente. Ditas funções, por se apresentarem preponderantes àqueles órgãos estatais, são classificadas pela doutrina como *funções típicas*. Porém, exerce cada poder constituído, além da função que lhe é típica, outras funções que, em princípio, são atribuídas aos demais "poderes". Essas funções, sempre exercitadas de forma secundária, são as denominadas *funções atípicas* e de grande importância para a manutenção da pretendida independência e harmonia entre os "poderes" buscada pelo constituinte. Obviamente que, se não admitidas por aquele legislador o exercício de tais funções atípicas, quedado estaria o princípio da independência entre os "poderes", já que, entre outras hipóteses, caberia ao Executivo a organização administrativa do Legislativo e do Judiciário, o que, sem margem de dúvidas, comprometeria irremediavelmente dito princípio. Daí restar indubitosa a necessidade de que, para garantir a citada independência, estejam muitíssimo bem delimitadas no Texto Maior as atribuições dos três órgãos estatais, notadamente aquelas que digam respeito às funções exercitadas atípica ou secundariamente.

Já se disse que ao Judiciário é atribuída prevalentemente a função jurisdicional, que ao Executivo, a função administrativa e que ao Legislativo, a função legiferante. De se ver, mesmo que superficialmente, o significado de cada uma dessas atribuições.

A função jurisdicional, segundo assevera ARRUDA ALVIM, "é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes"³.

Já a função administrativa, consoante lição de CELSO BASTOS, "vem de ser a praticada pelo Estado, como parte interessada de uma relação jurídica, de atos infralegais, destinados a atuar praticamente as finalidades descritas na lei"⁴.

Por fim, a função legislativa é aquela realizada pelo Poder Legislativo e consistente na edição de normas infraconstitucionais que se caracterizam por serem genéricas, abstratas e inovadoras da ordem jurídica.

³ "Curso de Direito Processual Civil", Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 149, apud Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, p. 179.

⁴ *Curso de Direito Constitucional*, p. 169.

2. Função fiscalizadora

No entanto, além da citada função legislativa, exerce ainda o Poder Legislativo outra atividade que também lhe é típica. Trata-se da *função fiscalizadora*.

Essa função, como bem aponta MICHEL TEMER⁵, decorre do princípio da representação popular. Ora, é no Legislativo que se destaca, inquestionavelmente, a referida representação, especialmente no respeitante à Câmara dos Deputados, que abriga os representantes do povo, ou seja, os deputados federais; já no Senado Federal, importa mencionar, têm assento os representantes dos Estados federados, os senadores. De qualquer modo, claro resta que, dentre os três poderes constituídos, é ao Legislativo que cabe o maior grau de representatividade, visto que formado por centenas de membros eleitos pelo povo, o que não se vislumbra no Executivo e tampouco no Judiciário.

Através da *função fiscalizadora*, outorga-se ao Poder Legislativo a fiscalização e o controle dos atos do Poder Executivo, inclusive da administração indireta (art. 49, X), bem como a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União (art. 70, *caput*).

A competência de fiscalização sobre os atos do Executivo e da administração indireta, vale fazer referência, demonstra-se genérica, ampla e irrestrita, de sorte a abrigar um sem-número de atos passíveis de controle pelo Legislativo, através das duas Casas de Leis que compõem o Congresso Nacional.

Esse controle da atividade administrativa, de cunho essencialmente político, frise-se, é exercido por meio de interpelações, resoluções, moções, inquéritos parlamentares, acusação política etc.⁶

Segundo MANUEL ANDREOZZI, cujo ensinamento ora importa trazer à lume, a fiscalização dos atos da Administração "não é uma faculdade inferior ou adjacente à de editar leis; pelo contrário, é fundamental e necessária à própria elaboração das leis, a fim de que o Legislativo conheça como funcionam os outros órgãos, sobretudo o Executivo, em relação ao qual exerce amplo controle (...). Não se pode dizer que estas funções essenciais, que são consequência da natureza mesma das Câmaras Legislativas, sejam faculdades incidentais e acessórias. A nosso juízo, são faculdades fundamentais, transcendentais, de amplíssima projeção"⁷

5 *Elementos de Direito Constitucional*, p. 144.

6 Cf. M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, pp. 103 e 104; Carlos S. de Barros Júnior, "O controle financeiro da administração descentralizada", *Rev. TCMSP* 22:16, abril de 1978.

7 "Faculdades implícitas de investigación legislativa y privilegios parlamentares", Buenos Aires, 1948, p. 12, *apud* Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 599 e 600.

Evidente está o acerto da lição do doutrinador portenho, que, mesmo fazendo referência a um sistema jurídico alienígena, pode ser integralmente aplicada ao nosso ordenamento constitucional.

Entretanto, no que diz respeito com a função fiscalizadora atribuída ao Legislativo, a que mais interessa a este estudo é aquela atinente à *fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*, da União, ou simplesmente, e nem por isso menos abrangente, à “fiscalização contábil, financeira e orçamentária”, como referenciada no pórtico da Seção IX do Capítulo I do Título IV da CF de 1988. Essa modalidade de fiscalização, importa assinalar, é exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder (cf. art. 70).

O controle contábil, financeiro e orçamentário, nos moldes como constitucionalizado, se verifica, então, por meio de dois sistemas: através do *controle interno*, que se desenvolve no bojo de cada um dos poderes constituídos, por seus próprios órgãos técnicos, e pelo *controle externo*, que é exercitado pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e estende-se a todo e qualquer órgão da União e da administração indireta, compreendendo basicamente a apreciação das contas prestadas pelo Presidente da República, o “julgamento” das prestações de contas daqueles que lidem com dinheiros, bens e valores públicos, a apreciação da legalidade dos atos de admissão e aposentação de pessoal e a atividade de auditoria e inspeções financeiras e orçamentárias.

É de se ressaltar que a atividade fiscalizadora exercida pelos órgãos parlamentares é, por motivos óbvios, *política*, enquanto que aquela exercitada pela Corte de Contas, como auxiliar daqueles, é estritamente *técnica*.

É, pois, nesse contexto que se situa o Tribunal de Contas em nosso ordenamento. É órgão com assento constitucional, cuja função centra-se no auxílio estritamente técnico ao Congresso Nacional em sua competência fiscalizadora.

3. *Evolução do Tribunal de Contas no direito positivo brasileiro*

Como de início afirmado, o Tribunal de Contas não foi previsto em nossa Constituição de 1824. Porém, foi precisamente no período imperial que dele se cogitou pela vez primeira.

Já em 1826 era proposta a criação de um Tribunal de Contas pelos Senadores do Império JOSÉ INÁCIO BORGES e VISCONDE DE BARBACENA, no que foram seguidos pelo Deputado CASTRO E SILVA, que, em 1835, também pugnou pela criação de tal órgão. No ano de 1845, o então Ministro da Fazenda, MANOEL ALVES BRANCO, após vir defendendo a instituição de um Tribunal desde 1840, apresentou um projeto

que visava a criação de um Tribunal de Revisão de Contas. Também defenderam a instituição de uma Corte de Contas, entre outros, PIMENTA BUENO, SILVEIRA MARTINS, VISCONDE DE OURO PRETO e JOÃO ALFREDO⁸.

Mas foi após o advento da República, por iniciativa de RUI BARBOSA, e através do Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, que o Tribunal de Contas restou criado.

Na exposição de motivos desse decreto, propunha RUI BARBOSA “a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à Administração e à Legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil...”. Fácil é depreender-se, de acordo com as palavras de RUY, a importância por ele conferida a tal órgão de controle, cujas funções consistiam no exame, revisão e “julgamento” dos atos concernentes à receita e despesa da República.

No entanto, foi com a Constituição de 1891 que o Tribunal de Contas ganhou foro constitucional, institucionalizado que remanesceu pelo art. 89 daquele texto, para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legitimidade, antes de serem prestadas ao Congresso.

Na Constituição de 1934, passou ele a ser considerado como um dos órgãos de cooperação das atividades governamentais. Essa Carta Constitucional, em seu art. 99, atribuía ao Tribunal as funções de acompanhamento da execução orçamentária e de “julgamento” das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, e em seu art. 101, §§ 1.º e 2.º, adotava, conforme o caso, os sistemas de controle de contas belga ou francês⁹.

A Constituição de 1937, a exemplo do ocorrido na de 1891, tratava do órgão em pauta em um único artigo e de modo muito sucinto, sem sequer indicar a modalidade de controle de contas, quanto à oportunidade, acolhida (se do exame prévio absoluto, do exame prévio relativo ou do exame posterior, ou seja, e respectivamente, se do tipo italiano, belga ou francês). Em seu art. 114, além de dispor sobre a forma de nomeação e garantias dos membros do Tribunal, incumbia-lhe o acompanhamento da execução orçamentária, o “julgamento” das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União (aliás, desse “julgamento” de legalidade dos contratos, parece que, implicitamente, foi acolhido o exame posterior das despesas).

8 Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 291; Themístocles Brandão Cavalcanti, “O Tribunal de Contas — órgão constitucional — funções próprias e funções delegadas”, *RDA* 109-2-3.

9 Acerca dos referidos modais de sistema de controle, vide o nosso “Sistemas constitucionais estrangeiros e órgãos de controle financeiro e orçamentário”, *RIL* 101:161-72.

Já na Constituição de 1946 era o Tribunal de Contas situado como órgão auxiliar do Congresso Nacional na fiscalização da execução orçamentária, assim como na da administração financeira, estando incluído no capítulo referente ao Poder Legislativo. A sua competência encontrava-se amplamente discriminada nos incisos e parágrafos do art. 77 daquela Carta. Como a Constituição de 1934, a de 1946 também adotou, concomitantemente e em casos especificados, as três formas de controle de atos que importassem despesas, ou seja, a do veto prévio absoluto nos casos em que faltasse saldo na dotação ou se esta fosse imprópria, a do veto prévio relativo quando a recusa do registro se fundasse em outro motivo, e a do controle posterior quando fosse outro o tipo de despesa.

Relativamente à Constituição de 1967, continuou o Tribunal inserido no capítulo referente ao Poder Legislativo, mais especificamente na seção pertinente à fiscalização financeira e orçamentária (Seção VII, arts. 71 a 73).

Contudo, essa Constituição teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, com esta, porém, pouco atingindo o Tribunal de Contas. Pois bem, nesse regime constitucional competia ao Tribunal, em rápida síntese, a emissão de parecer sobre as contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das unidades administrativas dos três poderes constituídos da União, o “julgamento” da regularidade das contas dos ordenadores de despesas, administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens ou valores públicos, bem assim da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões. Convém anotar ainda que, através da Lei n.º 6.223, de 14 de junho de 1975, foi estendida a competência fiscalizadora do Tribunal sobre as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações. Quanto às autarquias, já eram estas submetidas à citada fiscalização, por força do art. 70, § 5.º, da Constituição de 1967, com redação imposta pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

Essa, por conseguinte, a conformação do Tribunal de Contas nos diversos regimes constitucionais que o atual precederam.

4. *Atribuições constitucionais*

A Constituição de 1988 outorga ao Tribunal de Contas da União, enquanto importante órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle externo da fiscalização financeira e orçamentária, as atribuições elencadas nos diversos incisos do seu art. 71.

Assim, compete ao Tribunal de Contas:

a) *emitir parecer prévio*, em sessenta dias do recebimento, acerca das contas que o Presidente da República prestar anualmente sobre o exercício financeiro encerrado (art. 71, I);

b) “julgar” as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores, inclusive das fundações e sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público federal, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II);

c) apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão do pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, excetuadas as nomeações para cargos de provimento em comissão, bem assim das concessões de aposentadorias, reformas ou pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessivo (art. 71, III);

d) proceder a inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, nas unidades administrativas de qualquer dos poderes constituídos, tanto da administração direta como indireta, assim como nas fundações e sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público federal (art. 71, IV).

e) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, direta ou indiretamente, nos termos do tratado constitutivo (art. 71, V);

f) fiscalizar a aplicação dos recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município (art. 71, VI);

g) prestar informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer uma de suas Câmaras ou Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e acerca dos resultados das inspeções e auditorias realizadas (art. 71, VII);

h) aplicar as sanções previstas em lei aos responsáveis em casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas (art. 71, VIII).

i) assinalar prazo, quando verificada ilegalidade, para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 71, IX);

j) sustar a execução de ato impugnado, se não adotadas as providências determinadas visando suprir a ilegalidade ou irregularidade verificada, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado (art. 71, X).

l) representar, sobre irregularidades ou abusos, ao Poder competente (art. 71, XI);

m) encaminhar relatórios de suas atividades ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente (art. 71, § 4.º);

n) *apreciar denúncias* de irregularidades ou ilegalidades formuladas por cidadãos, partido político, associação ou sindicato (art. 71, § 2.º);

o) *efetuar os cálculos* das quotas referentes aos fundos de participação, nos termos do parágrafo único do art. 161.

Entretanto, não se pode olvidar que no caso de *contrato irregular ou ilegal*, a sustação de sua execução não se dará originariamente pela Corte de Contas, mas sim diretamente pelo Congresso Nacional, que, de pronto, solicitará ao Poder Executivo a adoção das medidas cabíveis, consoante o apregoado pelo art. 71, § 1.º. Todavia, se o Congresso ou o Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivarem as medidas acima referidas, caberá ao Tribunal *decidir a respeito, conforme o constante do art. 71, § 2.º*. Desse modo, quer parecer, ante a redação dos dispositivos citados, que ao Tribunal incumbirá, nessas hipóteses, sustar a execução do negócio jurídico caso não providenciada esta pelo Congresso, ou então, se não adotadas as medidas cabíveis pelo Executivo, declarar a sua nulidade, com a eventual imputação, nos termos do art. 71, § 3.º, do débito ou multa aos responsáveis, esta decisão, vale frisar, contendo eficácia de título executivo.

Da intrincada redação do art. 70 da Lei Maior, admissível é depreender-se que o controle externo, como também o sistema de controle interno, se verifica através da fiscalização de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ato controlado, tendo em conta os aspectos de sua legalidade, legitimidade e economicidade.

Pois bem, cumpre aqui fazer algumas poucas considerações acerca das *formas e tipos* de fiscalização expressados no art. 70.

Quanto às *formas de fiscalização* — contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial —, de logo se denota, relativamente à ordem constitucional precedente, alguma ampliação. Assim se afirma porque, excetuada a fiscalização operacional, modalidade em que reside efetivamente a mencionada ampliação, quer parecer que as demais não necessitariam constar expressamente do dispositivo constitucional em apreço, porquanto já incluídas na vetusta rubrica “fiscalização financeira e orçamentária”.

É, todavia, no respeitante aos tipos possíveis de controle admitidos pela CF de 1988, que se verificou um alargamento excepcionalmente acentuado. Passou-se a permitir que tal fiscalização se faça observando, quanto ao ato controlado, os aspectos de sua legalidade, legitimidade e economicidade. Evidente é, pois, o alcance de tal controle.

5. *Organização e autonomia*

O Tribunal de Contas da União, ou simplesmente TCU, compõe-se de nove membros, que recebem a designação de ministros.

Os referidos ministros são nomeados, na forma do art. 73, pelo Presidente da República, após aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre

brasileiros natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de idoneidade moral e reputação ilibada, com notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros ou de administração pública, e mais de dez anos de exercício em função ou atividade profissional em uma das áreas de conhecimento acima mencionadas.

Para o bom desempenho de suas elevadas funções, lhes são conferidas as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vantagens e vencimentos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça. Assim, gozam os ministros do Tribunal de Contas das garantias de vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial, de inamovibilidade, exceto por motivo de interesse público, e da irredutibilidade de vencimentos, sujeitando-se, todavia, aos impostos gerais, inclusive imposto sobre a renda. No entanto, lhes é vedado, sob pena de perda do cargo: exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outro cargo ou função, salvo de magistério; receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, participação ou custas em processos; dedicar-se a atividade político-partidária (CF., art. 95, parágrafo único).

Não obstante possuem os Ministros do TCU as prerrogativas e garantias citadas, goza ainda a instituição fiscalizadora que integram da faculdade constitucional de organizar os seus próprios quadros, conforme se infere do *caput* do art. 73 da Constituição vigente.

Há que se notar, portanto, a “*voluntas constitutionis*” no sentido de dotar a Corte de Contas com instrumentos propiciadores de sua total independência, garantindo, destarte, o pleno e eficaz cumprimento de sua alta-nreira função constitucional.

6. *Natureza de seus atos*

A doutrina, não só no atual sistema constitucional, como também nos antecedentes, não tem sido uníssona no que tange à natureza de alguns dos atos praticados pelo Tribunal de Contas. Parte dela entende que no âmbito daquela Corte, além de serem praticados atos administrativos, também o são os de natureza jurisdicional, enquanto que outra parcela entende que todos os seus atos são de natureza administrativa.

Entre aqueles que vislumbram funções jurisdicionais praticadas pelo Tribunal de Contas, encontram-se CASTRO NUNES, PONTES DE MIRANDA, CARLOS CASIMIRO COSTA, VIVALDI MOREIRA, ROBERTO ROSAS etc.¹⁰

10 Castro Nunes, “Do mandado de segurança”, 5ª ed., Forense, 1956, p. 291, *apud* José Cretella Júnior, *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*, RDA 166:4; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed., Max Limonad, 1953, v. 2, p. 338, *apud* José Cretella Júnior, *id. ibid.*; Carlos Casimiro Costa, “Funções jurisdicionais e administrativas dos Tribunais de Contas”, RDA 53:29; Vivaldi Moreira, “Competências dos Tribunais de Contas”, RT 362:48; Roberto Rosas, “Aspectos jurisdicionais da competência do Tribunal de Contas”, R. TCDF 1:107.

Por outro lado, entre aqueles que admitem tão apenas a Corte de Contas como detentora de funções administrativas, possível se faz citar, entre outros, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, FUED MIGUEL TEMER, SEABRA FAGUNDES, JOSÉ AFONSO DA SILVA, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, MICHEL TEMER e LÚCIA DO VALLE FIGUEIREDO¹¹.

Ora, preliminarmente há se lembrar que, no regime jurídico constitucional brasileiro, a *jurisdição é una*. Ela somente é acometida aos órgãos do Poder Judiciário discriminados no art. 92 da Constituição¹². Só aos órgãos do Judiciário, portanto, cabe o *juris dicere*. Como o Tribunal de Contas não é órgão do Poder Judiciário, não se encontrando arrolado no referido dispositivo constitucional, mas sim incluído em uma das seções do capítulo referente ao Poder Legislativo, já se pode descartar de plano que possua ele natureza jurisdicional.

Mas ocorre que, mesmo afastando o Tribunal de Contas do capítulo relativo aos órgãos integrantes do Poder Judiciário, o que, repita-se, já parece evidenciar a vontade do legislador constituinte em não lhe conferir funções jurisdicionais, acabou ele por se utilizar de vocábulos inadequados ao tratar, nos arts. 71 e 73, do Tribunal. Realmente, o próprio termo "Tribunal" e ainda a sua atribuição de "julgar" (arts. 71, II, e 72, § 2.º), entre outros, dão azo àquele tipo de interpretação. Daí, com acerto, dizer CRETELLA JÚNIOR: "Terminologia ou nomenclatura dúbia, inadequada, para não dizer imprópria ou incorreta, eis o primeiro fator que influi sobre a posição dos que defendem a *natureza jurisdicional* do Tribunal de Contas"¹³.

Entretanto, a designação "Tribunal" não é, por certo, suficiente para que se afirme que a Corte de Contas possua natureza ou funções jurisdicionais, uma vez que outros órgãos existem, recebendo igual nomeação, e nem por isso há quem ouse em atribuir-lhes tais características, como, por exemplo, nos casos dos Tribunais de Impostos e Taxas e do Tribunal de Justiça Desportiva.

11 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "Tribunais de Contas — natureza, alcance e efeitos de suas funções", *RDP* 73:185; Themístocles Brandão Cavalcanti, ob. cit., pp. 3-5; Fued Miguel Temer, "Natureza das funções do Tribunal de Contas", *R. IDP* 1:77-9; Seabra Fagundes, ob. cit., pp. 136-41; José Afonso da Silva, ob. cit., p. 269; José Cretella Júnior, ob. cit., pp. 1-16; Celso Antônio Bandeira de Mello, "Natureza e regime jurídico das autarquias", p. 431; Michel Temer, ob. cit., p. 148; Lúcia Valle Figueiredo, "Tribunais de Contas Municipais", *RDP* 62:110.

12 Segundo o art. 92 da CF, são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

13 Ob. cit., p. 2.

É, mais precisamente, o vocábulo “julgar” que vem causando, já de longa data, aquele tipo de entendimento. A referida palavra é utilizada pelo constituinte, no inciso segundo do art. 71, ao atribuir à Corte de Contas o “julgamento” da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens ou valores públicos, bem como, no sistema constitucional anterior e até o advento da Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, o “julgamento” da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões (antiga redação do art. 73, § 8.º, da CF de 1967 com a redação imposta pela EC n.º 1/69).

Em nenhuma das hipóteses, todavia, está-se diante de uma função formal ou materialmente jurisdicional; em caso algum há a *res judicata*, o traço marcante e inconfundível do ato judicial, consistente no característico da imutabilidade do decidido.

Tanto é verdade que o julgamento realizado pelo Tribunal de Contas não faz coisa julgada que, em caso de haver lesão a direito individual do ordenador da despesa ou do responsável por dinheiros, bens ou valores públicos, poderá a questão ser submetida ao Judiciário, com supedâneo no princípio constitucional de que nenhuma lesão ao direito individual poderá ser excluída da apreciação deste poder. Nesse sentido é a lição de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO¹⁴: “Ora, em entendendo o agente público, cujas contas deixaram de ser aceitas pelo Tribunal de Contas, que com isso se acarretou lesão ao seu direito de defesa e de que a comprovação do fato argüido não é verdadeira, há de permitir-se ao Judiciário, sempre, o seu exame, sob pena de lesão desse direito individual deles, seja na argüição de ilícito cível ou criminal”.

O mencionado “julgamento”, pois, nada mais é do que emissão de juízo positivo ou negativo acerca da adequação de algum ato administrativo praticado.

Impossível é atribuir ao “julgamento das contas” realizado pelo Tribunal a força de sentença. Na verdade, quanto às referidas contas, o órgão fiscalizador “apura da veracidade delas para dar quitação ao interessado, em tendo-as como bem prestadas, ou promover a condenação criminal ou civil do responsável verificando o alcance. Apura fatos. Ora, apurar fatos não é julgar”¹⁵.

O aludido “julgamento”, vale dizer, pode, quando muito, ser considerado como “competência final na ordem administrativa”¹⁶ sobre as contas dos ordenadores de despesas e outros responsáveis, porquanto, relativamente ao aspecto da legalidade, pode ser, eventualmente, objeto de apreciação pelos órgãos judiciais.

14 Ob. cit., p. 191.

15 Id. *ibid.*, p. 189.

16 Id. *ibid.*, p. 186.

Sobre o assunto, pontificou FUED MIGUEL TEMER, que “o Tribunal de Contas não pratica atos jurisdicionais, destinados a *dirimir* as controvérsias oriundas da aplicação da norma abstrata aos casos ocorrentes, nem geram eles a coisa julgada”¹⁷.

Na mesma linha, já ressaltara também CRETELLA JÚNIOR: “Nenhuma das tarefas ou atividades do Tribunal de Contas configura *atividade jurisdicional*, pois não se vê, no desempenho dessa Corte de Contas, nem autor, nem réu, nem propositura para obter *prestação jurisdicional*, nem inércia inicial, nem existência de órgão integrante do Poder Judiciário, nem julgamento de crimes contra a administração”¹⁸. Aliás, afirma o publicista que “somente quem confunde *administração* com *jurisdição* e *função administrativa* com *função jurisdicional* poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas do Brasil são de *natureza judicante*. Na realidade, nenhuma das muitas e relevantes atribuições da Corte de Contas entre nós é de *natureza jurisdicional*. A Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas suas funções, sem exceção, são de *natureza administrativa*”¹⁹.

A vista do exposto, afastada fica toda e qualquer concepção tendente a atribuir função jurisdicional ao Tribunal de Contas. Aquele ato que, equivocada e erroneamente, resolveram os constituintes designar por “julgamento”, nada mais é do que um ato de natureza administrativa, falecendo-lhes os caracteres inerentes ao ato judicial.

Aliás, o fato do “julgamento” realizado pela Corte de Contas constituir-se em ato administrativo, em nada deixa de dignificar as relevantes funções controladoras exercitadas, uma vez que dentre as funções estatais inexiste falar em maior ou menor importância; os atos de legislar, julgar e administrar são igualmente importantes.

7. Posicionamento diante dos poderes constituídos

Considerando-se o já expendido, é de se indagar: A qual dos poderes constituídos pertence o Tribunal de Contas? É ele órgão do Poder Judiciário, ou do Executivo, ou, então, do Legislativo? Ou, por outra, seria instituição constitucional independente, não inserida em nenhum dos poderes constituídos?

Há, efetivamente, uma certa diversidade de entendimentos no que pertine à posição institucional ocupada pelo Tribunal de Contas.

RUI BARBOSA, na exposição de motivos do já citado Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, dizia ser o Tribunal “corpo da

17 Ob. cit., p. 78.

18 Ob. cit., p. 13.

19 Ob. cit., p. 1.

magistratura intermediária à Administração e à Legislação (...), colocado em posição autônoma”, funcionando como “um mediador independente, auxiliar de um e outro”. Em outra oportunidade, asseverou que: “Tribunal é, mas Tribunal *sui generis*”²⁰.

Na mesma esteira classificava-o CASTRO NUNES: É um instituto *sui generis*, posto de permeio entre os poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles”²¹.

Realmente, considerando-se as lições desses dois antigos mestres, há que se vislumbrar efetivamente uma posição singular ocupada pela Corte de Contas: uma posição *sui generis*.

Sobreleva apontar, por oportuno, a existência de quem defenda ser o Tribunal de Contas um “poder”, ou seja, um órgão que escapa à tripartição formulada por MONTESQUIEU.

Dentre os que adotam este pensamento, possível é citar MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, que assim se pronunciou a respeito: “No meu entender, mesmo nos limites da fiscalização financeira e orçamentária, é um *poder* não enquadrado na clássica tripartição constitucional”²².

Com a devida vênia daqueles que perfilham esse entendimento, não pode, em face do contido em nosso sistema constitucional, ser o Tribunal de Contas alçado à condição de “poder”.

É a própria Constituição que obstaculariza tal pretensão, uma vez que expressamente prevê que os “Poderes” da União são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2.º). Ora, se a Lei Maior dispõe desse modo (tal qual as suas antecessoras), afigura-se impropriedade atribuir ao Tribunal de Contas a condição, ou mesmo o *status*, de “poder”. Os poderes constituídos são três e apenas três, conforme a manifesta vontade do legislador constituinte.

Se “poder” não é, indaga-se então se está o Tribunal de Contas alojado em um dos poderes constituídos?

Consoante o já referido, impossível é cogitá-lo como órgão integrante do Poder Judiciário. É a própria Constituição que tal impede, visto que não o enumera entre os órgãos componentes desse “poder”.

Por outro lado, insensato seria situá-lo no Poder Executivo. Isso porque é nesse “poder” que se concentram os atos controlados pela Corte de

20 *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. VI, p. 425, *apud* M. Seabra Fagundes, “Posição institucional dos Tribunais de Contas”, *R. TCU* 12:136.

21 *Teoria e prática do Poder Judiciário*, 1943, p. 25, *apud* M. Seabra Fagundes, *ob. cit.*, nota anterior, p. 4.

22 “Tribunal de Contas, órgão ou poder”, *R. TCERJ* 13:95.

Contas, é dizer, o Poder Executivo, por seus órgãos administrativos, é o produtor maior dos atos sujeitos ao controle financeiro e orçamentário do Tribunal, notadamente quando executa o orçamento. Ora, se é principalmente para a atividade exercida pelo Executivo que se volve com maior intensidade a tutela do Tribunal, inconcebível seria situá-lo no âmbito do referido “poder”.

Se se tem assente que o Tribunal de Contas não está contido no Poder Judiciário e tampouco no Poder Executivo, não se tem o mesmo em relação ao Poder Legislativo, uma vez que muitos existem que defendem pertencer ele a esse “poder”.

É de se crer que quem assim pense o faça movido por dois motivos: pela inserção da seção que trata do Tribunal de Contas no capítulo da Constituição referente ao Poder Legislativo, assim como pelo fato do controle externo do Congresso Nacional ser exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71, *caput*, da CF).

Quer parecer que, apesar da Corte de Contas estar contida no capítulo da Carta Magna que trata do Legislativo, tal fato não é suficiente para se poder afirmar que o citado órgão esteja inserido na estrutura desse “poder”. Aliás, o próprio Texto Constitucional, pode-se dizer, faz quedar essa idéia, pois aponta como únicos órgãos legislativos a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, que juntos compõem o Congresso Nacional (art. 44).

Já a mencionada inclusão naquele capítulo deve-se, com certeza, exclusivamente ao fato de que a função fiscalizadora de controle externo é atribuída ao Poder Legislativo, consoante já se tratou no início desse trabalho. Se a referida função compete precipuamente ao Legislativo e considerando-se a expressa previsão constitucional de que nesse mister contará tal “poder” com o auxílio do Tribunal de Contas da União, nada mais razoável que esteja este tratado no dito capítulo.

No entanto, a condição de órgão auxiliar do Poder Legislativo naquele controle não é bastante para determinar que o Tribunal faça parte daquele “poder”.

O Tribunal de Contas não se submete à vontade hierárquica do Legislativo. Inexiste qualquer vínculo de tutela ou de subordinação deste sobre aquele.

Ora, se ausentes tais traços — subordinação ou tutela — impossível é vislumbrar a Corte de Contas como órgão integrante do Poder Legislativo.

Porém nada obsta que, mesmo não sendo o Tribunal órgão do Legislativo, deste seja auxiliar na imprescindível função controladora.

Persiste, então, aquela Corte como exercente de uma atuação colaboradora junto ao Congresso Nacional, o que, importa repetir, realiza sem nenhum vínculo de subordinação.

Se o Tribunal de Contas não é um “poder”, nem tampouco integra nenhum dos três poderes constituídos, razão assiste a RUI BARBOSA, que, ao instituí-lo, proclamava-o *sui generis*. Deveras, peculiar é o posicionamento desse órgão controlador.

Ademais, convém dizer, goza o Tribunal de Contas de independência e autonomia incomparáveis, visto que, além das garantias conferidas aos seus membros (ministros), permite a Magna Lei que se auto-organize; mais ainda, o próprio assento constitucional, como já visto, acaba por se traduzir em singular garantia. É de se notar, portanto, que o constituinte procurou municiar o Tribunal de forma que atuasse com plena independência em seu mister fiscalizador, o qual, uma vez mais vale lembrar, se estende sobre os três “poderes”.

Impende mencionar que, no mesmo sentido da manifestação há pouco externada, são as palavras dos respeitadíssimos administrativistas CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e HELY LOPES MEIRELLES.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO já afirmou categoricamente que o Texto Constitucional pretérito “previu um órgão — o Tribunal de Contas — que não está estruturalmente, organicamente, albergado dentro destes três aparelhos em que se divide o exercício do Poder”. E mais: “Não há negar que a Carta Brasileira teve o manifesto intento de atribuir ao Tribunal de Contas formidável autonomia, revelando nisto o propósito de lhe conferir posição sobranceira, independente, ativa, que o capacitasse ao cumprimento de seus encargos”²³.

HELY LOPES MEIRELLES²⁴, no mesmo passo, partilhava de semelhante entendimento, posto que tinha no Tribunal um órgão independente, não subordinado a nenhum dos “poderes”.

Considerando-se que o Tribunal de Contas não é efetivamente um “poder” e, muito menos, encontra-se inserido na estrutura orgânica de qualquer dos poderes constituídos, há que se concluir ser o mesmo um órgão constitucional detentor de uma peculiar situação na organização estatal formulada pela Constituição da República, visto que refoge, pois, à clássica tripartição das funções estatais.

Aliás, já sob a égide do atual Texto Maior, e no mesmo sentido, é o pensamento de ODETE MEDAUAR²⁵, que, em recente trabalho, asseve-

23 “Funções do Tribunal de Contas”, RDP 72:136.

24 “Auditoria do Tribunal de Contas em departamento de Câmara Municipal”, RT 532:39.

25 “O controle da administração pública pelo Tribunal de Contas”, RIL 108:124.

rou configurar o Tribunal de Contas "instituição estatal independente", que se encontra desvinculada da estrutura de qualquer dos três Poderes.

8. *Natureza do Tribunal de Contas*

Em cotejo com o até aqui tratado, com especial atenção ao tópico que a este antecedeu, fácil fica perseguir e encontrar a natureza jurídica da Corte de Contas, a sua essência jurídica.

Importa retomar, portanto, os principais pontos da intimidade estrutural e funcional daquela Corte.

Trata-se, inafastavelmente, de instituição com assento constitucional que recebe suas elevadas atribuições diretamente da Carta Constitucional.

É, também, órgão de auxílio do Poder Legislativo em sua função fiscalizadora de controle externo, consoante o constitucionalmente expressado. Desse fato, convém assinalar, decorre sua fundamental importância no clássico sistema de "freios e contrapesos", uma vez que, sob aquela condição, assiste, em alto nível técnico, o controle procedido pelo Legislativo.

Não obstante a sua função de auxílio ao Poder Legislativo, a este não pertence; com certeza, consoante o já apontado, também não se encontra inserido nas estruturas orgânicas dos Poderes Executivo e Judiciário.

No desempenho das atribuições a ele diretamente conferidas pela Constituição, entre outras, fiscaliza os três "poderes" estatais: o Executivo, o Judiciário e o Legislativo.

Para que lhe fossem asseguradas plenas condições para o exercício fiel e independente do controle financeiro e orçamentário, atribuiu-lhe o legislador constituinte importantíssimas garantias: inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos aos seus membros, bem assim auto-organização, além do próprio assento constitucional ao órgão.

À vista de todas essas características, impossível é negar-lhe posição de relevo em nosso sistema jurídico constitucional.

Assim sendo, é de se ter o Tribunal de Contas como um órgão constitucional independente, cuja competência é diretamente outorgada pela Carta Magna, e que, em sua missão estritamente técnica de auxiliar o Poder Legislativo no controle externo da fiscalização financeira e orçamentária, não se submete a nenhum dos três "poderes" constituídos.

Em suma: possui aquela Corte a natureza jurídica de *órgão constitucional independente*, refugindo à clássica divisão formulada por MONTESQUIEU.

É esta, pois, a conclusão a que se chega após a análise efetuada.

9. Conclusões

a) na clássica teoria de MONTESQUIEU da tripartição das funções estatais tem-se como assente que ao Legislativo cumpre legislar, ao Executivo administrar e ao Judiciário julgar. No entanto, cabe também precipuamente ao Legislativo, enquanto órgão estatal de maior representatividade do povo, a função fiscalizadora;

b) ao Legislativo, no exercício dessa competência fiscalizadora, cumpre fiscalizar todos os atos que emanam do Executivo, inclusive da administração indireta, bem assim efetivar o controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da União;

c) a fiscalização financeira e orçamentária desenvolve-se de dois modos: 1.º) através do controle externo, que é exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas; 2.º) por meio do controle interno, que se desenvolve no bojo de cada um dos poderes constituídos, por seus próprios órgãos técnicos;

d) o controle externo compreende basicamente a apreciação das contas do Chefe do Executivo, as atividades de auditorias e inspeções financeiras e orçamentárias, o “julgamento” das contas dos responsáveis por bens e valores públicos, assim como a apreciação da legalidade dos atos de admissão e aposentadoria de pessoal;

e) conquanto a atuação do Congresso Nacional na fiscalização seja política, a do Tribunal de Contas é de cunho estritamente técnico;

f) o Tribunal de Contas, à exceção da Carta Imperial, sempre possuiu assento constitucional, do que se evidencia sua relevância no sistema constitucional brasileiro;

g) aos membros do Tribunal, que recebem a categorização de Ministros, são outorgadas as mesmas garantias atribuídas aos integrantes da magistratura. Ademais, possibilitou o constituinte que a Corte se auto-organizasse. Tem-se, destarte, a necessária independência para o pleno e eficaz cumprimento do mister fiscalizatório;

h) todos os atos e “julgamentos” realizados pelo Tribunal possuem natureza administrativa. Não há como querer se lhe atribuir natureza ou função jurisdicional com amparo em designações errôneas e equivocadas utilizadas pelo legislador constituinte;

i) além do mais, impropriedade é a afirmação relativa às notas jurisdicionais, visto que, organicamente, o Tribunal de Contas não se encontra entre os órgãos constitucionalmente arrolados como judiciais; por outra, a apreciação sobre as contas do responsável por bens ou valores públicos não faz *res judicata*, características do ato jurisdicional. Todos os seus atos, pois, podem eventualmente ser submetidos ao Judiciário, uma vez que a este

último não escapam à apreciação os atos lesivos aos direitos individuais. De modo geral, também, sofre a revisão judicial quando seus atos forem afetados de vícios e ilegalidades;

j) o referido "julgamento" realizado pelo Tribunal de Contas é um juízo positivo ou negativo acerca da adequação dos atos administrativos praticados; é, como bem lançado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, uma "competência final na ordem administrativa";

l) impossível é também, em face do Texto Constitucional, atribuir à Corte de Contas a condição de "poder";

m) também não procede integrá-lo na estrutura orgânica de qualquer um dos poderes constituídos: não pertence nem ao Judiciário, nem ao Legislativo e nem tampouco ao Executivo;

n) a condição de auxiliar do Legislativo não é suficiente para integrar o Tribunal neste Poder, já que inexistente é qualquer submissão hierárquica ou tutelar. Muito pelo contrário, o Legislativo, como os demais poderes constituídos, é que se submete ao controle fiscalizador exercido pelo Tribunal de Contas. Além do mais, o art. 44 da CF, ao ditar que são órgãos do Legislativo apenas o Senado e a Câmara dos Deputados, acaba por excluí-lo da estrutura deste "poder";

o) como não é "poder" e tampouco está subordinado a qualquer um dos três poderes constituídos, resta ao Tribunal a condição de órgão constitucional independente;

p) sua independência é inegável, pois, como já referido, aos seus membros são conferidas as mesmas garantias outorgadas aos magistrados, bem como lhe é assegurada a auto-organização. A esses dois atributos é ainda de se acrescentar o próprio assento constitucional, fato de suma relevância e importantes repercussões;

q) é de se entender o Tribunal de Contas como um órgão constitucional independente, cuja competência é diretamente outorgada pela Carta Magna, e que, em sua missão estritamente técnica de auxiliar o Legislativo no controle externo da fiscalização financeira e orçamentária, não se submete a nenhum dos poderes constituídos;

r) sua natureza jurídica é, pois, de órgão constitucional independente.

Bibliografia

ANHAYA MELLO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo, s. ed., 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Funções do Tribunal de Contas", *RDP* 72:133-50, out./dez. 1984.

- _____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. "Tribunais de Contas — natureza, alcance e efeitos de suas funções", *RDP* 73:181-92, jan./mar. 1985.
- BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. "A fiscalização ou controle da administração pública. O controle financeiro da administração descentralizada", *R. TCMSP* 22:14-20, abril de 1978.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1982.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. "O Tribunal de Contas — órgão constitucional — funções próprias e funções delegadas", *RD* 109:1-10, jul./set. 1972.
- CRETELLA JÚNIOR, José. "Natureza das decisões do Tribunal de Contas", *RD* 166:1-16, out./dez. 1986.
- COSTA, Carlos Casimiro. "Funções jurisdicionais e administrativas dos Tribunais de Contas", *RD* 53:29-55, jul./set. 1958.
- FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. "Tribunais de Contas Municipais", *RDP* 62:101-10, abr./jun. 1982.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. "Tribunal de Contas, órgão ou poder", *R. TCERJ* 13:95-102, julho de 1982.
- LAUBÉ, Vitor Roif. "Sistemas constitucionais estrangeiros e órgãos de controle financeiro e orçamentário", *RIL* 101:161-72, jan./mar. 1989.
- MEDAUAR, Odete. "Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas", *RIL* 108:101-26, out./dez. 1990.
- MEIRELLES, Hely Lopes. "Auditoria do Tribunal de Contas em departamento de despesa de Câmara Municipal", *RT* 532:35-46, fevereiro de 1980.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 11ª ed. atualizada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.
- MOREIRA, Vivaldi. "Competências dos Tribunais de Contas", *RT* 362:48-60, dezembro de 1965.
- ROSAS, Roberto. "Aspectos jurisdicionais da competência do Tribunal de Contas", *R. TCDF* 1:105-13, 1975.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. "Posição institucional e competência dos Tribunais de Contas", *R. TCU* 12:3-9, dezembro de 1975.
- _____. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. V. 1.
- TEMER, Fued Miguel. "Natureza das funções do Tribunal de Contas", *R. IDP* 1:75-80, out./dez. 1966.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 3ª ed., 2ª tir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

Origem dos Tribunais de Contas

Evolução do Tribunal de Contas no Brasil

JARBAS MARANHÃO

Secretário de Estado. Deputado Constituinte em 1946. Senador. Presidente do Tribunal de Contas. Professor de Direito Constitucional e membro da Academia Pernambucana de Letras

A origem dos Tribunais de Contas remonta à França. Neste País a Corte de Contas surgiu a 16 de setembro de 1807, criada por NAPOLEÃO BONAPARTE que, a respeito, disse em pronunciamento que se acha insculpido nos *Invalides*, de Paris:

“Quero que mediante uma vigilância ativa seja punida a infidelidade e garantido o emprego legal dos dinheiros públicos.”

A Holanda cria o seu Instituto em 1820.

Mais tarde o art. 116 da Constituição Belga de 1831 o instituiu, embora decreto de 1830 já determinasse a organização do Tribunal que, todavia, só veio a ser organizado mediante uma lei orgânica de 1846.

Outra nação pioneira é a Itália, que se orientou a princípio de acordo com o modelo francês, estabelecendo, porém, a partir de 1862, regime próprio.

As Cortes de Contas se estenderam por quase todos os países do mundo civilizado, adotando variações dos três modelos clássicos: o francês, o italiano e o belga.

Mesmo nesses países, que marcaram os tipos tradicionais, ocorreram variações.

Diz, por exemplo, o Professor PAULINO JACQUES que a França com a Constituição de 1946 e a Itália com a de 1947 aproximaram-se do sistema belga.

A França adotou o sistema do controle *a posteriori*. Existem muitas críticas, a exemplo do que disse Rui Barbosa: "Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia ou impotente."

A Itália optou pelo exame prévio dos atos da despesa e pelo veto absoluto com o que fica irremediavelmente impedido o ato vetado.

O sistema belga preferiu o exame prévio, com veto relativo e registro sob protesto.

Esse modelo tem sido considerado pela doutrina melhor que o francês, que não evita as ilegalidades, apenas podendo punir os responsáveis; e superior ao italiano, porque evita conflitos e o emperro da administração, sem sacrificar o controle e o Tesouro.

Evolução do Tribunal de Contas no Brasil

Como sabemos o Tribunal de Contas no Brasil somente foi criado depois de proclamada a República.

Foi RUI BARBOSA, Ministro da Fazenda, no Governo Provisório, quem redigiu as normas de sua criação, mediante o Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890.

São uma peça magistral os fundamentos da exposição de motivos.

O decreto seguiu o sistema belga e dizia que o novo órgão objetivava o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita e à despesa.

RUI designou uma Comissão incumbida de regulamentar o Instituto, mas essa Comissão foi extinta, a 12 de fevereiro de 1891, pelo Ministro da Fazenda que o sucedeu na Pasta.

Não obstante, a Constituição de 24 de fevereiro, daquele ano, dispunha em seu art. 89:

"É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e da despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros desse Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado, e somente perderão seus lugares por sentença."

Verifica-se que a Constituição instituiu o que fora anteriormente criado por decreto do Governo Provisório.

RUI não deixa passar o lapso quando observa:

“A República estava em maré de idéias generosas. Ia a Constituição reforçar o júri com a sanção Constitucional. Ia abolir constitucionalmente a pena de morte. Ia decretar, no pacto fundamental, a substituição da guerra pelo arbitramento. Natural era que lhe sorrisse também, como um atavio a mais para as galas de sua obra, a inovação fiscal destinada a coarctar os abusos do Governo contra o orçamento. Elevou-se, pois, no Tribunal de Contas. Dir-se-ia que se tomara por ele até de ciúmes. Quisera tê-lo criado, para não ter, nesse merecimento, rivais. Tal satisfação do amor próprio lhe não permitia o fato oficial da pré-existência dessa instituição. Tudo podem, porém, as Constituições. A de 1891 eliminou o fato, graças a uma pia mentira, declarando criar a instituição já criada. “É instituído”, diz, “um Tribunal de Contas”; quando, se houvesse de ser veraz, como especialmente das Constituições se deve supor, teria que dizer, como a respeito do júri: “É mantido.”

Logo depois o Governo editou o Regulamento n.º 1.166, de 17 de dezembro de 1892, dispondo sobre o Tribunal de Contas, atribuindo-lhe exame prévio e veto absoluto.

E mais: sem que disso a Constituição houvesse cogitado, conferiu-lhe o poder, uma “jurisdição” para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou valores públicos, emprestando às suas decisões força de sentença, pois, conforme o art. 29, o Tribunal de Contas funcionaria como fiscal da administração financeira e como Tribunal de Justiça, com jurisdição contenciosa e graciosa.

Todavia nosso Tribunal é uma entidade distinta das que compõem o Poder Judiciário.

Não está enumerado pela Constituição entre os órgãos daquele Poder.

Ou como diz RUI BARBOSA:

“Tribunal é, mas Tribunal *sui generis*, que a Constituição não submete ao organismo do Poder Judiciário, antes o remove dali para um lugar distinto.”

Essas atribuições foram confirmadas pela Lei Orgânica n.º 392, de 8 de outubro de 1896, lei que optou pelo sistema de exame prévio e veto relativo ou de registro sob protesto, sendo que legislação posterior, introduzindo exceções ao exame prévio, tornou eclético o sistema brasileiro.

O Texto Supremo de 1934 constitucionalizou a atividade judicante das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, acentuando, como diz Cretella Júnior, o elemento judiciário que o Tribunal já tinha, inclusive pelo modo de composição e garantia de seus membros.

A Constituição de 1937 manteve, no art. 114, a mesma orientação.

A Constituição de 1946 é o ponto alto dos Tribunais de Contas, conjugando todos os elementos dos sistemas clássicos: exames prévio e posterior, veto absoluto, veto relativo com registro sob protesto, tudo dependendo da natureza dos atos jurídicos e fatos administrativos e seus aspectos.

A Constituição de 1967 alterou o sistema, como resultado da experiência colhida pelos próprios Tribunais.

Inclinou-se pelo exame posterior, como se verifica pela redação do § 4.º do art. 72:

“No exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal representará ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados.”

Também, como observa MÁRIO MASAGÃO, a suspensão dos efeitos de atos impugnados prevista no § 5.º do referido artigo é veto relativo, pois no § 8.º se diz que o Presidente da República poderá ordenar a respectiva execução *ad referendum* do Congresso.

A Constituição atual atendeu ao antigo pleito dos Tribunais de Contas, no que se relaciona com a sustação, por ilegalidade, dos contratos; ato de sustação que deve ser adotado diretamente pelo Poder Legislativo, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis. Mas se, no prazo de 90 dias, nada for providenciado por qualquer um daqueles poderes, o Tribunal decidirá a respeito, não mais ficando insubsistente as suas impugnações.

Destaque-se que os trabalhos de auditoria orçamentária, financeira e patrimonial não visam apenas a apurar a legalidade e legitimidade mas, também, como está no art. 70 do atual Texto Magno — a economicidade dos atos da administração, ou seja, os resultados da gestão em termos econômicos ou de crescimento.

Saliente-se na Constituição a instituição das funções de auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes, realizando o Tribunal as inspeções que se fizerem necessárias. Tal providência substitui, talvez, com vantagem, o registro prévio, pois o *poder de inspeção* se realiza *in loco*, sem provocar protelações no ritmo da administração.

Decisões dos Tribunais de Contas. Eficácia de Título Executivo

MÁRCIA FERREIRA CUNHA FARIAS

Procuradora do Ministério Público junto ao
Tribunal de Contas do Distrito Federal

“... um mediador independente, posto de permeio entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que cotidianamente a executa, auxiliar de um e outro, que comunicando com a legislatura e intervindo na administração, seja não só o vigia como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um veto oportuno.” RUI BARBOSA

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Tribunal de Contas — Tribunal Administrativo ou Tribunal Judiciário? III — Competência dos Tribunais de Contas. IV — Decisões dos Tribunais de Contas. V — Eficácia de título executivo das decisões dos Tribunais de Contas. VI — Títulos executivos judiciais e extrajudiciais. VII — Conclusão. VIII — Bibliografia.

I — Introdução

O tema em epígrafe é de relevância para as Cortes de Contas, pois diz respeito à própria consecução de seu fins. Que eficácia têm as decisões dos Tribunais de Contas se não tiverem execução simples, célere e imediata? Sentimos, dentre os eminentes membros do Tribunal de Contas do Distrito Federal, junto ao qual temos a honra de officiar, um anseio pela discussão dessa matéria. Também nos parece ter tido esse interesse

o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ao formular consulta a respeito do tema, ao Tribunal de Contas da União (Processo TCU n.º 004.280/89-0, Anexo III da Ata n.º 62, de 14-12-89, pub. no *DOU* de 15-1-90). Esperamos que o presente trabalho possa servir de norte à iniciação dos debates sobre o assunto.

II — *Tribunal de Contas — Tribunal Administrativo ou Tribunal Judiciário?*

Ao Poder Legislativo cabe votar e aprovar a lei orçamentária e, portanto, a ele compete fiscalizar sua execução.

2. A fiscalização dos gastos públicos pelo Parlamento vem historicamente alterando suas feições em correspondência às mudanças sofridas pelo próprio orçamento, que, com a evolução do Estado intervencionista, tem passado a espelhar toda a ação administrativa, e não apenas a receita e a despesa do Poder Público sob aspecto meramente contábil-financeiro.

3. A missão primeira do Poder Legislativo não é, entretanto, fiscalizar mas, sim, legislar. O complexo mecanismo de traduzir os anseios da sociedade — a cada dia mais diversificados — em atos legislativos consome os esforços dos membros do Parlamento, escolhidos, no Estado democrático, pelo próprio povo.

4. Assim, na fiscalização das contas públicas auxilia o Poder Legislativo órgão constitucionalmente criado para esse fim: o Tribunal de Contas.

5. Muito se discute acerca do posicionamento constitucional do Tribunal de Contas dentre os Poderes do Estado. A doutrina certamente não é pacífica, ora dizendo-o órgão de Administração preposto do Parlamento¹; ora considerando-o verdadeiro tribunal judiciário²; ora, ainda, como órgão intermediário.

6. Dentre os tratadistas que contribuíram para que se firmasse esse último posicionamento, citamos o Ministro CASTRO NUNES, que, em sua memorável obra *Teoria e Prática do Poder Judiciário* (Rev. Forensc. Rio de Janeiro, 1943), assim escreveu:

“Não é uma jurisdição administrativa, senão em certo sentido, sem confusão possível, entretanto, com as instâncias

1 J. CRETELLA JR., *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 10ª ed., 1989, p. 115.

2 MANUEL P. VILLABOIM, *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1983, p. 84.

administrativas que funcionam como órgãos subordinados ao Poder Executivo. Por isso mesmo a Constituição o instituiu com o caráter de uma verdadeira *magistratura*, equiparando os seus membros, para o efeito das garantias da função, aos ministros do Supremo Tribunal.

Mas não basta isso para situá-lo no Poder Judiciário. Se o instituto está entre os poderes, é que a nenhum deles pertence propriamente, nem ao Judiciário, nem à administração como jurisdição subordinada, porque, já então, seria absurdo que pudesse fiscalizar-lhe os atos financeiros; nem mesmo ao Legislativo, com o qual mantém maiores afinidades.

As Cortes de Contas não são delegações do Parlamento, são *órgãos autônomos e independentes*. Mas existem em função da atribuição *política* dos Paramentos no exame das contas de cada exercício financeiro. É esse, na teoria do instituto, o *traço fundamental*. Na sua função cotidiana, quer na fiscalização financeira, quer na tomada das contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, ele serve a esse objetivo que lhe explica a destinação, como *órgão auxiliar e preparador* daquela função. (...)

Ora, sendo o Tribunal de Contas um *órgão* coordenado com o Parlamento no desempenho de uma função deste, é bem de ver que não pode ser tribunal judiciário, isto é, *órgão do Poder Judiciário*, por óbvias razões." (Pp 25 e 26 — grifos do original).

7. A jurisprudência dos Tribunais Judiciários, por evidente, reluta em reconhecer o Tribunal de Contas como *órgão do Poder Judiciário*.

8. Certo é que, à luz da Constituição de 1988, que arrola, em *numerus clausus*, os *órgãos do Poder Judiciário* (art. 92), *dele não faz parte o Tribunal de Contas*.

9. Por outro lado, também não integra o Tribunal de Contas o Poder Executivo ou o Poder Legislativo, pois não administra nem legisla. Não elabora a lei, nem a executa.

10. Embora a Constituição faça menção ao Tribunal de Contas no Capítulo I do Título IV — Do Poder Legislativo — não se pode afirmar, com propriedade, que o *órgão* faça parte daquele Poder.

11. Estamos em que o Tribunal de Contas realmente não integra nenhum dos três Poderes do Estado, sendo intermediário entre eles e constituindo-se mesmo em um quarto Poder.

12. Assim, julga as contas, no que auxilia o Legislativo, fiscaliza o Executivo e exerce juízo constitucional privativo, que subtrai ao Judiciário a possibilidade de apurar alcance ou liberar responsáveis.

III — *Competência dos Tribunais de Contas*

13. No sistema constitucional da Carta de 1988, define-se a competência do Tribunal de Contas da União no art. 71:

“O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I — apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II — julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III — apreciar para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV — realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão Técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V — fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI — fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII — prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamen-

tária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII — aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX — assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X — sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI — representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.”

Idêntica competência é atribuída aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito de sua jurisdição (art. 75).

14. Não há relação de subordinação ou hierarquia entre as decisões dos Tribunais de Contas estaduais ou do Distrito Federal e o Tribunal de Contas da União. Cada qual tem jurisdição própria e profere decisões soberanas e finais.

IV — *Decisões dos Tribunais de Contas*

15. Quando o órgão fiscalizador *julga as contas* exerce função jurisdicional, de sua competência exclusiva.

16. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, com merecida autoridade, não hesita em reconhecer essa atribuição:

“E não vejo motivos para recusar ao Tribunal de Contas função jurisdicional, em certos casos, porque a unidade de jurisdição não existe entre nós depois que as Constituições e as leis ordinárias criaram as jurisdições administrativa, judiciária, do Trabalho, militar, cada qual com o seu sentido específico e sofrendo as restrições admitidas na Constituição e nas leis.

É assim que a Justiça do Trabalho não tem a competência e as prerrogativas da Justiça Comum (art. 139 da Constituição)”. (Parecer n.º 17/0, da Consultoria da República, exarado em 4-7-1945.)

17. Verificando-se essa competência constitucional exclusiva para julgar as contas, segue-se que não cabe ao Poder Judiciário rever as decisões dos Tribunais de Contas nessa matéria, salvo se desrespeitado procedimento normativo ou em caso de manifesta ilegalidade.

18. SEABRA FAGUNDES, em sua festejada obra *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, assim ensina:

“Não obstante isso, o art. 71, § 4.º, lhe (ao Tribunal de Contas) comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos, o que implica em investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra *juízo*, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.” (Ed. Forense, Rio de Janeiro, 4.ª ed., 1967, pp. 141 e 142 — grifo do original.)

19. Em conferência pronunciada durante a realização do VIII Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, pronunciou o renomado jurista:

“Ao Poder Judiciário não compete rever as manifestações das Cortes de Contas, nesse particular, senão acolhê-las como elemento válido, já assente, para favorecer ou comprometer aquele que vá, ou seja chamado a juízo, em torno de dinheiros ou valores públicos em geral, confiados à sua gestão ou guarda.”

20. E citando outros dois não menos ilustres juristas, ratificou seu posicionamento:

“Assim sendo, o que assentarem os Tribunais de Contas obriga o juízo criminal na caracterização do delito de peculato. Este há de aceitar o que se contém nas decisões deles sobre as contas dos réus, como apuração preestabelecida de requisito de fato necessário à integração de delito (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição* de 1946, 1.ª edição, vol. II, p. 99). Outro reflexo da definitividade do julgamento das contas manifesta-se na execução judicial para reposição do valor de alcance. A iliquidez da dívida, acaso argüida, não pode ensejar a reabertura do processo de tomada de contas. Ocorre aí uma limitação necessária à amplitude da defesa assegurada ao executado (CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1.ª edição, pp. 32/33).” (Rev. do TCU n.º 12, 1975, p. 5.)

21. Na jurisprudência, encontramos ponto de vista semelhante, do qual citamos apenas três exemplos, embora não seja pequeno o número de julgados nesse sentido:

“Tribunal de Contas. Julgamento das contas de responsável por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS 6.960, 1959), ou manifesta ilegalidade (MS 7.280, 1960).” (STF-RE n.º 55.821 — Paraná — Rel. Ministro Victor Nunes Leal — Aud. de Publ. de 22-11-67.)

“Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tina de ilegalidade manifesta.” (STF-MS n.º 7.280 — Estado da Guanabara — Relator Min. Henrique D’Ávila — RTJ, vol. 14, julho/setembro de 1960, p. 96.)

“Tribunais de Contas — Imposto de Renda — Decreto-Lei n.º 2.019/83.

Natureza das funções exercidas pelos Tribunais de Contas. Caráter jurisdicional limitado ao julgamento das contas. (...)” (TFR-REO n.º 114.417 — Ceará — Rel. Ministro Eduardo Ribeiro — Publ. no DJ em 17-12-87.)

V — Eficácia de título executivo das decisões dos Tribunais de Contas

22. Julgadas irregulares as contas, deverá o responsável repor o prejuízo experimentado pelo Erário. Ocorre que, por vezes, não o faz, espontaneamente, e, esgotados os meios ao alcance do Tribunal de Contas para recomposição do patrimônio público, torna-se imperioso executar, por meio do Poder Judiciário, o acórdão condenatório.

23. Com o objetivo de conferir aos Tribunais e Conselhos de Contas os meios necessários à consecução de sua missão institucional, o legislador constituinte imprimiu na Carta de 1988 a norma do § 3.º do art. 71, aplicável a todos os Tribunais e Conselhos de Contas por força do art. 75, *caput*. Desta forma, estatuiu-se que “as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.”

24. A matéria nem sempre foi tão pacífica.

25. Com efeito, dispõe o Decreto-Lei n.º 960, de 17-12-38, que “a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios), em todo o território nacional, será feita por ação executiva, na forma desta lei. Por dívida ativa entende-se, para esse

efeito, a proveniente de impostos, taxas, contribuições e multas de qualquer natureza; foros, laudêmios e alugueres; *alcances dos responsáveis e reposições*" (art. 1.º — grifamos).

26. O § 2.º do art. 2.º daquela norma dispensava a inscrição prévia da dívida proveniente de alcance ou de contrato. O Decreto-Lei n.º 474, de 19-2-69, entretanto, revogou aquele dispositivo, tornando necessária, por isso, a inscrição em dívida ativa.

27. Posteriormente, com a edição da Lei n.º 6.822, de 22-9-80, relevou-se a necessidade de quaisquer formalidades no que diz respeito às decisões do Tribunal de Contas da União:

"Art. 1.º As decisões do Tribunal de Contas da União condenatórias de responsáveis em débito para com a Fazenda Pública tornam a dívida líquida e certa e têm força executiva, cumprindo ao Ministério Público Federal, ou, nos Estados e Municípios a quem dele as vezes fizer, ou aos procuradores das entidades da administração indireta, promover a sua cobrança executiva, independentemente de quaisquer outras formalidades, na forma do disposto na alínea *c* do art. 50 do Decreto-Lei n.º 199, de 25 de fevereiro de 1967."

28. Após a entrada em vigor da Lei n.º 6.822/80, a jurisprudência não hesitou, à evidência, em reconhecer o texto cristalino da norma, aplicável, contudo, apenas às decisões do TCU:

"(...) As decisões do Tribunal de Contas da União condenatórias dos responsáveis em débito para com a Fazenda Nacional tornam a dívida líquida e certa e têm força executiva (...)." (AC n.º 85.998 — Rio de Janeiro — Rel. Min. Sebastião Reis *DJ* de 3-4-86.)

"(...) Decisão do Tribunal de Contas da União é título extrajudicial, com força executiva (CPC, art. 585, VII, *c/c* arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 6.822/80) (...)." (AC n.º 69.498 — Rio de Janeiro — Rel. Min. Pedro Acioli — *DJ* de 29-9-84.)

"Dívida Ativa. Débito fixado por decisão do Tribunal de Contas da União.

— *Cobrança*. Embora que não compreendidos como dívida tributária, é certo que os débitos provenientes de alcance ou reposição, apurados pelo TCU, qualificam-se legalmente como 'dívida ativa' (DL n.º 960/38, art. 1.º, DL n.º 199/67, art. 50, Lei n.º 6.822/80, art. 1.º; e Lei n.º 6.830/80, art. 2.º, § 1.º), cuja cobrança executiva não refoge ao conceito da 'ação fiscal' referida pela

Constituição (art. 126) para efeito de competência.” (AI n.º 41.874 — Espírito Santo — Rel. Min. José Fernandes Dantas — DJ de 16-9-82.)

29. De outra parte, reconhecia a jurisprudência que, até a vigência da Lei n.º 6.822/80, a inscrição da dívida fazia-se necessária.

PROCESSUAL CIVIL. ALCANCE. INSCRIÇÃO DA DIVIDA. Decreto-Lei n.º 960, de 1938. Decreto-Lei n.º 474, de 1969. Lei n.º 6.822, de 22-9-80.

“I — do Decreto-Lei n.º 474, de 1969, que revogou o § 2.º do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 960, de 1938 (Decreto-Lei n.º 474/69, art. 6.º), até que veio à lume a Lei n.º 6.822, de 22-9-80, a inscrição da dívida proveniente de alcance era pressuposto de execução fiscal;

II — nulidade, no caso, da execução (CPC, arts. 585, VI, 586, 614, I, e 618, I);

III — recurso provido.”

(AC n.º 70.258 — Distrito Federal — Relator Min. Carlos Mário Velloso — DJ de 10-12-81.)

30. Destarte, conclui-se que, a partir da vigência daquele Decreto-Lei n.º 474, de 19-2-69, tornou-se necessária a inscrição da dívida, proveniente de alcance, da Fazenda Pública dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

31. Permitimo-nos, não obstante, discordar dessa exigência, pois:

a) as decisões do Tribunal de Contas da União não são, em sua essência, diferentes daquelas proferidas pelos demais Tribunais e Conselhos de Contas;

b) a inscrição da dívida constitui ato de controle administrativo (§ 3.º do art. 2.º da Lei n.º 6.830, de 22-9-80), e o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas sobrepõe-se àquele.

32. Parece-nos pertinente, aqui, fazer menção à decisão proferida pela 2.ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, adotando parecer da d. Procuradoria de Justiça, deu provimento à Apelação Cível n.º 17.878/88, em Embargos de devedor. Assim escreveu o d. parecerista:

“COM EFEITO, o acórdão do TCDF jamais constituirá título executivo judicial; também aos autos não veio eventual sentença penal, condenatória e definitiva, atinente ao alcance malsinado. (...)

ADEMAIS, é insubsistente a *analogia* que se busca inculcar com as decisões definitivas do Eg. *Tribunal de Contas da União*, condenatórias de responsáveis por alcances praticados contra a Fazenda da União, suas autarquias e fundações por ela instituídas ou mantidas, julgados os quais, face à Lei n.º 6.822, de 22-9-80, tornam a dívida líquida e certa e têm força executiva.

É QUE, *data vênia*, ante o Código de Processo Civil, art. 585 VII, são títulos executivos extrajudiciais: '... todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva'.

NO PARTICULAR, observa Theotonio Negrão (17.ª Edição, atualizada até 5-1-87, nota 29, p. 267), 'federal e não estadual cu municipal' (Bol. AASP ... 1.027/127).

TAMBÉM não discrepa, a propósito, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*Comentários*... VI Vol., Forense, 1987, p. 375):

"... Tudo dependerá, para ser movida a execução fora do elenco do art. 585, que a lei especial atribua, e expressamente, em cada caso, força executiva ao título..."

33. Importa ressaltar que o v. acórdão do E. Tribunal de Justiça do DF refere-se a decisão do E. Tribunal de Contas do DF anterior à Carta de 1988. Faltava àquele, portanto, poder-se-ia alegar, requisito formal, ou seja, inscrição em dívida ativa. A nosso ver, conforme já tivemos oportunidade de demonstrar, a própria natureza das decisões dos Tribunais de Contas dispensa tal exigência, pois a inscrição constitui-se em ato de controle administrativo da legalidade (§ 3.º do art. 2.º da Lei n.º 6.830/80), e o controle externo realizado pelos Tribunais de Contas sobrepõe-se a esse.

34. A Constituição de 1988 veio dirimir as dúvidas a respeito da questão: têm eficácia de título executivo as decisões, de que resulte imputação de débito ou multa, dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios (art. 71, § 3.º, c/c art. 75 *caput*).

VI — Títulos executivos judiciais e extrajudiciais

35. Cumpre, contudo, indagar se o "título executivo" a que se refere o texto constitucional é judicial ou extrajudicial.

36. Utilizamo-nos, aqui, dos argumentos oferecidos pelo Dr. RAIMUNDO DE MENEZES VIEIRA, ilustre Auditor aposentado do Tribunal de

Contas do Distrito Federal que, de há muito, vem elucidando a questão, com particular brilhantismo.

“Na conformidade do nosso Código de Processo Civil, art. 583, toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial. A seguir, estabelece:

“Art. 584. São títulos executivos judiciais:

I — a sentença condenatória proferida no processo civil;

II — a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III — a sentença homologatória de transação, de conciliação, ou de laudo arbitral;

IV — a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal;

V — o formal e a certidão de partilha.”

Nesse passo, cedo a palavra ao consagrado Professor ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*Com. ao CPC*, Forense, 1987, vol. VI, p. 260), que assim preleciona sobre os títulos executivos judiciais:

“O dispositivo arrola, apenas, os títulos judiciais, isto é, os oriundos de um processo. A relação, aliás, é taxativa, dentro do Código, não permitindo interpretações extensivas e analógicas, pela própria índole da execução. O mesmo já não acontece com os títulos extrajudiciais, pois o elenco do art. 585 não se esgota por si mesmo, porquanto o inciso VII dá margem a que outros títulos, com força executiva, possam surgir, mas “por disposição expressa” de outra lei que não o próprio código. Mesmo, porém, quanto aos títulos judiciais, não há impedimento em que qualquer lei ordinária — como o Código é — conceda a uma outra sentença, fora das relacionadas, força executiva. Entretanto, tal situação apenas pode decorrer do texto do Código ou de outra lei que assim prescreve. Nunca atribuir força executiva a outro qualquer ato judicial não amparado por lei, por via de meras interpretações. A lei, portanto, é a única fonte para um título ter força executiva. Nem mesmo o acordo das partes permite tal condição.

Além das sentenças proferidas em processos judiciais, como título executivo por excelência, a Lei n.º 6.822, de 22-9-80 atribuiu a mesma força às decisões do Tribunal

de Contas da União (não as dos Estados), quando “condenatórias de responsáveis em débito para a Fazenda Pública”, tornando-se, assim, “dívida líquida e certa” (art. 1.º). Foi esclarecida, assim, a norma dúbia da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Decreto-Lei n.º 199, de 25-2-67, art. 50, c, que já autorizava a cobrança mas não o meio processual, que teria de ser por via do processo de conhecimento, por ausência de acolhimento expresso da ação executiva. É, por conseguinte, situação excepcional, dando força executiva a uma “decisão” fora de processo judicial, como é o normal e tradicional.””

37. Sobre a inscrição do débito proveniente de alcance como dívida ativa escreve o Dr. RAIMUNDO VIEIRA:

“O art. 1.º desta Lei n.º 6.822 revogou, a toda evidência, a exigência da inscrição, como dívida ativa, dos “alcances dos responsáveis definitivamente julgados”, constante do § 2.º do art. 39 da Lei n.º 4.320, de 1964. E o fez de maneira apropriada, porquanto a liquidez e certeza do débito, objeto da própria inscrição, já houvera sido apurada pelo Tribunal.

A inscrição de uma dívida ativa, a teor do § 3.º do art. 2.º da Lei n.º 6.830/80, se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, e é feita pelo órgão competente (de natureza administrativa) para apurar a liquidez e certeza do crédito. Ora, seria um contra-senso que um órgão do Poder Judiciário ou o Tribunal de Contas atestasse a liquidez e certeza de um débito mediante sentença ou decisão condenatória, e, ainda assim, esses títulos dependessem de “controle administrativo” para adquirir eficácia de título executivo.

No caso do Tribunal de Contas chegar-se-ia ao absurdo de o fiscalizado ter mais poder do que o órgão fiscalizador, porque a efetividade de suas decisões dependeriam de ato do jurisdicionado.

De sorte que as decisões do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia vinculativa plena, cabendo ao Ministério Público, ou aos procuradores das entidades da administração indireta, promover sua cobrança executiva, independentemente de quaisquer outras formalidades.” (“Tribunal de Contas: o valor de suas decisões”, *Revista de Informação Legislativa*, a. 27, n.º 106, abril/junho 1990, pp. 103 a 108).

38. A aceitabilidade das decisões condenatórias dos Tribunais de Contas como título executivo judicial repousa na identificação de sua função jurisdicional.

39. Conforme demonstramos acima, embora não seja órgão do Poder Judiciário, não há negar-se ao Tribunal de Contas função jurisdicional, ainda que limitada. Com efeito, a Corte de Contas julga, em definitivo, as contas. A exceção está inserida no próprio texto constitucional.

40. Por outro lado, o débito proveniente de alcance é, na jurisprudência dos Tribunais do Poder Judiciário, tradicionalmente identificado como dívida ativa, ainda que dispensadas as formalidades prescritas na Lei n.º 6.830, de 22-9-80. Mas não se poderia afirmar que o acórdão do Tribunal de Contas assemelha-se à certidão de dívida ativa da Fazenda Pública, correspondente a crédito inscrito na forma da lei (art. 585, inciso VI do CPC) porque, além de não constituir certidão, não precisa ser inscrito.

41. Disso conclui-se que, não se conformando as decisões dos Tribunais de Contas a nenhuma das hipóteses dos incisos I a VI do art. 585 do CPC, e dispondo a Constituição de 1988 sua natureza de título executivo, ter-se-ia de invocar o inciso VII daquele artigo para conferir-lhe força de título executivo *extrajudicial*. Reza o dispositivo:

“Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

.....
VII — todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”

42. A lei que dispõe a respeito da matéria é a multicitada Lei n.º 6.822/80 e a própria Constituição.

43. Assim sendo, as decisões condenatórias do Tribunal de Contas da União (Lei n.º 6.822/80 e Constituição de 1988) e dos demais Tribunais de Contas (Carta Magna) subsumem-se à regra do dispositivo do CPC supratranscrito.

44. Contudo, reconhecemos que, na esteira do pensamento já delineado pelo ilustre Dr. RAIMUNDO VIEIRA, nada impede que lei federal e nacional (art. 22, inciso I da Constituição) venha a atribuir natureza de título executivo judicial às decisões condenatórias dos Tribunais de Contas, pois estes exercem, indiscutivelmente, função jurisdicional.

VII — Conclusão

45. Em síntese, portanto, é indubitável que aos Tribunais de Contas é cometida atribuição constitucional de jurisdição limitada e especial, tendo suas decisões, de que resultam imputação de débito ou multa, natureza de título executivo, de eficácia plena (arts. 71, inciso II, § 3.º e 75 da Constituição).

46. Embora a Lei n.º 6.822/80 seja aplicável apenas às decisões do Tribunal de Contas da União, a reconhecida impossibilidade de os órgãos do Poder Judiciário reverem as decisões de qualquer Tribunal de Contas, e agora, o cristalino texto da Constituição tornam evidente que os acórdãos de todos os Tribunais e Conselhos de Contas têm eficácia de título executivo.

47. Em que pese inexistir lei dispondo expressamente sobre a natureza de título executivo *judicial* das referidas decisões, não há óbice constitucional para que tal norma venha a ser editada, uma vez que a própria Constituição (art. 71, inciso II), a doutrina e a jurisprudência dos órgãos do Poder Judiciário conferem e reconhecem aos Tribunais de Contas função jurisdicional especial.

48. Não tivemos a intenção, aqui, de esgotar o tema proposto. Esperamos, contudo, que a exposição da legislação pertinente à matéria, bem como a referência a parte da jurisprudência dos Tribunais do Poder Judiciário, possam contribuir a uma normatização ou uniformização do procedimento a ser adotado quando da execução dos acórdãos condenatórios dos Tribunais e Conselhos de Contas do Brasil, de forma simplificada e célere, objetivando-se, assim, que as Cortes de Contas possam, com efeito, desempenhar sua missão institucional.

49. Por fim, cumpre-nos lembrar que, no âmbito do Tribunal de Contas da União, cabe ainda ao Ministério Público promover a cobrança executiva (art. 1.º da Lei n.º 6.822/80 e art. 50, alínea c), atribuição esta que passará à Advocacia-Geral da União, quando regulamentada e implementada.

VIII — Bibliografia

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. "Pareceres da Consultoria da República", Parecer nº 17/0, de 4-7-1945.

CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 10ª ed., 1989.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1967.

NUNES, José de Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rev. Forense, Rio de Janeiro, 1943.

VIEIRA, Raimundo de Menezes. "Tribunal de Contas: O valor de suas decisões", *Revista de Informação Legislativa*, a. 27, n. 106, abril/junho 1990.

VILLABOIM, Manuel P. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1983.

O Dirigente Público e a Gestão Governamental dos Fundos Sociais na Administração Pública

ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI

A ação governamental, no âmbito da política fiscal, se manifesta em duas vertentes:

a) de um lado, trata de captar recursos, principalmente através da cobrança (compulsória) de tributos e contribuições;

b) de outro, procura aplicar esses recursos, de modo que possa atender às necessidades de bens e serviços públicos.

A amplitude dessa participação na economia de um país depende do papel atribuído ao Estado, que pode tanto produzir como adquirir esses bens e serviços, da mesma forma que vendê-los ou fornecê-los gratuitamente. Independentemente das concepções ideológicas, entretanto, a iniciativa e responsabilidade do Estado tendem a ser *mais reclamadas onde o nível das necessidades básicas das populações torna mais precárias as condições de vida e onde são maiores as desigualdades*. Assim, a natureza da intervenção governamental nos diversos países se diferencia em função dos graus de desenvolvimento alcançados e dos objetivos estabelecidos: crescimento econômico acelerado, melhoria das condições sociais, aumento do bem-estar e da qualidade de vida etc.

Na obtenção dos recursos, o princípio geralmente enunciado é o da *capacidade (individual) de contribuição: quanto maiores os rendimentos, o patrimônio, mais forte a tributação*.

Na alocação dos recursos, se a preocupação estiver voltada para as carências e desigualdades, o orçamento deverá buscar políticas compensatórias, isto é, beneficiando aqueles que não têm acesso aos bens e serviços essenciais e amenizando as desigualdades de oportunidades.

Assim, a despeito de se atribuírem várias funções ao Estado moderno no campo das Finanças Públicas — entre elas as de promover o desenvolvimento econômico e a estabilidade econômica — as questões relativas à redistribuição é que vão merecer a nossa maior atenção neste trabalho.

Neste ponto, é bom lembrar que o poder público não se financia apenas através da tributação, dispondo também de recursos que provêm da exploração de seu próprio patrimônio, ou mesmo endividando-se. E que, por outro lado, no modelo de estrutura político-administrativa brasileira, as responsabilidades pelos diferentes encargos se distribuem através das três esferas de competência — União, Estados/DF e Municípios — em que se estrutura nossa Federação. O DF, por sua condição peculiar, se confunde com os Estados e Municípios, especialmente quanto à sua competência tributária, embora seu grau de autonomia não seja tão amplo como o dos demais Estados federados, e boa parte de seus encargos estejam hoje sob responsabilidade da União.

No desempenho de sua competência, a Administração Pública se estrutura de tal modo que seus órgãos e entidades — constituindo a administração direta e indireta, além de outras vinculadas — se tornam responsáveis pelas atribuições de governo. Na elaboração do orçamento, esses órgãos e entidades constituem unidades (orçamentárias), e as ações que desenvolvem obedecem à chamada classificação funcional-programática, a cujos objetivos estão associados os respectivos recursos. Às vezes, esses recursos são destacados do orçamento, garantem o suprimento de determinadas unidades ou a realização de determinados programas, e podem ser geridos com maior flexibilidade. O título deste trabalho se refere à *Gestão de Fundos*, embora nossa abordagem não se limite àqueles formalmente constituídos, nos seus estritos termos.

A título de esclarecimento, entretanto, convém observar que o Decreto-Lei n.º 200/67, art. 172, com a redação do Decreto-Lei n.º 900/67, previu a existência dos órgãos autônomos, com peculiaridades de organização e funcionamento, e tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da Administração Direta. Com isso, o Poder Executivo ficava autorizado a instituir *fundos*, de natureza contábil, a cujo crédito se poderiam levar todos os recursos vinculados às atividades do órgão autônomo (inclusive a receita própria).

A legislação não é muito clara a respeito do assunto. O Decreto n.º 93.872/86, em seu art. 71, denominou de Fundo Especial “a modalidade de gestão de parcela de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos de política econômica, social ou administrativa do Governo”. Distingue os de natureza contábil, a que se refere especificamente, dos de natureza financeira, sendo constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis, desti-

nados a atender a saques, a serem efetuados diretamente contra o caixa do Tesouro Nacional.

Estas definições são consentâneas com a adoção dos princípios de universalidade e unidade aos orçamentos públicos, consagrados na Constituição de 1988 (art. 165, parágrafo 5.º). É que a lei orçamentária anual deve compreender todas as receitas e despesas, de todos os órgãos e entidades, dos três Poderes, incluindo os orçamentos fiscal, de investimento das estatais e da seguridade social.

Paralelamente, o art. 167, inc. IX, condicionou a instituição de quaisquer fundos à prévia autorização legislativa; eles proliferavam e se constituíam em mecanismos tendentes a possibilitar fuga aos controles formais, ordinários, e a vincular receitas, outra proibição genérica que a Constituição criou (art. 167, inc. IV), exceto partilhas e transferências expressamente mencionadas nos arts. 158 e 159, parcela destinada à manutenção e desenvolvimento do ensino — art. 212, e prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita — art. 165, parágrafo 8.º

Além do mais, os fundos existentes à data da promulgação da Constituição teriam dois anos para ratificação pelo Congresso, sob pena de extinção, exceto os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem à defesa nacional (art. 36 do ADCT).

A lei complementar que substituir a atual Lei n.º 4.320/64 deverá regular a matéria de forma mais clara, e a própria Lei Orgânica do DF poderá dispor sobre estas questões de natureza orçamentária e financeira no capítulo apropriado.

É bom notar que as restrições à criação de fundos atende ao princípio da não-vinculação ou não-afetação das receitas. Quanto maiores as vinculações, menor a flexibilidade para a (re) alocação de recursos orçamentários. A existência de muitas parcelas “cativas” de recursos pode levar a profundas distorções na sua alocação, ora gerando sobras (e acomodação, ineficiência), ora gerando faltas (e rigidez, inversão de prioridade). Além do mais, com exceção dos impostos, os demais tipos (taxas e contribuições de melhoria) e espécies (contribuições parafiscais, empréstimos compulsórios) de tributos já têm destinação específica.

O Título VIII da Constituição Federal, que trata da Ordem Social, incluiu os capítulos da seguridade social — compreendendo saúde, previdência social e assistência social — educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, criança, adolescente e idoso, e índios.

O capítulo dos direitos sociais é considerado dos mais abrangentes e avançados, o que nem poderia ser diferente, dado, principalmente, ao nosso quadro de carências.

Apesar do discurso oficial e da campanha pela mídia a favor de menor participação do Estado na economia, o Brasil é, hoje, um dos países com menor carga tributária¹. Muito distante dos países desenvolvidos, está próximo dos países mais atrasados da América Latina (24,5% no Brasil, contra 53,5% na Suécia, 44,2% na França, 39,0% no Reino Unido, 28,9% nos EUA; estamos atrás da Argentina, Chile, Egito, Uruguai, entre outros, consoante dados do FMI/CODE). Como se isso não bastasse, temos uma carga muito mal distribuída, tributando excessivamente o fator trabalho, e altamente regressiva, se considerarmos a elevada participação dos tributos indiretos e a capacidade de transferência (repercussão) dos tributos diretos, pelo grau elevado de oligopolização da nossa economia, além de muitos tributos em cascata e outros tantos repercutindo sobre situações mais ou menos idênticas.

Por outro lado, os índices de soncação, segundo todas as estimativas e opiniões de especialistas, são elevadíssimos. De um recente levantamento do Conselho Curador do FGTS, apurou-se que apenas 18% das empresas recolhiam regularmente, 29% depositavam com atraso e 53% eram inadimplentes.

Enquanto isso, sucedem-se os debates em torno dos encargos de cada uma das esferas de competência, como se todas quisessem isentar-se de suas responsabilidades. O Governo Federal, particularmente, insiste na tese da "ingovernabilidade", mal disfarçando a intenção sempre renovada de maior centralização de recursos para maior concentração de poderes e de capacidade de "negociação".

Durante o período em que o País cresceu, era mais fácil "administrar" o conflito redistributivo (pessoal, funcional, regional). Na década de 80, as dificuldades se agravaram e as tensões aumentaram. No ano passado, após a revisão das contas nacionais, o IBGE apurou uma queda de 4% do PIB. Embora o PIB real total de 1990 seja 16,5% superior ao de 1980, o *per capita* é 6% inferior.

Segundo o índice de desenvolvimento humano, criado recentemente pela ONU, o Brasil, cujas autoridades se gabam de constituir a 8.ª economia do mundo, não passa da 60.ª posição.

Esse índice considera, além da renda *per capita*, a alfabetização de adultos e a expectativa de vida. De um ano para outro, numa amostra de 160 países, o Brasil caiu do 51.º para o 60.º lugar, bem atrás de vários outros países latino-americanos: Uruguai, Chile, Costa Rica, Argentina, Venezuela, México e Panamá.

1. Medida pela relação entre total da arrecadação tributária e PIB — Produto Interno Bruto.

O relatório enfatiza que o problema não é propriamente o da falta de recursos para programas sociais, mas sua má aplicação. As distorções têm o respaldo da minoria, representada pelos grupos dominantes. O coordenador do trabalho, o paquistanês Mahbub ul Hag, realça a destruição do mito de que a implantação de economias de mercado, por si só, produziria um melhor padrão de vida. Os governos, aliás, precisam evitar que a economia seja cartelizada. A advertência é no sentido de priorizar a educação — sobretudo de 1.º grau — e a saúde — especialmente a prevenção. Isto poderia reduzir índices como 20% de analfabetos (não considerados os “funcionais”) e mortalidade de 61 bebês sobre mil nascimentos (cuja relação é de 8 sobre 1.000 no Primeiro Mundo). A análise indica, por outro lado, que; quanto maior o grau de pobreza, mais grave é a destruição do meio ambiente. Paralelamente, os gastos militares representam 5,5% do PIB do mundo em desenvolvimento.

Entre outras conseqüências de efeitos imprevisíveis, prevê-se que — além da exportação de capitais e de cérebros para o Primeiro Mundo — os países pobres passarão a pressioná-los com deslocamentos crescentes e maciços de suas populações, o que pode, inclusive, estar diretamente relacionado com as inúmeras denúncias sobre práticas de esterilização em massa nos países subdesenvolvidos.

A concentração de renda no País é de tal ordem que, pelos dados do IBGE, os 10% mais ricos detêm 48% do total, e os 10% mais pobres, 1%. Pesquisa do INAN, de 1989, revelou o perfil de baixa estatura das crianças brasileiras, um indicador importante para medir a extensão da pobreza de uma população.

Para enfrentar situações como estas, entre outras competências comuns cabem à União, Estados/DF e Municípios (CF, art. 23):

- cuidar da saúde e assistência pública, de proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
- proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
- proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
- preservar as florestas, a fauna e a flora;
- fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
- promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Especificamente aos Municípios, compete, entre outros (CF, art. 30):

— organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

— manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;

— prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Para controlar a aplicação de recursos, as normas constantes da Seção IX do Capítulo I do Título IV, sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária, relativa à União, se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, onde houver. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros. A Constituição Federal vedou a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares do Poder Legislativo, Poder incumbido do controle externo, que se contrapõe ao controle interno, mantido de forma integrada pelos três Poderes, exceto no âmbito municipal, cujo sistema de controle interno se restringe ao Poder Executivo.

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades que compõem a estrutura da Administração Pública, bem como de todos os que — de uma forma ou de outra — utilizem recursos públicos, deve levar em conta os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

As contas dos municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Entre as competências do Tribunal de Contas da União, cabe fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao DF ou a Município.

Para demonstrar que os recursos disponíveis não são desprezíveis, como menciona o relatório da ONU, basta fazer algumas constatações.

a) Na área da seguridade social, que compreende saúde, previdência e assistência, a Constituição Federal previu, além de recursos específicos

nos orçamentos (fiscais) das várias esferas da Administração, diversas modalidades de contribuições sociais:

— dos empregadores, incidente sobre a folha de salários (27,4%, em média, incluindo o salário-educação), o faturamento (FINSOCIAL — 2% da receita bruta) e o lucro (contribuição social — 10% sobre o lucro);

— dos trabalhadores (descontada dos salários — de 8,5% a 10,0%); e

— sobre a receita de concursos de prognósticos.

Estes valores integram orçamento próprio, não se incluindo aqui as contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (CF, DCG, art. 240).

Além do mais, a Constituição Federal prevê a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil, ao estabelecer como obrigatória a promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente. Ademais, o direito a proteção especial abrangerá estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

b) Os Estados, Distrito Federal e Municípios poderão instituir contribuição cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

Nas propostas da Lei Orgânica que estão circulando, este dispositivo da Constituição Federal (art. 149, parágrafo único) está incluído.

c) Na área da educação, está prevista a mais importante das vinculações orçamentárias: pelo menos 18%, no caso da União, e no mínimo 25%, no dos Estados, DF e Municípios, da receita proveniente de impostos, incluídas as respectivas transferências recebidas e efetuadas, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação (ver letra a), encargo das empresas, que poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes.

A universalização do ensino fundamental e a eliminação do analfabetismo deveriam, nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição, receber pelo menos 50% das parcelas de 18% e de 25% vinculadas aos impostos.

É, ainda, facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

Uma das dificuldades freqüentemente apontadas diz respeito à adequação da classificação funcional-programática adotada no orçamento público, de modo a demonstrar inequivocamente a efetiva destinação dos recursos.

Outro grande desafio é o acompanhamento da execução orçamentária, sobretudo pelas sucessivas alterações que vão ocorrendo, que subvertem sua composição inicial. Além do mais, o acesso aos dados é muito limitado, mesmo para o Congresso Nacional, cuja função, em matéria orçamentária, ainda é eminentemente homologatória. Isto sem falar nos contingenciamentos, bloqueios de créditos.

Convém notar, também, que a previsão orçamentária de despesas não fornece senão uma pálida idéia de como — para quem — eles serão distribuídos ao longo do exercício, principalmente quando isto se dá através de contratos, convênios e afins.²

d) O Programa de Integração Social — PIS, formado pelas contribuições de 0,5% sobre o faturamento das empresas, destinado a financiar o seguro desemprego.

e) O Programa de Alimentação do Trabalhador é constituído pela redução de até 5% do imposto de renda devido pelas pessoas jurídicas. É uma modalidade de renúncia de receita (gasto tributário), pois a empresa já deduz normalmente as despesas efetuadas.

f) O Vale-Transporte, constituído pela redução de até 8% do imposto de renda devido pelas pessoas jurídicas, é outra modalidade de renúncia de receita, podendo, juntamente com o benefício da letra anterior, chegar a 10% do imposto devido.

g) O Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 — estabelece, entre as diretrizes da política de atendimento, a manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente. E o parágrafo único do art. 261 estabelece que a União fica autorizada a repassar, aos Estados e Municípios, os recursos referentes aos programas e atividades previstos no Estatuto, tão logo sejam criados os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente nos respectivos níveis. Os recursos necessários ao funcionamento do Conselho Tutelar constarão da Lei Orçamentária Municipal (art. 13). E ao Poder Judiciário cabe prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

2 Já nem se fala do controle da aplicação final dos recursos. Se quisermos, entretanto, ter uma simples idéia do que pode ocorrer, basta lembrarmos os benefícios pagos pela previdência, e o nepotismo e provincianismo nas distribuições da LBA.

Mas o maior potencial de recursos para esta área provém da facilidade de os contribuintes do Imposto de Renda abaterem 100% das doações feitas aos fundos controlados pelos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, até 10% da renda bruta para as pessoas físicas e 5% do lucro bruto das pessoas jurídicas.

É bom lembrar, entretanto, que tais aplicações não se constituem em incentivos fiscais propriamente ditos, tendo as características das antigas doações ao MOBRAL/Fundação Educar. É uma espécie de vinculação "voluntária" de parte da receita tributária. No caso daquela Fundação, sabe-se que, além de os recursos levantados terem ficado aquém do esperado, sua utilização (ou não) apresentou resultados medíocres, inclusive um imenso contingente de analfabetos funcionais.

Esta descrição não é exaustiva, mas abrange o que de mais significativo se tem explicitamente, em termos orçamentários, destinado ao que se poderia caracterizar como compreendido na área essencialmente social.

Cabe, então, agora, falar sobre a experiência brasileira na aplicação de recursos com essas funções, que é particularmente desastrosa.

Entre os pontos que se poderiam destacar, vamos citar apenas alguns mais específicos.

a) A excessiva centralização de recursos e a concentração de poderes no âmbito da União.

Ocorre que as ações nestas áreas deveriam estar muito próximas dos locais em que as necessidades são sentidas. O governo federal tradicionalmente adota uma postura tutelar, onisciente, e a relação que se estabelece é tipicamente clientelística. As transferências para a área social são "negociadas".

O mais interessante é que, nas discussões sobre a Reforma Tributária, autoridades de âmbito federal alegam ter transferido recursos e não encargos às demais esferas. Ao invés, entretanto, de transferirem de vez os encargos, fixam-se idéias de recentralização de recursos, em sentido contrário ao que ficou claramente delineado na Constituinte, de forma esmagadora.

b) O excesso de transferências inter-regionais.

A falta de projetos nacionais, que continuem a justificar a maciça mobilização de recursos em poder da União, como na 2.^a metade da década de 60 e década de 70, a maior parte dos recursos dos dois principais impostos — IR e IPI — passou a integrar os chamados fundos de participação e de ressarcimento às exportações de manufaturados, além da destinação aos chamados setores produtivos das regiões Nordeste, Norte

e Centro-Oeste. Esta situação é provavelmente sem precedentes em outras partes do mundo.

O fato gera maior indiferença e alienação em relação aos contribuintes das regiões onde os tributos são cobrados. Além de ser um estímulo à sonegação, incita os sentimentos autonomistas. Ninguém tem idéia acerca de onde seu imposto está sendo aplicado. E o pior é que a longa tradição de transferências vem-se acentuando, com resultados cada vez mais duvidosos, pois os recursos nunca chegam ao seu destino, constituindo-se em instrumento de consolidação das velhas oligarquias.

A atual Constituição, no afã de acomodar interesses regionais ditatorialmente impostos pelos critérios de representação política vigente, agravou essas distorções pela via orçamentária, estabelecendo ser função dos orçamentos fiscal e de investimento das empresas estatais reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

c) Falta de critérios específicos para a avaliação de projetos sociais.

Esta dificuldade, que já é inerente à natureza dos projetos sociais, é maior ainda em nosso País, onde os próprios objetivos, de um modo geral, são mal definidos, imprecisos, e as respectivas etapas deveriam compatibilizar recursos e metas.

A falta de compromisso dos responsáveis inviabiliza a ação objetiva do controle. Mais que de um controle meramente formal, faz-se indispensável o do mérito. A auditoria operacional, neste sentido, através de suas técnicas, poderia ser um dos instrumentos através dos quais a sociedade se valeria dos meios adequados à efetiva fiscalização dos dirigentes públicos e demais responsáveis pela aplicação dos recursos orçamentários e do patrimônio dos órgãos e entidades governamentais nas suas finalidades próprias.

Isto, não chega a ser tão amplo quanto o controle político, mas constitui, por assim dizer, uma condição necessária para o seu exercício pleno.³

Para Cook e Winkle,⁴ embora não haja terminologia uniforme sobre o assunto, adotando-se também expressões como auditoria administrativa, funcional ou de operações pode-se conceituar auditoria operacional como um exame e uma avaliação abrangente das operações de uma empresa (órgão ou entidade), com a finalidade de informar à administração se as várias atividades são ou não cumpridas de um modo compatível com as políticas estabelecidas, com vistas à consecução dos objetivos da admi-

3 Ver, a propósito, Piscitelli, Roberto Bocaccio. *O Controle Interno na Administração Pública Federal Brasileira*. Brasília, ESAF, 1988. Cap. III.

4 Cook, John W. e Winkle, Gary M. *Auditoria: filosofia e técnica*. S. Paulo, Saraiva, 1979. Cap. 10.

nistração. Faz parte da auditoria uma avaliação do uso profícuo de recursos humanos e materiais, assim como uma apreciação dos vários procedimentos operacionais. A auditoria deve compreender, também, recomendações para soluções dos problemas e de métodos para aumentar a eficiência e os lucros (ou resultados, ou benefícios). E auditoria abrangente descreve as que se aplicam a entidades e atividades governamentais, compreendendo: auditorias financeira e de observância, para verificação da eficiência e economia, e de desempenho.

d) Descontinuidade administrativa.

Apesar do continuísmo dos dirigentes e dos "estilos" da administração no País, a quase totalidade das ações é imediatista, personalista, espasmódica. Planos são alardeados e abandonados. Cada dirigente quer impor sua marca. Falta profissionalismo aos servidores, no sentido de garantirem a continuidade daquilo que deveria fazer parte de um projeto mais amplo, duradouro, consistente.

Além do mais, as ações governamentais têm-se concentrado acentuadamente em políticas econômicas de impacto, efêmeras, como se todas as ações do Estado estivessem diretamente subordinadas aos acertos e desacertos das finanças públicas.

O problema é que as ações, na área social, têm repercussões a longo prazo, seus benefícios não são facilmente mensuráveis, e, em geral, indiretos. Assim como a pesquisa científica tem resultados imprevisíveis, a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação servirá para a próxima geração, e os níveis de nutrição e saneamento para os recém-nascidos condicionarão sua capacidade mental e de trabalho quando se tornarem adultos.

e) Falta de participação da sociedade na definição de suas prioridades.

A par da absoluta necessidade de se definirem verdadeiramente prioridades, pois os recursos são, com efeito, escassos, é essencial que a sociedade como um todo se torne mais responsável pelas ações sociais realizadas através do governo. A maior participação e mais adequada representação deverão assegurar maior mobilização e controle permanente.

Essa representação não pode limitar-se às instituições e mecanismos convencionais, a maioria dos quais estão desacreditados. A participação deve manifestar-se desde a discussão das propostas orçamentárias, em todas as suas instâncias.

A efetividade desse processo vai depender substancialmente do acesso aos dados e da visibilidade na apresentação das informações, e, portanto, de um sistema contábil completamente diferente do que hoje serve, com exclusividade, à burocracia do 2.º escalão.

Assim, a gestão responsável dos fundos sociais na Administração Pública é fundamentalmente o exercício da própria cidadania, e a oportunidade de realização das potencialidades do País e das aspirações de cada indivíduo. Só por isto ela já constitui a principal prioridade.

QUADRO I

ORIGEM DOS RECURSOS TRIBUTÁRIOS DAS ESFERAS DA ADMINISTRAÇÃO — EM % ANO: 1987 (ANTES DA CF/88)

Origem	Esfera de Competência		
	União	Estados/DF	Municípios
Receita própria	100,0 ¹	73,8 ²	17,0
Transferências	(30,7)	26,2	83,0
Total (Disponível)	69,3 ¹	100,0	100,0

FONTE: elaborado a partir dos dados contidos em "O Sistema Tributário na Nova Constituição" (Org.: Roberto B. Piscitelli, Ed. UnB, 1989, 2ª ed.)

¹ A União só efetua transferências.

² Já deduzidas as transferências efetuadas aos Municípios.

QUADRO II

REPARTIÇÃO DOS RECURSOS TRIBUTÁRIOS — % ANO: 1987 (ANTES DA CF/88)

Origem	Esfera de Competência		
	União	Estados/DF	Municípios
Receita própria	56,0	40,0	4,0
Transferências	42,5	38,6	18,9

FONTE: Secretaria de Economia e Finanças (EXTINTA) — MEFP

QUADRO III

<i>Tributo</i>	<i>Participação em (%)</i>
Imposto de Renda	53
IPI	43
IOF	100
IOF s/ouro	0
Imp. de import.	100
Imp. de export.	100
ITR	50
Imp. s/grandes fortunas	100
Imp. que venham a ser instituídos	80
Imp. extraordinários	100
Contrib. de intern. do domínio	
Econ. ou interesse categ. prof.	100
Contrib. sociais	100
Emprest. compulsórios	100
Taxas	100
Contrib. de melhoria	100

QUADRO IV

RECURSOS TRIBUTÁRIOS DISPONÍVEIS DOS
ESTADOS/DF — CF/88

<i>Tributo</i>	<i>Participação em (%)</i>
Imposto de Renda	21,5
Adic. IR	100
IPI	29
IOF s/ouro	30
Imp. que venham a ser instituídos	20
ICMS	75
IPVA	50
ITD	100
Contrib. sociais	100
Taxas	100
Contrib. de melhoria	100

QUADRO V

RECURSOS TRIBUTÁRIOS DISPONÍVEIS DOS MUNICÍPIOS — CF/88

<i>Tributo</i>	<i>Participação em (%)</i>
Imposto de Renda	22,5
IPI	25
IOF s/ouro	70
ITR	50
ICMS	25
IPVA	50
ITBI	100
ISS	100
IPTU	100
IVV	100
Contrib. sociais	100
Taxas	100
Contrib. de melhoria	100

QUADRO VI

FUNDOS DE PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS/DF E MUNICÍPIOS
(EM % DO IR E DO IPI)

<i>Exercício</i>	<i>Estados/DF</i>		<i>Municípios</i>	
	<i>Art. 159, I, "a"</i>	<i>Art. 159, II, e § 3.º</i>	<i>Art. 159, I, "b"</i>	<i>Art. 159, II, e § 3.º</i>
1991	20,0	7,5	21,5	2,5
1992	20,5	7,5	22,0	2,5
1993 e subseqüentes	21,5	7,5	22,5	2,5

Em Defesa da Propriedade

ROBERTO SENISE LISBOA

Professor de Direito Civil das Faculdades
Metropolitanas Unidas — F.M.U.

SUMÁRIO

- I) Aspectos introdutórios.
- II) Aspectos Gerais.
 - 1 — *A propriedade: suas formas históricas de defesa.*
 - 1.1 — *No direito antigo.*
 - 1.2 — *No direito Romano.*
 - 1.3 — *No Direito hodierno e na Revolução Francesa.*
 - 2 — *Formas protetivas atuais no mundo.*
- III) Desenvolvimento do tema.
 - 1 — *As ações romanas e o despontar de uma nova ciência.*
 - 1.1 — *A Reivindicação.*
 - 1.2 — *A "actio" negatória.*
 - 1.3 — *Indenizatória.*
 - 2 — *A defesa da propriedade e o Poder Público.*
 - 3 — *A necessidade de harmonização do Direito, em defesa da propriedade.*
- IV) Síntese conclusiva.
- V) Bibliografia.

I) Aspectos introdutórios

Um dos institutos jurídicos que mais sofreu mudanças no decorrer dos tempos — ao lado dos contratos —, foi, indubitavelmente, a propriedade.

Sem embargo, as alterações sofridas pela sociedade — seja do ponto de vista local, nacional ou internacional — foram de tal monta que todos os institutos relacionados com a propriedade tiveram de passar por revisões de conceito, forma, limitação e alcance, quer no seu aspecto intrínseco ou extrínseco.

O próprio Direito, como ciência, não é mais o mesmo que outrora. Negar este fato é o mesmo que dizer que o astro-rei — o Sol —, encoberto pelas nuvens, não existe. O Direito evoluiu e novos ramos surgiram. Novos horizontes foram vislumbrados.

Mesmo a propriedade, estudada no Direito Romano pelo *jus civile*, precisa passar por revisões. Outras áreas, algumas das quais surgidas num passado não muito remoto, meditam a respeito. Neste sentido, o Direito Urbanístico, o Direito Administrativo, o Direito Processual Civil, perscrutando caminhos diversos dos apontados pelos civilistas.

Como se isso não bastasse, é de se assinalar que foi justamente no seio do Direito Civil que a propriedade começou a se transmutar. O Direito Civil de hoje, como direito posto, não acompanhou as mudanças apontadas pela Doutrina. Antigos resquícios ainda permanecem, além de algumas velhas formulações que escapam inteiramente da realidade do mundo hodierno.

Se é verdade que o Direito tem que conceder segurança e visar à pacificação social, não é contraditório afirmar que, para o Bem-Comum ser alcançado, deva o Direito se modernizar, jamais olvidando as lições do passado. Deve, entretanto, ao menos adaptá-las ao presente, formulando novas maneiras de garantir o futuro.

E o futuro, em se tratando de convivência social, é alcançado pelo Direito já no passado daquela, vez que este é demorado a acompanhar os passos do desenvolvimento social. O fenômeno jurídico, como fato social, muitas vezes ocorre quando este mesmo fato deixa de existir, em decorrência de outro que já o substituiu. O surgimento de novas interações sociais conduz, assim, toda a Ciência Jurídica a um verdadeiro estado de anomia.

Se, por um lado, a estrutura cultural exige determinado comportamento, ao revés, dificulta a estrutura social este mesmo comportamento, por uma série infinda de fatores: novidades surgidas em todos os campos jurídicos e em outros ramos do saber humano, produção de subculturas, intransigência social, entre outros. Com isso, a estrutura social investe numa gama de valores e comportamentos que pode até mesmo contrariar a estrutura cultural. Entrementes, sendo aqueles tidos como legítimos pela sociedade, deve a estrutura cultural jurídica buscar a modernização, dentro do possível.

Muitos ramos do Direito pararam no tempo e no espaço. Hoje, vê-se que tais verdades afirmadas neles já não são mais tidas como absolutas. As instituições podem resistir a muitas situações, mas nunca à completa adaptabilidade no tempo, quando os remetentes criadores dela — que são também os destinatários das mesmas (o povo, pelo Estado) — passam a ter como legítimas mudanças não aderidas ainda pela estrutura cultural aqui em estudo — o Direito.

Assim como é a propriedade um instituto que não resistiu às alterações determinadas pela sociedade no decorrer dos tempos, os seus institutos de defesa também sofreram, em grau considerável, metamorfoses que merecem ser melhor apreciadas. Não por ser pior o sistema anterior, mas por não ser harmônico com a nossa realidade.

É proposta do presente estudo demonstrar as formas de defesa da propriedade no decorrer dos tempos. Assim, serão as mesmas analisadas, bem como a maneira pela qual os diversos ramos do Direito tratam da matéria, a fim de se obter, finalmente, as necessárias conclusões.

O civilista moderno deve ser alertado dos problemas graves que existem acerca do exercício da tutela dos direitos da propriedade.

II) Aspectos gerais

1. A propriedade: suas formas históricas de defesa

É de Nicola Stolf a afirmação de que a mais antiga Doutrina pregava como origem da propriedade a comunhão negativa de todos os homens — a existência, pois, de um patrimônio só para todos¹.

Contudo, aos poucos, a propriedade passou a ser exercida não mais de forma coletiva apenas, como primigenamente, mas por famílias — como, inicialmente, em Roma² — e individualmente.

A primeira forma de aquisição da propriedade, como bem salientou Rousseau³, foi a ocupação ou apropriação. Conforme Beviláqua, isto se

1 Nicola Stolf — *Il possesso e la proprietà*, Torino, Unione Tipografico, Editrice Torinese, 1926.

2 Como atesta Fustel de Coulanges, em sua obra clássica, "A Cidade Antiga". Os romanos primitivos tinham, para cada família, sua propriedade e seus deuses respectivos. Estes eram fincados ao solo, dando-se um forte elo entre a noção de propriedade e a de religião.

3 Jean-Jacques Rousseau — *O Contrato Social*, São Paulo, Editora Tecnoprint.

deve à existência de dados biopsíquicos inerentes ao ser humano, nos quais a ocupação de um bem tenderia a satisfazer momentaneamente às suas necessidades. Inicialmente, a apropriação seria precária, cristalizando-se como segura e duradoura num segundo momento. É o que o renomado civilista denomina "instinto de conservação dos bens"⁴.

E foi justamente neste período imemorial de surgimento do que o Direito viria a regular como direito da propriedade que surgiram, ao revés, verdadeiras investidas contra estes mesmos direitos.

Contra estes ataques injustos, em geral o proprietário se utilizava de atitudes autotutelares. A autodefesa era precária e com soluções incertas, pois era a prática do "direito do mais forte", dentro da idéia de "quem ganha, leva". Certo é que a violência por vezes preponderou, bem como exageros daquele que buscava assegurar os seus direitos.

A inexistência da figura do juiz não raras oportunidades levava a uma série de injustiças subseqüentes.

Mas, concorrentemente ao surgimento da sociedade, surgiu o Direito (*ubi societas, ibi jus*). E, com o Direito, a autotutela foi, aos poucos, sendo menos tolerada, cedendo diante da arbitragem facultativa e, posteriormente, da obrigatória, até chegarmos à jurisdição moderna⁵.

Mesmo nas nações mais antigas o Direito existia. A propriedade, desde o surgimento do Direito, passava a fazer parte do mundo jurídico e a ser por ele defendida.

1.1. No Direito antigo⁶

É do Código de Hamurábi a previsão de arrendamento de casas, vérgéis e terrenos de cultura, na forma de propriedade privada. Além disso, existia na Babilônia a permuta de bens entre a família da mulher e o seu marido, quando da formação do lar conjugal.

4 Clóvis Beviláqua — *Direito das Coisas* — 1º volume, Rio de Janeiro, Editora Revista Forense, 4ª edição atualizada, 1956.

Stolf (*op. cit.*) crê que a partir do instante em que o homem se tornou sedentário, surgiu um conceito de propriedade contrária ao Direito Natural, evocado de convenções expressas — como a divisão da coisa comum — ou tácitas.

5 Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco — *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição ampliada e atualizada. Recomendamos a leitura do 1º capítulo — "Sociedade e Tutela Jurídica", pp. 3-11.

6 Para análise do presente tópico, vide Beviláqua, *op. cit.* e Vicente Ráo — *O Direito e a Vida dos Direitos* — Volume I, Tomo I, São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1978, pp. 87 e seguintes.

Com o faraó Bocchonis, que adotara a liberdade para contratar⁷, o Egito presenciou a dissolução do instituto da propriedade coletiva. A transferência de bens passou a ocorrer por acordo ou por ato judicial — este, quando da transmissão da posse ao comprador.

O sistema hebraico da propriedade imobiliária era bem mais rígido. As terras pertencentes a uma tribo obrigatoriamente não poderiam passar a outra, salvo quando da ocorrência do Jubileu, quando as mesmas eram redistribuídas.

Mas foi com os malequitas, seguidores de uma seita muçulmana, que a defesa da propriedade começou a ser efetivamente regulamentada e delimitada, através de um instituto bem parecido ao da reivindicação. Esta era admitida, desde que não fossem as terras em questão *possuídas* pelo réu por mais de 10 anos entre ausentes, e 40 entre presentes. Todavia, a rigidez do sistema era tamanha que, se de um lado bastava o mero cultivo da terra para caracterizar a apropriação, por outro lado não havia o usucapião, exceção feita à admissão deste, embora com nome diverso, mas peculiaridades similares, em outras seitas.

Entre os Incas, a proteção da propriedade era tamanha que, para se garantir uma divisão proporcional das terras do povo, o imperador Manco Capac obrigou a revisão anual dos lotes existentes.

1.2. *No Direito Romano*

Muitos dos povos antigos dividiam as propriedades imobiliárias em três partes: as do governante e sua família, as agricultáveis e as do povo. Ora estas duas últimas eram de igual categoria, surgindo uma terceira — as religiosas, ora estas se confundiam com as do povo ou com as do governante e sua família.

Roma não fugiu à regra. Consagrou na propriedade familiar um fundamento de aspecto religioso, ligando os deuses da família à terra na qual a mesma morava. Por outro lado, estabeleceu a propriedade de comunhão agrária, sobre a qual existia, para cada um dos co-proprietários, o direito de gozo, sendo, entretanto, *insuscetível* de alienação. E já nos primeiros tempos, surge a propriedade individual com possibilidade de sofrer transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*.

Sob dois ângulos foi vislumbrado o direito de propriedade dos romanos:

a) o Domínio — acentuando-se, assim, o conceito de assenhoreamento sobre a coisa (visão positiva); e da exclusão de terceiros do direito do titular (visão negativa);

7 Com isso, para a transmissão da propriedade tornou-se desnecessário o ritual de juramento do vendedor, que deixou paulatinamente de ser utilizado.

b) a Propriedade — acentuando-se o pertencer o bem a uma pessoa, definindo-se daí o instituto como de *plena in re potestas*⁸.

Com base nestes conceitos, estabeleceu o romano todo o ramo do Direito Civil, hoje conhecido como Direito das Coisas.

Embora à época só se conhecesse, inicialmente, a propriedade quirítária, cujo titular somente poderia ser aquele que se encontrasse com o *status civitatis*, ou, ainda, latino ou peregrino com o direito de comércio⁹, surgem posteriormente as propriedades bonitária, peregrina e provincial — a recebida pelo comprador através de mera tradição; a dos não detentores do direito de comerciar; e a relativa a imóvel localizado em província, respectivamente —, cada qual amparada pelas ações típicas cabíveis, desaparecendo, entretanto, as duas últimas já no período do Direito Clássico.

Para proteção do direito de propriedade que o titular do bem dispunha, Roma criou um sistema de cognição, efetivado diante de um representante do governo — logicamente, o que tivesse tal atribuição —, cuja consequência era a execução, para satisfação dos interesses daquele que sofrera violação ou, ao menos, tentativa de violação de seu direito.

Estamos, pois, diante da execução que, originalmente, era privada, detendo o credor ou o proprietário, a execução pessoal do devedor, quanto àquele, ou ainda, relativamente a este, a execução de reivindicação¹⁰.

O credor podia, neste turno, promover a venda do devedor inadimplente, como escravo, conduzindo-o coercitivamente à feira, por três luas, possibilitando-se, então, o seu ressarcimento, tendo direito inclusive de efetuar sobre a pessoa do obrigado uma autêntica pena de cárcere privado.

O reivindicante, com a sentença declaratória, dispunha do expediente da força para recuperar a propriedade.

Assim, tanto na dívida patrimonial quanto em sede de direito real, a execução dos julgados era privada¹¹.

8 Stolf, *op. cit.* Da visão bilateral do domínio, segundo o autor, a lei mais fiel ao preceito romano foi o Código Civil Tedesco, em seu § 906: "Il proprietario di una cosa può, in quanto non vi si oppongano la legge e i diritti dei terzi, comportarsi a su piacimento rispetto ad essa ed escludere gli altri da ogni ingerenza sulla medesima".

9 José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano* — Vol. I, Rio de Janeiro, Editora Forense, 5ª edição, 1983.

10 Ovidio A. Baptista da Silva, "Reivindicação e sentença condenatória", in *Revista de Direito Processual Civil*, nº 51, pp. 42-74.

11 *Idem.*

Tanto a execução privada na reivindicação como a execução pessoal por dívida eram muito comuns e perfeitamente aceitáveis em Roma. Nada havia de anormal.

Aqui, contudo, deve-se abrir um parêntesis para a análise destes dois institutos.

O Direito Romano fez, basicamente, a divisão aceita como clássica dos direitos em pessoais (relativos a débito e crédito, família e sucessão) e reais (relativos a bens). Em um primeiro instante, houve uma confusão entre débito e crédito, no sentido pecuniário, com o débito e crédito não pecuniário. Até mesmo a obrigação de dar, a que tanto se referiu Paulo em famosas sentenças, é prova disso.

No que diferenciava, portanto, a *actio* da figura da *petitio*?

O conceito da *obligatio* romana indicava uma relação de pessoalidade, ausente estando o elemento patrimonialidade. Havia um sentido de dever, inexistindo aparentemente qualquer aspecto de responsabilidade. Existia, pois, um vínculo jurídico pessoal entre credor e devedor¹².

O próprio Direito Quiritário estabeleceu, pela Lei das XII Tábuas, a existência da relação obrigacional sem algum fito econômico.

No âmbito da *actio*, existia a *condemnatio* pelo motivo de ser esta justamente ligada a uma obrigação preexistente e pessoal — condenava-se a pessoa. Ora ninguém condena uma coisa!

Já na *petitio*, não havia a *condemnatio* pelo motivo supra-aludido. Não pensemos que os romanos eram estúpidos, a ponto de não se aperceberem da impossibilidade de se condenar uma coisa. Ora, se eles consagraram no campo processual a relação titular-bem, está explicado o porquê da não-ação contra aquele que detém ou possui injustamente a coisa. O que o proprietário faz aqui NÃO É AGIR contra alguém, mas SIM PEDIR a restituição da coisa, não importando com quem ela esteja. O vínculo não é pessoal, mas real. Dentro dessa concepção, entendemos ser plenamente harmônico o sistema romano.

A fase de execução era similar em ambos os casos. Na *actio*, condenava-se a pessoa do devedor, que era executada pelo credor. Na *petitio*, era declarada ser a coisa daquele que a pediu, podendo este exercer seu poder sobre a mesma (execução por autotutela). Contudo, nas duas situações, a execução era, na prática, inicialmente privada.

Posteriormente, o Poder Público começou a cooperar na execução privada, através do juiz; e, finalmente, o aparelho estatal foi autorizado a desempenhar tais funções. Foi a autotutela, aos poucos, como salientamos a princípio, menos tolerada e permitida.

12 Idem.

Temos, em síntese, três fases básicas relacionadas à execução, no Direito Romano ¹³:

- a) Execução Privada.
- b) Execução Privada após autorização do juiz.
- c) Execução pelo juiz — a patrimonial pretoriana.

Moreira Alves afirma a existência de três sistemas processuais civis em Roma: *legis actiones, per formulas* e *cognitio extraordinaria*, sendo, respectivamente, utilizados no Direito Pré-Clássico, Clássico e Pós-Clássico, com substituições sem ruptura, ou seja, paulatinas, às vezes até coexistindo mais de um sistema, coincidindo com a execução privada, o arbitramento facultativo e o obrigatório, nas três fases supra-referidas ¹⁴.

A tutela dos direitos subjetivos variava de acordo com as instâncias e o sistema processual.

No sistema de ações legais, cinco eram as mesmas, sendo três declaratórias (*actio sacramenti, iudicis postulatio* e *condictio*) e duas executivas (*manus injectio* e a *pignoris capio*). O desvio mínimo de formalidades aruinava todo o processo.

No processo formulário, ao contrário das ações legais, a condenação era sempre pecuniária. A fórmula, menos formal que o sistema anterior, continha seqüências principais (como a *intentio* certa ou incerta, a *demonstratio*, a *condemnatio* e *adjudicatio* do bem) e acessórias (*praescriptio, exceptio* e *replicatio*), que não eram obrigatoriamente subseqüentes.

As ações, aqui, eram civis ou pretorianas, podendo ser *in rem* ou *in personam* (já vemos alterado, pois, o sistema anteriormente demonstrado, considerando-se as petições de direito real como ações).

No processo extraordinário, procurou-se dirimir questões administrativas sem, pois, o conhecimento pelo juiz.

A execução privada foi, assim, passando às mãos do juiz, nas etapas mais avançadas do Direito Romano (exceção dada ao processo extraordinário, que era mais semelhante ao processo administrativo hoje existente).

Com isso, as ações pessoais e as petições (ações *in rem*) foram se confundindo já no tempo de Justiniano, ocorrendo o fenômeno que Ovídio Baptista da Silva denomina de "personalização do direito real" ¹⁵.

13 *Ibidem*.

14 *Op. cit.*

15 Ovídio Baptista da Silva, *op. cit.*

Discordamos, *data venia*, do processualista aludido, pois não foi a *actio* e nem a *petitio* desnaturada. Elas tinham um paralelismo esquemático, apenas com fórmulas solenes diversas. É que o romano arraizou a relação pessoa-coisa e a relação pessoa-pessoa, do ponto de vista *processual*.

O formalismo era de tal monta, que em virtude dele é que os romanos tipificaram as suas *actiones* e as suas *petitiones*

Ademais, os jurisconsultos desconheciam a divisão, no plano civil, entre direito real e direito pessoal¹⁶. Isto ocorria no plano processual, pois o sistema romano era um sistema de ações, e não de direitos. Como diz Moreira Alves, na famosa *actio in rem* (período formulário), “o réu somente é conhecido no momento em que há violação do direito subjetivo, pois todos têm o dever de abstenção”. Isto sucedia desse modo justamente porque o autor pedia o bem e não agia contra alguém, para condená-lo¹⁷.

É, portanto, altamente coerente o sistema romano, embora fosse um sistema de ações típicas. Como Celso dizia, a cada direito uma ação própria para tutelá-lo deveria ser dada.

Com a distinção estabelecida entre propriedade quirritária, bonitária e peregrina, ações diversas foram dadas como defesa. À primeira a *rei vindicatio*, a *actio negatoria* e as ações relativas ao direito de vizinhança (*cautio damni infecti*, *operis novi denuntiatio*, *quod vi aut clam* e a cognominada *actio aquae pluviae arcendae*).

À segunda, *cognomida* de pretoriana, eram concedidas as seguintes ações em sua defesa: a *actio publiciana* e a *exceptio rei venditae et traditae*.

À última, também chamada propriedade provincial, eram concedidos os interditos e a *rei vindicatio* útil.

Desaparecida a distinção entre estas propriedades, preponderaram as ações pertinentes à primeira — a Quiritária. Sobre elas versaremos no Tópico III deste trabalho.

1.3. No Direito medievo e na Revolução Francesa

Como não poderia deixar de ser, após a fragmentação do Império Romano, o Direito Germânico, entre outros, embeberou-se naquele para estabelecer formas de defesa da propriedade.

16 Moreira Alves, *op. cit.*

17 *Idem.*

Na propriedade comunal, não havia direito de apropriação, evitando-se, desta forma, que a mesma viesse a ser privada e, por conseguinte, transmissível.

O sistema feudal trouxe transformações profundas no conceito de propriedade.

Os senhores feudais surgiram no cenário histórico como independentes, política e economicamente dominadores por anos dos vassalos e de terras.

O economista Robert Heilbroner¹⁸ coloca a propriedade, a que denomina "dominial"¹⁹, como a grande unidade de organização econômica na época, em que pese à relação espoliativa do *lordland* sobre o seu servo, este tinha daquele amparo e segurança, nos limites do feudo. Em troca, o servo exercia um domínio útil sobre a terra, cultivando esta, enquanto o senhor do feudo tinha o domínio eminente ou direto.

Esta diferenciação entre domínio útil e direto — possivelmente inspirada da dicotomia posse direta e posse indireta — veio alterar o conceito de propriedade, e conseqüentemente, os seus mecanismos de defesa.

A terra, todavia, sempre era do senhor feudal. Os benefícios eram dados aos feudos em usufruto, temporário ou vitalício, tornando-se posteriormente perpétuos, indivisíveis e conseqüentemente intransmissíveis.

A Revolução Francesa veio extinguir com o feudalismo. O Código Civil Francês aboliu o fideicomisso, a enfiteuse e todas as formas consideradas na época como resqúcios do regime feudal. Era o chamado direito odioso, que caiu por terra.

A valorização do instituto da propriedade, sobretudo a privada, foi tamanha que, dois dos três livros do Código Napoleônico, em meio a este estado febril de mudanças, a ela se remetiam.

O novo regime francês era baseado em princípios de liberalismo e individualidade.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 17, estabeleceu a propriedade como direito sagrado e inviolável. O caráter individualista dado pelo Código ilimitava os poderes inerentes ao domínio, pelo titular, dando a este o "direito de gozar e dispor das coisas da maneira

18 Robert L. Heilbroner — *A Formação da Sociedade Econômica*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1979, 4ª edição, pp. 47 e seguintes.

19 O domínio não é qualidade exclusiva de certas propriedades. É o maior poder que dispõe o titular sobre o seu bem. Portanto, toda a propriedade tem em si o domínio. Convém salientar que o aludido autor é economista, mas suas passagens históricas pareceram-nos bastante interessantes.

mais absoluta" (art. 514). Desprezou a carga de ônus que sofria, no modelo feudal, aquele que tinha domínio útil.

Napoleão dizia que nada apagaría a perpetuidade de seu Código. Enganou-se. Orlando Gomes, em estudo lapidar, deixou claro que em poucos anos o Código Francês já era ultrapassado, não restando mais que uma carcaça do mesmo, em virtude da inaplicabilidade de muitos de seus artigos. E foi com base nesta legislação que muitos dos códigos ainda hoje vigentes foram elaborados²⁰

Vê-se hoje que a propriedade, como todos os direitos, não é tão absoluta como se apreçoava. Até mesmo os seus caracteres de exclusividade e perpetuidade são relativos.

A propriedade é vislumbrada dentro de um dinamismo, em virtude do progresso da humanidade, numa visão de função social.

2. *Formas protetivas atuais no mundo*

É de Pontes de Miranda a afirmação de ser a parte dos Direitos Reais de nosso Código Civil inspirada no modelo alemão²¹. Justamente desse país temos um exemplo do desenvolvimento com atualização da proteção ao direito da propriedade. Há hoje um "sopesamento dos interesses" entre os campos público e privado.

No plano processual, a defesa da propriedade, na Alemanha Ocidental, não se dá mais somente pela reivindicatória, negatória ou pela indenizatória. Desenvolveu-se uma Teoria do Risco, apurando-se, no campo civil, a responsabilidade de condutores de veículos e de empresas de estradas de ferro.

A grande novidade está na evolução do conceito de Direito de Vizinhança. Busca-se já no Direito Privado, agora, a proteção do meio ambiente, como propriedade que é, sendo complementado tal amparo por normas de Direito Público.

Num passado não muito remoto, os direitos de vizinhança eram sacrificados pelo ofensor à propriedade com base na realização, por meio daquele, de atos costumeiros da localidade. Sob tal pretexto, não havia possibilidade de uma tutela mais efetiva à propriedade.

20 Orlando Gomes — *A Crise do Direito* — Volume 2, Coleção Philadelpho Azevedo, São Paulo, Max Limonad, 1955. Prega o autor, por fim, pela extinção de figuras ainda existentes no Código Civil Brasileiro, tais como: enfiteuse, censo, uso e habitação. Prega a inserção de outras: locação, pacto com reserva de domínio, retrovenda, entre outras.

21 Pontes de Miranda — *Tratado de Direito Privado* — Tomo XIV — Parte Especial, Rio, Editora Borsóí, 1955.

De modo oposto, derribada tal orientação, que levava a uma série de injustiças, em defesa da propriedade os direitos de vizinhança chegaram até o ponto de proteger o meio ambiente²².

Não se pode, contudo, obter tais resultados satisfatórios nos ordenamentos jurídicos de outros países, que precisam de urgentes reformas, por ainda se apegarem a conceitos já ultrapassados que, em parte, podem ser aproveitados, mas sem a devida extensão, como a demonstrada pelo Direito Alemão.

Assim sendo, a grande vedete destes Códigos é ainda a reivindicação, quer de modo explícito ou não.

O Código Civil Chileno estabelece várias regras a respeito. O art. 889, *in verbis*, diz que a reivindicação ou ação de domínio "es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela"...

O diploma civil acima enunciado estabelece o domínio como direito real (art. 891), além de estender, dentro de um conceito civilista antigo, o direito subjetivo de poder recuperar, reivindicar ao titular da propriedade, plena ou nua, fiduciária ou absoluta, a coisa²³. Ora, sabe-se hoje que a propriedade moderna só tem um proprietário ou proprietários em igualdade jurídica.

O Código Civil Brasileiro precisa mais uma vez espelhar-se no modelo alemão, pois já necessita de reformas. Para 1916, era um código assaz moderno (se bem que com alguns passos contrários a uma tendência de modernização na Europa, nesta época²⁴). Entretanto, para o limiar deste século, poderia servir melhor ao seu propósito.

III. *Desenvolvimento do tema*

Após a Revolução Industrial, o mundo passou por sensíveis mudanças. O avanço da ciência e o aumento do índice de expectativa de vida, bem como o crescimento inigualável de invenções e descobertas distanciou por demais o homem do século XIX, em comparação com o do século anterior.

22 Fritz Baur e Wanderlei de Paula, "O desenvolvimento da proteção ao direito de propriedade na República Federal da Alemanha" in *Revista de Direito Civil* nº 27, pp. 141 e seguintes.

23 Sobre o problema: ação material e ação processual, vide o item 1.2 (no Direito Romano).

24 Alguns exemplos: o reconhecimento dos Direitos Intelectuais e da Desapropriação Indireta, ambos reconhecidos por tribunais franceses, na segunda metade do século passado.

Imagine-se, então, a distância do homem do século XX para estes.

Há apenas uma coisa que nenhuma ciência conseguiu alterar, nem poderá: a natureza humana. Daí porque o Direito Natural deva entre a sociedade, por mais moderna que seja, vingar.

Como já dissemos, o conceito de propriedade, em decorrência de alterações no panorama mundial, também mudou. Surgiram novas teorias para explicá-la. Neste passo, a tese da ocupação, de Grócio e Kant; a do trabalho, de Locke; a da lei, de Hobbes, Montesquieu, Bentham e Benjamim Constant; a institucional, entre tantas outras.

O Direito, embora a passos mais lentos, teve também progressos consideráveis.

1. *As ações romanas e o despontar de uma nova ciência*

Foi precisamente na segunda metade do século XIX, em meio às renovações sociais, que um novo ramo do Direito surgiu, concebido do interior do Direito Civil.

O alemão Von Bulow, em 1868, ao escrever sobre as exceções processuais, abriu caminho para esta nova ciência. Surgia, assim, o Direito Processual.

Muitas concepções formalistas sobre o processo foram relegadas. Começou-se a estabelecer distinções entre a relação jurídica civil (sujeito ativo e sujeito passivo) e a relação jurídica processual (juiz e as partes do processo).

Pouco antes, dois romanistas haviam travado um amplo debate acerca da natureza da *actio* romana: Muther e Windscheid.

Bernard Windscheid elidiu qualquer semelhança entre a ação romana e a ação contemporânea, estabelecendo, assim, que àquela corresponderia a expressão pretensão (do alemão *Anspruch*), algo distinto da ação processual e do direito subjetivo.

Diante disso, pergunta Ovídio Baptista da Silva em que consiste a pretensão real. Numa omissão? Numa ação com conteúdo negativo ou positivo? Alertando para a questão da definição de pretensão real como *exigência e não ação*, o jurista chega à conclusão de que este conceito, bem como o de ação de direito material, "acabaram sendo dispensáveis. Não há direito subjetivo antes da violação! Melhor: o direito subjetivo é a situação que a seu titular nasce como consequência da violação da norma"²⁵.

25 Ovídio A. Baptista da Silva, *op. cit.*

Entramos em delicada questão.

Embora a noção de direito subjetivo não se restrinja ao conceito medievo denominado *facultas agendi*, certo é que tampouco se limita a uma situação ou, ainda, que nasce para o seu titular somente quando venha a ocorrer a violação da norma!

Pode-se até considerar que Windscheid, como diz Groppali²⁶, tenha acertado ao estabelecer a vontade como substrato do direito subjetivo, mas se equivocou ao dizer que este é um poder conferido pela ordem jurídica. Este poder, além de ser distinto da norma objetiva, é abstrato, mesmo sendo pelo ordenamento regulado e protegido.

Daf Vicente Ráo conceituá-lo como poder de ação determinado pela vontade²⁷. Não a ação romana, mas a ação material: este parece ser o caminho tomado pelo renomado jurista.

Assim, não há razão para negar a distinção entre ação processual, direito subjetivo e pretensão.

Como salientamos, o sistema romano era de ações, enquanto o moderno é de direitos. Conquanto a nomenclatura romana seja mais aproveitável na prática forense — embora errônea doutrinariamente —, hoje é nota tônica a atipicidade das ações ditas civis, o que nos leva à filiação da natureza abstrata instrumental da ação processual.

Não se confunde, neste raciocínio, o direito com o processo. Assim, qualquer um pode ingressar com uma ação em juízo, mas somente terá sua pretensão satisfeita se realmente tiver o direito. Isto não elide a hipótese daquele que, não tendo o direito material, propõe a demanda, pela ação. A ação existiu, mas a demanda será tida como improcedente. E, se não fossem satisfeitos os “requisitos” processuais para o ingresso da ação, o demandante seria tido como carecedor da mesma, embora dela tivesse se utilizado.

Fica assegurada, neste sentido, a inafastabilidade do poder jurisdicional para apreciar qualquer demanda, nos termos da Constituição²⁸. Deixa-se em aberto a amplitude das ações processuais. Como diz Dinamarco²⁹, as leis civis não tipificam ações, mas criam e delimitam direitos.

26 Vicente Ráo, *op. cit.*, volume II, Tomo I, citando as palavras de A. Groppali em *Sociologia e Direito*, p. 106.

27 *Idem*.

28 “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” — artigo 5º, XXXV, Constituição Federal.

29 Cândido Rangel Dinamarco — *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1966. Considera o autor como única ação processual típica a rescisória, por motivo de política jurídica e segurança dos julgados.

Dirimidos tais questionamentos, cumpre-nos falar das figuras defensivas da propriedade, especificamente.

1.1. A Reivindicação

Muitos vislumbam ser a sede da Reivindicação o art. 524 do Código Civil:

“A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem injustamente os detenha.”

Em Direito Civil, está consagrada a Reivindicação, mas não propriamente a ação processual — a “ação” Reivindicatória. O art. 524 concede, em defesa do direito de propriedade, a Reivindicação, como poder de ação da vontade, ou seja, direito subjetivo (que não se confunde com a ação processual ou com a pretensão), que pode ser exigido — pretensão — em juízo, pela ação processual, ou ainda extrajudicialmente.

Fora do mundo do processo? Exato. Exemplos do exercício regular do direito material, são o desforço imediato e o *jus tolendi*.

Assim como o possuidor pode, pelo desforço imediato, reaver o bem de quem injustamente o detenha ou possua — no caso de ter melhor posse —, quanto mais o proprietário. “Quem pode mais, pode menos”.

Ao reaver o bem, dentro do exercício de autotutela — que é aqui resquício tolerável dos mais antigos modelos — o proprietário deverá fazê-lo proporcional, suficiente e imediatamente. Assim, deverá se utilizar de força não mais que necessária no momento ou logo após a turbção ou esbulho, equivalentemente a este³⁰.

Sobre o *jus tolendi*, trataremos mais adiante.

Temos a reivindicatória, no mundo processual, com a garantia de direitos do reivindicante, no Código Civil.

O modelo brasileiro *estende* a reivindicação a bens móveis, inclusive aos títulos ao portador (art. 521, CC).

O proprietário reivindica o bem por ter perdido o seu *jus possessionis*³¹.

30 Aqui desenvolve-se a idéia de Ihering da “força propulsiva da propriedade”.

31 Marco Aurélio S. Viana — *Tutela da Propriedade Imóvel*, São Paulo, Editora Saraiva, 1982.

Contudo, como lembra com acerto Enneccerus, "é falso o princípio de que a *rei vindicatio* é ainda hoje a pretensão do proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário"³³. O proprietário pode estar na condição de possuidor indireto do bem, tal como se dá na relação locador e locatário.

Em Roma, a *rei vindicatio* existiu desde épocas remotas.

No Direito Clássico, somente o proprietário quiritário podia intentá-la. Foi Justiniano que a estendeu a todo o tipo de propriedade³³, inclusive contra o mero detentor, coisa não antes permitida.

Anteriormente, era tida a Ação Reivindicatória como produtora de sentença declaratória, pois a execução era privada, e sobre o bem. Hoje, o Direito considera que, da propositura de uma demanda com base na reivindicação do imóvel, a sentença a ser pronunciada pelo aparelho jurisdicional, se procedente aquela, será condenatória. Valerá, assim, como título executivo judicial. Veda-se ao máximo a autodefesa e, em contrapartida, garante-se a segurança social, pela estabilidade do julgado. Se a execução privada era algo tolerável em Roma, o mesmo não se concebe dizer hoje.

A Reivindicatória é cabível quando ocorra uma ofensa ao domínio. Pontes de Miranda elenca as possibilidades em 3 categorias:

- a) por ato em que ocorra ofensa ao domínio no *jus possidendi*;
- b) por prejuízo ao exercício da propriedade, em virtude da não entrega do bem;
- c) por vício de registro do direito de propriedade, que dá ensejo ao antigo proprietário de reaver o bem³⁴.

Para o autor, não pode a reivindicação ser suprida, como diz o Conselheiro Lafayette, pelo interdito possessório recuperatório.

Ademais, pode ser proposta juntamente com a demanda com base na reivindicação do imóvel, a declaratória da propriedade, se sobre isto existir alguma dúvida.

A alegação do domínio é a prova suficiente sobre o direito de propriedade do demandante, na reivindicação, sendo o objeto nesta coisa determinada apropriável. Isto exclui, no nosso entender, a possibilidade de reivindicar qualquer bem incorpóreo, pois tudo aqui trata da relação fática física do titular, com o seu bem.

32 Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martins Wolff — *Tratado del Derecho Civil* — III Tomo — Derecho de Cosas I, Barcelona, editado pela BOSCH/Casa Editorial, 1937.

33 Até mesmo porque haviam desaparecido as categorias de propriedade.

34 Pontes de Miranda, *op. cit.*

Daí porque também é impossível a reivindicação de coisas já consumadas, perdidas, transformadas ou cuja posse esteja perdida. Ao tempo cabe verificar o problema.

Se ao autor cabe a prova de domínio, ao réu caberá, dentro do possível, objetá-lo.

Pontes de Miranda cita 4 situações:

1) A alegação do *jus possidendi* — no caso do autor só ter provado a posse, e não a propriedade.

2) Legitimação para possuir — o réu está na posse legítima do bem, não havendo possibilidade de exceção suspensiva do direito.

3) *Exceptio rei venditae et traditae* — discute-se até que ponto o autor pode reivindicar o bem. Se ele somente veio a ser proprietário do mesmo após a propositura da demanda, tem ele possibilidade de nesta reaver o bem que ainda não teve? Parece-nos que sim. Seria objeção do réu a falta de suporte fático do autor no instante em que ingressou em juízo, onde deveria o juiz, de imediato, decretar a carência de ação. Se, todavia, isto não foi feito, mas provada a aquisição posterior do imóvel, temos em consideração que o simples fato de extinguir o processo sem julgamento do mérito no caso em questão seria, ao menos, fútil. Posteriormente este novo proprietário ingressaria com todo o direito, novamente.

Assim, por economia processual, não vemos razão para a procedência desta objeção se bem que, é lógico, deva o juiz analisar caso a caso³⁵.

4) Alegação de direito de posse (*Exceptio Rei Judicatae*) — provando o réu que tem na posse um direito dado pelo autor, por exemplo. É o caso do locatário, do usufrutuário, entre outros.

O art. 1.580, parágrafo único do Código Civil consagra a figura da *vindicatio patrimonii*. Assim, há possibilidade, dentro do conceito de ser o bem corpóreo, de reivindicar: bens de sociedade não personificada, direito patrimonial alienado a adquirente de má-fé, entre outros. Pode ser reivindicada a parte indivisa também.

35 Idem.

A *Exceptio rei venditae*, dizem Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello, diz respeito ao fato da entrega do bem ao réu, por título tido como hábil para transferir o domínio. Daí o motivo da discussão analisada no texto. Se o autor é sucessor do réu na filiação do imóvel, parece-nos possível tal intento. Vide, sobre isto, os autores, em *Ação Retributória*, São Paulo, Editora Saraiva, 4ª edição, 1988.

As universalidades de fato são também reivindicáveis. As de direito, não.

Após a prolação da sentença condenatória, tem o autor título judicial para a execução de coisa certa, nos termos ofertados pelos arts. 621 e seguintes do Código de Processo Civil.

Pode o réu ainda oferecer Embargos à Execução. As hipóteses são várias, conforme enuncia Haendchen e Letteriello em sua obra³⁶:

— Retenção de Benfeitorias: cabível ao possuidor de boa-fé, sendo a mesma necessária ou útil. O possuidor de má-fé *não* pode exercer o direito de retenção, sendo passível somente de receber indenização correspondente às benfeitorias necessárias (art. 517, CC), coisa que nem outrora lhe era proporcionada.

Pelo art. 519 do Código Civil, o reivindicante poderia optar entre o valor da benfeitoria atualizado ou seu custo, algo considerado como injusto por Carvalho Santos, com o que compartilhamos.

— Benfeitorias não existentes na época da evicção — não caberia indenização.

— Benfeitoria existente na época da evicção — caberia a indenização. Relativamente aos frutos, outras são as dúvidas suscitadas, das quais extraímos as seguintes lições:

a) o possuidor de boa-fé pode ficar com todos os frutos colhidos até a citação inicial. Aos posteriormente existentes, responde se deles não der contas ao proprietário.

b) o possuidor de má-fé deve todos os frutos ao proprietário, mesmo os percebidos antes da citação inicial, podendo haver conversão em indenização, quando já utilizados.

O conceito de posse de boa-fé e posse de má-fé é algo um pouco cediço, mas tem gerado bons resultados, embora não por completo, na prática.

Ao invés de receber indenização pela benfeitoria, pode o proprietário, desde que de boa-fé e sem danificar o imóvel, exercer o direito de tolerar (*jus tolerandi*). É o direito de retirar a coisa móvel que se uniu a outra. É direito pessoal, sendo verdadeira pretensão à tolerância oposta. Não pode, contudo, fazê-lo o possuidor de má-fé, por disposição expressa do Código Civil (art. 517), mesmo que as benfeitorias sejam levantáveis e úteis. No Direito Romano, isto era admitido.

O titular do Direito Obrigacional — o possuidor — por ser credor, pode escolher entre cobrar a coisa ou levantá-la, pretendê-la como sua.

36 *Op. cit.*

1.2. A *Actio Negatória*

Há casos em que a propriedade pode ser ofendida, sem que se tire a posse do proprietário.

Nestes, cabe ao mesmo a *Actio Negatória*, na qual ele obtém a declaração do poder jurisdicional de que o ofensor não é proprietário, devendo se abster da prática do ato ou omissão que venha a prejudicar o direito de propriedade do primeiro. Além da declaração, há verdadeira condenação ao réu³⁷.

Trata-se, assim, de pressuposto positivo, cabendo a ação inclusive quando houver temor de ulterior ofensa (ameaça).

Dessa esfera, excluem-se as situações de dever de tolerância do proprietário por lei ou negócio jurídico celebrado. É a limitação ao direito de propriedade.

Deve o autor, portanto, provar o domínio, a ofensa, e que o réu não tem direito algum de lei ou de contrato.

1.3. *Indenizatória*

As ações com base em indenização referem-se unicamente aos casos de violação da propriedade por dolo ou culpa, verificando-se a culpa e a responsabilidade pertinente.

O Código Civil traz inúmeros artigos a respeito: 159, 865, 867, 869, 872, 870, 873, 876, 879, 1.519 e 1.520, entre outros.

Aplicam-se ao possuidor de boa-fé as disposições do art. 514 e, ao de má-fé, as do art. 515. Assim, quanto a este, desnecessária é a verificação de culpa ao dano causado na propriedade. Basta o mero caso fortuito.

Dentro dessa órbita, convém analisar as indenizações devidas no campo dos Direitos de Vizinhança.

Dissemos anteriormente que a legislação alemã evoluiu a passos largos na matéria, cabendo a indenização por ataque ao meio ambiente da propriedade.

Os meios tuteladores dos direitos em pauta, entre os romanos, aplicáveis aos nossos dias, são:

a) *Cautio Damni Infecti* — promessa de reparar dano eventual futuro, contra os riscos da casa do vizinho desabar ou de obras vizinhas.

³⁷ Pontes de Miranda, *op. cit.*

No Direito Pré-Clássico, o processo era o da *legis actio*, havendo cumprimento da promessa de garantia do direito do vizinho pela *actio ex stipulati*.

Havendo a recusa do vizinho em cumprir a promessa, poderia o ameaçado em seu direito de propriedade a *missio in possessionem ex primo et secundo* ou até mesmo a proibição do prosseguimento da obra³⁸.

b) *Operis novi nuntiatio* — obtém-se a paralisação da obra do vizinho que possa vir a prejudicar o direito de propriedade alheio. Corresponderia, hoje, à Nunciação de Obra Nova.

No Direito Romano, havendo a recusa da paralisação da obra ou a prestação de caução, obtinha o autor do pretor a *ex operis novi nuntiatione*, para que demolisse a obra e *arcesse com os prejuízos* do proprietário.

c) *Interdictum quod vi aut clam* — este interdito surgiu na fase da República, em Roma, contra as obras tidas como clandestinas. No Direito Justiniano, era possível ser intentado contra qualquer terreno (o romano, em relação a direitos reais, intentava para pedir coisas, e não agir contra terceiro), no ano em que seguisse à paralisação ou conclusão da obra.

d) *Actio Aquae Pluviae Arcendae* — era ação civil prevista desde as XII Tábuas. Quando se tratasse de propriedade imobiliária rústica, era cabível, a fim de que o vizinho acabasse com a modificação de curso d'água em seu terreno, que prejudicava o terreno alheio.

2. A defesa da propriedade e o Poder Público

O Direito de Propriedade sofreu, com os anos, verdadeira ingerência do Poder Público, que cada vez mais o limitou, tornando-o mais relativo e menos absoluto que antes.

Entre estes males, surge a desapropriação como forma drástica de perda da propriedade para o particular.

É certo que se trata de instituto do Direito Administrativo, mas seus efeitos são muitos sobre a esfera privada.

Com a finalidade de se corrigir desvios e abusos da Administração Pública, deve a nossa legislação urgentemente regular o instituto da Desapropriação Indireta, inexistente no nosso mundo positivo. Ademais, é importante que se dê ao juiz a possibilidade de analisar o mérito da desapropriação — uma verdadeira tutela jurisdicional do instituto³⁹.

38 Moreira Alves, *op. cit.*

39 Por esta tese, Rubens Limongi França, em *Manual Prático da Desapropriação*, São Paulo, Editora Saraiva.

Assim, não apenas o preço da indenização seria discutido, mas também a utilidade ou necessidade pública e o interesse social da desapropriação. Enfim, o mérito da causa.

3. *A necessidade de harmonização do Direito, em defesa da propriedade*

As limitações impostas pela sociedade moderna decorrentes da função social da propriedade — consagrada, entre nós, constitucionalmente —, são necessárias para proteção, em especial, dos direitos difusos, agora tutelados, garantindo-se o bem-comum. Trata-se de rol extenso, cujo intuito é, definitivamente, impedir o inoportuno ou prejudicial exercício, pelo proprietário, de seu direito.

Consagra-se, assim, a proteção do meio ambiente, a defesa do urbanismo, entre outros, além da nova conotação que ganha a matéria do Direito Privado, diante de tal quadro.

A propriedade, contudo, não pode ser desnaturada, sofrendo ingerências do Poder Público de tal monta que, na verdade, o proprietário venha a se tornar mero usuário, provido de parques direitos e massacrado por intervenções do Poder Público, não raras vezes meramente políticas e com fins eleitoreiros, sobre o bem.

Claro que as limitações ao direito de propriedade são providenciais e necessárias. Era algo que se clamava há muito tempo na Doutrina. Todavia, deve o jurista discernir e saber estabelecer a dose adequada de limitação, para que a propriedade, instituto fundamental do direito, possa conceder ao seu titular o direito a que faz jus, sendo defendida nos momentos cabíveis, evitando-se, assim, que ela venha a desaparecer.

IV — *Síntese conclusiva*

1. A defesa da propriedade tem origem imemorial, paralelamente ao surgimento do instituto. A partir do instante em que o homem, por seu senso instintivo, começou a se apropriar de bens — independentemente do cunho comunal, familiar ou privatístico da incidência de poder do titular sobre a coisa — surgiram, como formas de garantia, mecanismos de prevenção e de repressão, cujo fim precípua era justamente prevenir ou reprimir apropriações indevidas e devolver, dentro de um parâmetro de equidade e justiça, a coisa cujo assenhoreamento era de outrem, e não daquele que a possuía ou detinha.

Assim, tivemos num primeiro estágio o amplo exercício da autotutela, que, por levar a situações mais injustas que as anteriores, deu lugar à autocomposição e, posteriormente, à arbitragem facultativa e à obrigatória.

2. Assim como evoluiu o conceito de propriedade em meio a tendências político-filosóficas e, às vezes, até mesmo em virtude de processos históricos de tentativas de ruptura com antigos regimes, também *evoluíram* as formas de defesa da propriedade.

3. O conceito de propriedade não é rígido. Varia no tempo e no espaço, em consequência de regimes políticos e sistemas econômicos adotados pelo Estado e consubstanciados implicitamente em seus ordenamentos jurídicos respectivos. Tais adoções têm reflexos imediatos nos modos de proteção da propriedade.

4. O modo mais drástico de defesa do direito da propriedade é a reivindicação. Adotada inicialmente no direito muçulmano — se bem que possivelmente diverso do que conhecemos —, este instituto foi consagrado em Roma, primeiramente com a propriedade *ex jure quiritum*; posteriormente, a todas as demais.

5. O sistema romano, inspirador da maioria maciça dos que compõem o mundo ocidental hoje, era, em verdade, muito diverso. Aquele era um sistema de ações, baseado na lapidar definição de Celso, transcrita no artigo 76 do Código Civil Brasileiro: “A cada direito corresponde uma ação, que o assegura”. O sistema atual, ao contrário, é de direitos e não de ações.

Isto se deve ao desenvolvimento e autonomia do Direito Processual como ciência do Direito, inserido no universo do Direito Público.

6. Nos tempos primitivos do Direito Romano, a uma relação de direito obrigacional sempre correspondia uma ação — a *actio*. Era, pois, ação referente a uma relação pessoal.

Por outro lado, a uma relação de direito real sempre correspondia uma *vindicatio* que, dirigida pelo pretor, outorgava a oportunidade de, declarado o direito real do autor, este executar de modo privado a retomada do bem.

Contudo, parece-nos conclusivo o fato de que ambos mecanismos — o da *actio* e o da *vindicatio* — embora inicialmente diversos, confundiram-se no direito justinianeu, a ponto de caracteres pertinentes a um deles terem sido absorvidos pelo outro, e vice-versa.

Ademais, importante é notar que, na realidade, havia uma nesga de direito obrigacional no compartimento do direito real, cuja divisão era adotada somente para fins processuais, desde os primeiros tempos. Inexistia ainda, todavia, a noção de substituição pecuniária do bem.

7. Hoje, com a autonomia do Direito Processual, a situação é diversa. O imanentismo existente na teoria das ações tende a findar. E

isto não significa a derrocada do direito subjetivo, como alguns argumentam. De maneira nenhuma. Este subsiste e, agora, em dois campos — entre os demais: no Direito Civil, e naquele ramo que outrora era mero apêndice deste.

Com isso, surge um direito subjetivo material e um processual. O primeiro, dado àquele que tem efetivamente o referido direito; o segundo, dado a quem quiser perseguir em juízo um direito que considera ser seu — embora possa não sê-lo —, movendo a máquina jurisdicional.

Tudo isso decorre da mudança dos tempos. Não há mais como se pensar exatamente do modo pelo qual os romanos pensavam. Até mesmo porque eles alcançavam os fins por rituais; o mundo hoje deve buscar evitá-los ao máximo (exemplo disso, sem dúvidas, é o Juizado Informal de Pequenas Causas).

Assim, hoje, a ação processual difere da material, por ser um direito subjetivo abstrato, enquanto esta é direito subjetivo concreto. A primeira é instituto fundamental do Direito Processual, que deve servir de instrumento para a efetivação do direito, no campo civil, por exemplo.

Daí porque as soluções para defesa da propriedade não estão hoje nas ações processuais em si (como estavam na *vindicatio romana*), mas na satisfação do direito material declarada em sentença, com toda a força estatal. Não quero dizer, então, que toda a ação seja satisfativa, o que satisfaz o indivíduo é o direito material assegurado.

Também são hoje poucas as ações materiais que resolvam os problemas interpessoais. A tutela privada de direitos é restrita à lei, Ordem Pública, Moral e Bons Costumes. A convergência de ações materiais, pela autocomposição, é a melhor saída. Em esta não ocorrendo, o remédio jurídico se obtém através do instrumento denominado processo. Surge, pois, a figura da tutela jurisdicional.

8. Com isto, tem-se em vista que os mecanismos protetivos do direito de propriedade são, no mundo atual, divididos em duas categorias: os extraprocessuais e os processuais.

Extraprocessualmente, a defesa da propriedade pode ser justa ou injusta, legítima ou ilegítima, lícita ou ilícita. Caberá ao ordenamento jurídico pertinente dizer por quais maneiras se exerce a defesa lícita da propriedade. Aqui estamos em campo do Direito Civil tão-somente, fora, é claro, as demais matérias extraprocessuais.

O aspecto da licitude é sobretudo importante, pois está intrinsecamente ligado à validade do ato e do negócio jurídico, enunciada no art. 82 do Código Civil Brasileiro.

Detectamos os seguintes casos concernentes a esta matéria, em defesa da propriedade:

a) Desforço imediato — sendo ele cabível ainda ao mero possuidor, não há porque negá-lo ao proprietário, até mesmo se analisado dentro do raciocínio do art. 524 do diploma civil em vigor.

Seguindo as condições do desforço imediato que são dadas ao possuidor, podemos concluir que aquele, exercido pelo proprietário, deve ser proporcional à ofensa ao seu direito de propriedade, imediato a esta mesma ofensa, e suficiente para que ocorra o efetivo reaver do bem.

Portanto, o desforço imediato deve ser: suficiente e proporcional.

b) *Jus tolendi* de um bem do proprietário aderido à propriedade que é de outrem. O direito em questão não deve ser, entretanto, causador de prejuízos ao bem “maior” — o principal, que é de terceiro.

É muito comum a ocorrência da figura do denominado *jus tolendi* no campo das reivindicações. O possuidor de boa-fé pode levantar as benfeitorias e gastos úteis com a coisa. Ao possuidor de má-fé a nossa legislação, no art. 517, proíbe até mesmo o direito de tolher benfeitorias úteis e volutuárias.

c) Obtenção amigável de indenização pelos prejuízos causados ao bem, com base no art. 159 do Código Civil.

d) Cessaçãõ de infrações ao direito de vizinhança, de modo amigável.

9. Processualmente, o direito de ação pode ser exercido, não importando se a pessoa é proprietária ou não do imóvel. Contudo, por visar o processo “à vontade da atuação concreta da lei” (Chiovenda), em sendo a pessoa realmente proprietária, poderá vir a ter materialmente, pela força da sentença jurisdicional obtida, o direito pleiteado.

Não obstante, o direito de ação pode processualmente ser exercido na propositura da demanda, com base em:

a) reivindicação de um bem corpóreo — mesmo não sendo proprietário, o indivíduo já teve o seu direito de ação exercido. O que ocorrerá será o pronunciamento de carência de ação, no máximo. Ora, se esta ocorre, é porque não existem os requisitos mínimos preenchidos — impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade *ad causam* ou falta de interesse de agir;

b) obtenção de sentença declaratória negatória do direito de propriedade de terceiro possuidor direto ou detentor que não seja, portanto, proprietário;

c) obtenção, em juízo, de indenização pelos prejuízos causados à propriedade ou ao direito do que tem o domínio da mesma, a ser paga pelo terceiro possuidor direto ou detentor que não seja, pois, proprietário;

d) obtenção de sentença que vise coibir ou cessar a turbação ou abstenção desta, no campo dos Direitos de Vizinhança.

10. No campo penal, a propositura da ação cabível. Estas, ao contrário do processo civil (exceção feita à ação rescisória), são típicas (*fattispecie*), em virtude do tipo penal ser cerrado, ao contrário do que ocorre no Direito Civil. Entre outras: roubo, furto, apropriação indébita.

11. Além disto, é possível a propositura da demanda com base na demonstração de provas em processo iniciado outrora ou, ainda, como preparação a um processo que será posteriormente instaurado. Não se tratam, pois, de medidas que visem direta ou imediatamente a defesa da propriedade ou do direito do titular sobre a mesma, mas são meios pelos quais a defesa poderia ocorrer efetivamente.

Dentro da ótica da instrumentalidade do processo, seriam um instrumento para outro instrumento de obtenção judicial do direito material. Assim, as medidas cautelares não satisfativas.

Neste campo, insere-se a *cognominada actio ad exhibendum*, cujo processo é instrumento para outro processo, como o que visa a satisfação material do direito de indenização pelos prejuízos ocasionados ao bem ou, mesmo, à reivindicação da coisa.

12. O Direito, como toda a ciência, tem ramos distintos de atuação. Entretanto, tais ramos, embora possam ter diferenças peculiares, jamais poderão ter, entre si, incompatibilidades. Ainda mais, quando lidam com objeto idêntico. Embora possa parecer incompreensível, as diferenças existentes devem ser harmônicas.

Concernente à propriedade, pode-se afirmar que a mesma, estudada como é pelo Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Urbanístico, Direito Constitucional e Direito Penal, pode ser encarada sob ângulos diversos, porém nunca inconciliáveis, sob pena de desgaste e descrédito das próprias instituições jurídicas, bem como de eventual perecimento do bem e posterior advento de mais um conflito social crônico.

13. A ação reivindicatória é hoje remédio eficaz utilizado para o asseglamento do direito de propriedade. Socialmente, evita o caos e busca a paz social; juridicamente, vela pela própria harmonia do sistema vigente.

A sentença emanada do órgão jurídico competente visa a condenação do demandado, a fim de que este devolva o que não lhe pertence, valendo como título executivo.

14. Para garantia da indenização prévia e justa em dinheiro, bem como em defesa da propriedade, a desapropriação, inclusive quanto ao seu mérito, deveria sofrer a incidência de tutela jurisdicional específica.

15. A proteção da propriedade pode ainda evoluir em nosso ordenamento jurídico. A ofensa ao meio ambiente, como ofensa ao direito de vizinhança, é exemplo disto.

V) *Bibliografia*

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. — “Reivindicação e Sentença Condenatória” in *Revista de Direito Processual Civil*, nº 51.

BAUR, Fritz e Wanderley de PAULA — “O desenvolvimento da proteção ao direito de propriedade na República Federal da Alemanha” in *RDCV*, nº 27.

BEVILAQUA, Clóvis — *Direito das Coisas* — 1º volume, Rio de Janeiro, Editora Revista Forense, 4ª edição atualizada, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO — *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição ampliada e atualizada, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel — *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP e Martin WOLFF — *Tratado del Derecho Civil* — Derecho de Cosas I, Barcelona, BOSCH/Casa Editorial, 1937.

FRANÇA, Rubens Limongi — *Manual Prático de Desapropriação*, São Paulo, Editora Saraiva.

HAENDCHER, Paulo e Rémolo LETTERIELLO — *Ação Reivindicatória*, São Paulo, Editora Saraiva, 4ª edição, 1988.

HEILBRONER, Robert L. — *A formação da Sociedade Econômica*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1979, 4ª edição.

MOREIRA ALVES, José Carlos — *Direito Romano* — vol. I, Rio de Janeiro, Editora Forense, 5ª edição, 1983.

PONTES DE MIRANDA — *Tratado de Direito Privado* — Tomo XIV, Rio de Janeiro, Editora Borsóli, 1955.

RAO, Vicente — *O Direito e a Vida dos Direitos* — Vol. I, Tomo II, Vol. II, Tomo I, Editora Resenha Universitária, 1978.

ROUSSEAU, Jean-Jacques — *O Contrato Social*, São Paulo, Editora Tecnoprint.

STOLF, Nicola — *Il possesso e la proprietà*, Torino, Unione Tipografico, Editrice Torinese, 1926.

VIANA, Marco Aurélio S. — *Tutela da Propriedade Imóvel*, São Paulo, Editora Saraiva, 1982.

Constituição Federal de 1891.

Terras Devolutas

- Art. 64: Fronteira Jurídica do Campo de Competência da União e dos Estados-Membros

ODAH REGINA GUIMARÃES COSTA

Professora Titular, Livre-Docente e Doutora
do Departamento de História da Universi-
dade Federal do Paraná — UFPR. Bacharel
em Direito

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Constituição Federal de 1891: terras devolutas — art. 64 e suas repercussões. 3. A vigência da Lei de Terras de 1850 e as legislações de terras estaduais: o caso do Paraná. 4. A questão da Estrada de Ferro São Paulo — Rio Grande, no Paraná. 5. Divergências jurídicas na aplicação do art. 64, da Constituição Federal de 1891. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Povoamento e cultivo da terra constituíram os dois objetivos fundamentais, nem sempre atingidos, no processo de colonização aplicado no Brasil. O sistema das capitanias hereditárias, representado pela divisão do território brasileiro, em grandes porções, não surtiu o efeito desejado. O

Trabalho desenvolvido e concluído em setembro/1991, a partir de contribuição sobre "Terras devolutas", apresentada em Mesa redonda da XI Reunião Anual da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica — SBPH, realizada em São Paulo, em julho do mesmo ano.

bandeirismo, que contribuiu significativamente para a ampliação das fronteiras nacionais, contrastava com a disponibilidade de capitais e de mão-de-obra, insuficiente, muitas vezes, para levar avante um processo dinâmico de colonização, principalmente nas zonas do interior.

O regime das sesmarias, definidas pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas, como sendo

“dadas de terras, casaes ou pardieiros, que foram, ou são de alguns Senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são”¹

na prática, tornou-se inoperante, motivando a constituição de latifúndios, a maioria improdutivos, com o beneplácito da metrópole.

Numa atitude de desaprovação à política de terras aplicada no Brasil, por Portugal, e na tentativa de solucionar alguns dos problemas existentes na estrutura fundiária, o Príncipe Regente D. Pedro aboliu, por resolução de 7 de julho de 1822, o regime das sesmarias. Começam a se firmar os princípios jurídicos de que, para a legitimação da posse, que vai crescer significativamente no período de 1822 a 1850, são necessárias a cultura efetiva e a morada habitual. A posse deixa de se caracterizar por uma simples relação de fato entre o possuidor e a terra e passa a adquirir a condição jurídica de uma relação de direito, ou seja, de domínio sobre a terra.

RUY CIRNE LIMA traça, de modo exemplar, o histórico da posse, quando diz:

“Apoderar-se de terras devolutas e cultivá-las tornou-se cousa corrente entre os nossos colonizadores, e tais proporções essa prática atingiu que pôde, com o correr dos anos, vir a ser considerada como modo legítimo de aquisição do domínio, paralelamente a princípio, e, após, em substituição ao nosso tão desvirtuado regime das sesmarias.

Os dois processos chegaram a ter-se por equivalentes, — “o methodo até 1822 usado para a distribuição das terras por meio das sesmarias e o que tem-se empregado de então para cá por meio das posses” (111). [José Augusto Gomes de Menezes].

Depois da abolição das sesmarias, então, a posse passou a campear livremente, ampliando-se de zona a zona à proporção que a civilização dilatava a sua expansão geográfica.

Era a ocupação, tomando o lugar das concessões do Poder Público, e era, igualmente, o triunfo do colono humilde, do rústico

desamparado, sobre o senhor dos engenhos ou fazendas, latifundiário sob o favor da metrópole.

A sesmaria é o latifúndio, inacessível ao lavrador sem recursos.

A posse é, pelo contrário, — ao menos, nos seus primórdios, — a pequena propriedade agrícola, criada pela necessidade, na ausência de providência administrativa sobre a sorte do colono livre, e vitoriosamente firmada pela ocupação”.²

Os pontos essenciais do texto de CIRNE LIMA são o constante aumento da ocupação das terras devolutas pela posse, chegando a adquirir a condição de “modo legítimo” de obter o domínio da terra, primeiramente de modo paralelo e depois substituindo o regime das sesmarias, após a sua extinção, em 1822, e chegando a ser o regime predominante, acompanhando o processo de expansão geográfica. A posse, como vinha se efetuando, constituía uma espécie de usurpação do poder público. As diferentes formas de obtenção e ocupação da terra ligam-se às diferenciações existentes na sociedade, de um lado, o simples colono, e, do outro, o grande latifundiário, sendo que o sistema das sesmarias está relacionado com determinado tipo histórico, representado pelo grande proprietário de terras, e, a posse, principalmente nas primeiras etapas, com o simples colono. Só faltava mesmo a legitimação da posse perante a lei, para resguardar os direitos daqueles que não haviam sido aquinhoados pelo poder estatal.

A temática do presente trabalho desenvolve-se nos fins do Império e atinge a 1.^a República e o Estado Novo. As transformações que vinham ocorrendo na transição do Estado unitário para o Estado federativo vão ser, entretanto, insuficientes para romper a antiga ordem tradicional conservadora. Não se verifica, na verdade, uma ruptura. Dá-se, muito mais, a substituição de elementos tradicionais por elementos renovadores. Constituem prova, dentre outras, dessa transformação, a substituição do sistema de trabalho escravo pelo trabalho livre, o incentivo da colonização em geral e da imigração estrangeira e a tentativa da solução de alguns problemas ligados à estrutura fundiária, principalmente aqueles das terras devolutas; a mudança da ordem institucional e constitucional, com a substituição do regime monárquico pelo republicano, com a implantação do federalismo e da conseqüente divisão de competência entre a União e os Estados-Membros, no que se refere a terras devolutas, firmada na Constituição Federal de 1891³, através do art. 64, que comemora, neste ano, o seu centenário, e concretizada nas diversas Constituições estaduais. Os Estados, que substituíram as ex-províncias imperiais, passaram a constituir núcleos de poder decisório sobre as terras devolutas, com competência soberana dentro dos seus limites territoriais. De início, vão surgir algumas questões de terras entre a União e os Estados, originadas, inclusive,

da necessidade de determinar a fronteira jurídica de cada campo de competência, sem contar, inclusive, com as querelas entre os Estados e as companhias de colonização e/ou particulares.

A resistência às mudanças, mesmo superadas as primeiras crises da era republicana (Revolta da Armada e Revolução Federalista, de tão graves conseqüências no Paraná, e Canudos), o enfraquecimento do Estado Nacional, como o poder dispersado pelos centros de decisões regionais (São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul), a “política dos Estados”, ou política dos governadores, a permanência do poder nas mãos dos senhores de terra, representados pelo coronelismo da época, tudo contribuiu para a sobrevivência de antigas formas na estrutura fundiária, expressas, inclusive, pelos privilégios concedidos a latifundiários, políticos, empresários, companhias de construção de estradas de ferro, com garantia de juro e concessão de terras devolutas, companhia de colonização e mesmo particulares.

O Estado, patrimonial, tradicional, interventor, vai continuar a pôr em prática uma política de conciliação entre os seus interesses e os dos seus protegidos, sendo muito mais uma República a serviço dos grupos dominantes do que o povo em geral. O Estado, dentro dessa política, continua a fazer largas concessões, ou vendas de terras, aos interessados, a preços muito abaixo do valor real. Com tal procedimento, o Estado corria o risco de ver fracassados os planos de colonização, por falta do cumprimento das cláusulas contratuais pelos concessionários, muito mais interessados em conservar as terras e esperar a sua valorização para depois vendê-las e obter maior lucro. Daí a necessidade da aplicação de uma política moralizadora da situação, o que será possível após a Revolução de 1930, incluindo a anulação de diversas concessões, como os casos ocorridos no Paraná. Os problemas de terras, representados pelas ocupações indevidas, pela “grilagem” de terras e o não-cumprimento dos planos de colonização, constituíram um constante desafio ao governo, tanto na esfera federal, tendo à frente Getúlio Vargas, como no Estado do Paraná, sob o governo dos Interventores Mário Tourinho, Manoel Ribas, Brasil Pinheiro Machado e outros governadores.

As crises e a instabilidade institucional refletem-se na promulgação de outras Constituições Federais, as de 1934, 1937 e 1946⁴ e Constituições Estaduais⁵, incluindo, no Paraná, além da de 1892, as de 1927, 1935 e 1947⁶, nas revoluções e na instalação do Estado Novo. O autoritarismo governamental choca-se com os interesses dos grupos dirigentes e de parte da população que, a duras penas, começava a adquirir o seu direito de cidadania e a se firmar como agente social na sociedade brasileira. A grave crise mundial (1939 — 1945) impediu toda e qualquer iniciativa no sentido de mudar a ordem estabelecida. Após a crise mundial, reforça-se a atitude favorável à afirmação dos princípios democráticos, mesmo sob a

forma política do estadonovismo, marcando-se as eleições para a presidência da República e dos representantes do povo junto às Câmaras Legislativas, culminando com a deposição do Chefe do Executivo e promulgação da Constituição Federal de 1946, que tentou fortificar o federalismo e garantir os direitos individuais, os direitos sociais e a democracia social.

O tema deste trabalho é amplo e dá margem à uma série de reflexões, tentando-se determinar em que medida os preceitos constitucionais, as legislações de terras e a jurisprudência atuaram na regulamentação das terras devolutas. O problema fundamental é expresso pela necessidade da definição jurídica do domínio das terras devolutas concedidas, na então Província do Paraná, pelo Decreto Imperial n.º 10.432, de 9 de novembro de 1889, no final do Império, ao engenheiro João Teixeira Soares, ou à Companhia que ele fundasse (*Compagnie Chemins de Fer Sud Ouest Brésilien*), para construção, uso e gozo de estrada de ferro, privilégio este revalidado, com alterações, pelo Governo Provisório da República (decreto n.º 305, de 7 de abril de 1890). Pelo Decreto n.º 2.386, de 6 de junho de 1893, houve transferência de direitos e obrigações à Companhia Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande, que, por sua vez, fez cessão à Companhia Brasileira de Viação e Comércio — BRAVIACO (termo de transferência de 22 de novembro de 1920), criando uma situação litigiosa entre o Estado do Paraná, a União e as duas Companhias, principalmente pela concessão de enormes áreas de terras devolutas em território paranaense.

2. *Constituição Federal de 1891: terras devolutas — art. 64 e suas repercussões*

A Constituição Imperial de 1824⁷ não apresenta nenhum dispositivo constitucional acerca das sesmarias e terras devolutas, não levando em consideração as sugestões de José Bonifácio de Andrada e Silva, dadas em 1821, para a revisão da estrutura agrária brasileira e, em especial, da Província de S. Paulo⁸, à qual pertencia a 5.^a Comarca, que seria mais tarde a Província do Paraná. Por influência das idéias liberais e do Código Napoleônico, a referida Constituição instituiu, entre outros, no art. 179, o princípio da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos brasileiros, com base na liberdade, segurança individual e propriedade, prescrevendo, no § 22, o direito pleno de propriedade e a desapropriação por utilidade pública, por indenização prévia. Este direito foi consagrado em todas as outras Constituições (Constituição Federal de: 1891, art. 72, § 17; 1934, art. 113 § 17; 1937, art. 122 § 14; 1946, art. 141 § 16). O Paraná garantiu o direito à propriedade e/ou estabeleceu a competência do Congresso, da Assembléia Legislativa, ou do Estado, de legislar sobre terras e desapropriação, ou regulamentar o uso das terras através das Constituições de: 1892, art. 125 § 21 e art. 23 §§ 19 e 20; 1927, art. 23 § 27, letras v e f;

1935, art. 22 § 14, letras e e f; 1947, art. 23, item XII, art. 81, item X c arts. 82 a 85.

O Estado Federativo passou o domínio das terras devolutas aos Estados, ao aprovar os substitutivos dos representantes Julio de Castilhos com outros e F. Penna, resultando o art. 64 da Constituição Federal de 1891. O art. 64 prescreve o seguinte:

"TÍTULO II

Dos Estados

.....

Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Parágrafo único — Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados em cujo território estiverem situados.”⁸

O federalismo, ao passar para os Estados o domínio e a competência de legislar sobre terras devolutas situadas nos seus territórios, descentralizava também o tratamento e a regulamentação dos problemas fundiários, não constando dos planos governamentais da República a realização de uma reforma agrária. A transferência do domínio aos Estados fez com que a Constituição de 1891 concedesse, como competência privativa do Congresso Nacional, o poder de legislar sobre terras e minas pertencentes à União (art. 34 § 29), além de garantir a “segurança das fronteiras” (art. 34, § 16).

A República tentou solucionar alguns problemas com a promulgação de vários documentos legais, a exemplo, o Decreto n.º 451-B, de 31 de maio de 1890, que instituiu o registro e transmissão de imóveis pelo sistema Torrens, regulamentado pelo Decreto n.º 955-A, de 5 de novembro de 1890, que constituiu um tipo de registro fundiário e de prova de direito de propriedade. Definiu, pela primeira vez, pelo Decreto-Lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, as terras devolutas federais e estabeleceu uma regulamentação mais racional com o Estatuto da Terra, baixado pela Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1954.

Os Estados firmaram os princípios da Constituição de 1891 nas suas Constituições e organizaram suas legislações de terras, procurando criar instrumentos necessários à regulamentação da estrutura fundiária e, sobretudo, solucionar problemas ligados às terras devolutas. A exemplo, o Rio

Grande do Sul, que estabeleceu, pela Lei n.º 28, de 5 de outubro de 1899, a sua Lei de Terras Públicas, e São Paulo, que lançou as bases para uma legislação de terras modelar, promulgando a Lei n.º 323, de 22 de junho de 1895⁹, que dispôs sobre terras devolutas, sendo regulamentada pelo Decreto n.º 343, de 10 de março de 1896¹⁰.

3. *A vigência da Lei de Terras de 1850 e as legislações de terras estaduais: o caso do Paraná*

Ao analisar os problemas de terras devolutas é necessário colocar alguns princípios e conceitos básicos da legislação imperial, representada pela Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850¹¹, e seu regulamento, instituído pelo Decreto n.º 1.318, de 30 de janeiro de 1854¹², com vigência na República, e da legislação de terras do Estado do Paraná, criada por força do art. 64 da Constituição Federal de 1891, e expressa pela Lei n.º 68, de 20 de dezembro de 1892¹³ e pelo seu regulamento, baixado pelo Decreto n.º 1, de 8 de abril de 1893¹⁴. O art. 1.º da Lei de Terras de 1850 estabeleceu a proibição da aquisição de terras devolutas por outro título que não fosse o de compra, com exceção das terras localizadas na área de fronteira do Brasil com países estrangeiros, na extensão de 10 léguas, com previsão para serem "concedidas gratuitamente". A Lei n.º 68 determinou, no art. 1.º, que as terras devolutas situadas nos limites do Estado do Paraná e fazendo parte do seu patrimônio, *ex vi* do art. 64 da Constituição Federal, da mesma forma só poderiam ser adquiridas pela compra, ou por "transmissão do seu domínio útil por aforamento". Este é o princípio fundamental da Lei de Terras de 1850 e, por extensão, da Lei Estadual n.º 68, substituindo, definitivamente, o regime das sesmarias, extinto em 1822.

O conceito de terras devolutas é firmado no art. 3.º da Lei de Terras de 1850 e no art. 2.º da Lei n.º 68, caracterizando-se: I — por aquelas que não se achassem aplicadas "a nenhum uso público nacional, provincial ou municipal", e, na Lei n.º 68, "a algum uso público federal, estadual ou municipal"; II — por aquelas que não se achassem "no domínio particular por qualquer título legítimo" nem fossem obtidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, constando, na Lei n.º 68, apenas a expressão "concessões do Governo", não tendo incorrido "em comissão por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura"; III — as que não fossem dadas por sesmarias ou posses, ou por outras concessões do Governo, na Lei de Terras de 1850, pelo Governo Imperial, que, mesmo "incursas em comissão", fossem "revalidadas ou legitimadas por esta Lei", e, inclusive, pela Lei n.º 68; IV — prescrevia, a Lei de Terras de 1850, como sendo aquelas que não se achassem "ocupadas por posses", que, mesmo sem fundamento em título legal, fossem "legitimadas por esta Lei", e a Lei n.º 68 caracterizava como sendo aquelas que faziam parte das concessões efetuadas pelo Governo Federal, após

15 de novembro de 1889, que fossem consideradas caducas pelo não-cumprimento das condições estabelecidas. Saliente-se que a legislação vinha condicionando a validade da legítima posse das terras devolutas a dois elementos imprescindíveis: a cultura efetiva e a morada habitual do possessor, ou do preposto. Da mesma forma, as terras devolutas não se caracterizavam simplesmente por serem terras sem dono, mas terras públicas sob a jurisdição do Estado, que podia dispor delas.

O mesmo espírito que presidiu a organização da Lei de Terras de 1850 está presente na Lei n.º 68, principalmente ainda no que diz respeito à revalidação, legitimação e venda das terras (arts. 4.º 5.º e 14 da Lei n.º 601, e arts. 3.º 4.º e 11 da Lei n.º 68) e ao modo prático de estrear o domínio público do particular (art. 10 da Lei n.º 601 e art. 1.º das Disposições Transitórias da Lei n.º 68).

4. *A questão da Companhia Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande, no Paraná*

Pelas implicações que teve nas relações de direito entre a União e o Estado do Paraná, a questão da Companhia Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande, e depois da Companhia Brasileira de Viação e Comércio — BRAVIACO, que colocou em xeque o domínio de extensas glebas e milhares de metros quadrados de terras devolutas em território paranaense¹⁵, constitui um exemplo perfeito das repercussões da aplicação do art. 64 da Constituição Federal de 1891.

As raízes da questão prendem-se ao Decreto n.º 10.432, de 9 de novembro de 1889, tendo como concessionário João Teixeira Soares, concessão esta que infringiu todos os outros decretos que regulamentaram as concessões ferroviárias, pelo vultoso patrimônio em jogo, contrariando o que estabelecia a Lei de Terras de 1850, que previa a compra e não a concessão de terras devolutas, constituindo uma clara violação dos direitos da então Província do Paraná.

O traçado inicial devia principiar em Itararé (Província de São Paulo) até Santa Maria da Boca do Monte (Província do Rio Grande do Sul), com 2 ramais, de Imbituva a Guarapuava, seguindo o Piquiri até o rio Paraná (fronteira com o Paraguai), com 2 sub-ramais, o primeiro ligando as seções navegáveis deste último rio, e outro, começando em Guarapuava seguindo até o Iguazu, até alcançar a foz (fronteira com a Argentina e o Paraguai); o segundo ramal, originando-se na linha tronco, próximo a Cruz Alta, e seguindo até as margens do rio Uruguai (fronteira com a Argentina). O Governo Provisório da República, ao revalidar o ato administrativo, que não foi assinado, sem examinar o mérito da questão, trouxe inúmeros pro-

blemas ao Paraná, prejudicado, inclusive, pelas constantes alterações nos traçados das linhas (Decreto n.º 3.917, de 7 de março de 1901). O projeto deveria inserir-se num gigantesco sistema de viação, ligando diversos Estados, como Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e as linhas de fronteira da Argentina e Paraguai a São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Capital Federal, com diversos ramais no Paraná (Ivaí—Piquiri—Paraná; Prudentópolis, Guarapuava, Iguaçu—Paraná). Pelo Decreto n.º 11.905, de 19 de janeiro de 1916, a Companhia Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande assumiu o compromisso de construir, no Paraná, a linha tronco Itararé—União da Vitória e ramais (Porto União, Foz do Iguaçu e sub-ramal Sete Quedas; Guarapuava—Estrada de Ferro Paraná; Paranapanema, isto é, Jaguariaíva—São José, Ourinhos)¹⁵.

Longe de ver os trabalhos concluídos, o Paraná continuava a titular terras à Companhia, principalmente no que se refere à construção do ramal Guarapuava a Foz do Iguaçu, via rio Jordão (áreas em Palmas, Guarapuava e Tibagi), com previsão de penalidades, a serem aplicadas ao concessionário, pelo não-cumprimento dos dispositivos contratuais (Decreto n.º 613, de setembro de 1917). Para caucionar a construção da linha tronco Itararé—Uruguai, o Paraná titulóu, na ocasião, 17 glebas, perfazendo 9.337.318.489m²¹⁵. A falta de cumprimento do compromisso assumido (linha entre Curitiba—Ponta Grossa a Guarapuava), levou a Companhia Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande a transferir direitos e obrigações à Companhia Brasileira de Viação e Comércio — BRAVIACO, aquinhoadas com títulos definitivos de propriedade, num total de 1.090.000 ha, com caução de mais 1.480.000 ha.¹⁵

O assunto, que monopolizou a opinião pública por mais de 50 anos e teve projeção nacional, motivou, dentre outras medidas, o surgimento de teses, umas a favor do concessionário, e, outras em prol dos direitos do Paraná. A ação do Governo estadual, representado pelos Interventores Mário Tourinho, que promulgou o Decreto n.º 300, de 3 de novembro de 1930¹⁶, que rescindiu o contrato com as referidas Companhias, e Manoel Ribas, que, pelo Decreto n.º 800, de 8 de abril de 1931¹⁷, regulamentou a venda de terras devolutas e as revalidações de posses no Estado, e que, através do Decreto n.º 967, de 23 de abril de 1934¹⁸, transferiu, para o Governo Federal, o acervo da linha de Guarapuava; a atuação de deputados federais junto à Câmara dos Deputados, desde Carlos Cavalcanti de Albuquerque, e, na década de 1950, Bronislau Ostoja Roguski e Rocha Loures; os estudos de engenheiros paranaenses, João Moreira Garcez, (ligação Brasil—Paraguai) e Antonio Baptista Ribas (“Porque o acervo da São Paulo—Rio Grande não tem mais direito a terras no Estado do Paraná”), a disputa judicial e a participação do povo paranaense em geral conseguiram reverter o quadro da situação, reincorporando as terras, até então não utilizadas, ao patrimônio territorial do Estado do Paraná, antes da vigência dos decretos de incorporação da Companhia à União, ou melhor, dos bens da

Brazil Railway Co. e das empresas dela dependentes, "A Noite", "Rio Editora" e "Rádio Nacional" (Decretos-Leis federais n.º 2.073, de 8 de março, e n.º 2.436, de 22 de julho de 1940).

5. *Divergências jurídicas na aplicação do art. 64 da Constituição Federal de 1891*

Os constitucionalistas, em princípio, ao comentar a Constituição Federal de 1891, concordam, na essência, com o teor do art. 64, no que se refere ao domínio das terras devolutas pelos Estados, como o Ministro do Supremo Tribunal Federal, João Barbalho Uchôa Cavalcanti, contemporâneo do diploma legal e autoridade no assunto. Diz ele:

"Com efeito, tendo sido as antigas províncias brasileiras elevadas á categoria de "Estados" e sendo destes um elemento essencial o território, é patente que as terras nelle comprehendidas e não occupadas, ou abandonadas por seus antigos possuidores, são do dominio do Estado em que ellas se acham. De modo que bastariam os arts. 2 e 4 da Constituição para resolver a questão do dominio das terras devolutas, si não existisse o art. 64, cuja presença entre as disposições constitucionaes menos necessaria se tornava para affirmar aquelle direito dos Estados, do que para assegurar á União meio de satisfazer as necessidades de character federal a que o mesmo artigo se refere. E por aqui se vê quam desarrazoada é a grita contra esta disposição, bradando-se que a União foi despojada *de suas terras*.¹⁹

O comentário acima exposto confirma o domínio indiscutível, pelos Estados, de terras "não occupadas ou abandonadas", situadas em seus territórios, encontrando amparo e justificativa nos arts. 2 e 4, que bastariam para solucionar o problema das terras devolutas, caso não fosse estabelecido o art. 64, que serviu, segundo João Barbalho, menos para assegurar os direitos dos Estados do que garantir à União as condições de dispor, no plano federal, sobre o que lhe competia pelo referido artigo, sendo injustificada a "grita", contra o dispositivo constitucional, daqueles que se queixavam "que a União foi despojada *de suas terras*". As divergências jurídicas em torno do art. 64 referem-se não à essência, mas à sua applicabilidade a casos concretos, como ocorreu no Paraná.

A questão de terras devolutas no Paraná coincidiu com o surgimento de teses de juristas de renome, como RODRIGO OCTAVIO²⁰ e RUI BARBOSA²¹, que defenderam a transferência do domínio da União para o concessionário, representado, na época, pela Companhia Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande. Consideraram dispensada a tradição da

coisa, a transcrição de títulos de aquisição, por se tratar da concessão do Estado, efetuada por decreto, tendo a União, segundo eles, agido em função do poder público com base na legislação em vigor (art. 267 do Decreto n.º 3.453, de 28 de abril de 1864, depois consagrado no art. 234, do Regulamento n.º 370, de 2 de maio de 1900).

RODRIGO OCTAVIO fundamenta a sua tese no seguinte:

“O concessionário adquiriu, desde logo, o domínio sobre elas (as terras devolutas); e, se é certo que para a aquisição do domínio não basta simplesmente o título mas deve aceder a tradição (Teixeira de Freitas, *Consolidação*, art. 908) não é menos certo que, depois do regime hipotecário entre nós, a tradição dos imóveis e a *transcrição* e esta não é necessária quando o título de transferência é uma concessão direta do Estado por lei ou decreto, como era expresso no art. 267 do Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 3.453 de 26 de abril de 1864, vigente ao tempo em que foi feita a concessão São Paulo—Rio Grande, dispositivo hoje consignado no art. 234 do Regulamento n.º 370 de 2 de maio de 1900.”²⁰

RUI BARBOSA, ao se pronunciar sobre o assunto, confirma:

“Tratando-se de uma doação de coisas immoveis, feita pelo Imperio, e confirmada legislativamente pelo Governo Provisorio da Republica, o effeito immediato e necessario do contracto, segundo nos parece, foi a transferencia do anterior dominio da Nação sobre essas coisas para o concessionario; pois, embora seja regra geral do direito brasileiro que a transferencia do dominio depende da tradição da coisa, não menos certo é que essa tradição, quanto aos bens immoveis, só se pôde fazer pela transcrição dos titulos de aquisição; a qual, por sua vez, foi excepcionalmente dispensada em relação ás alienações feitas pela União, quando esta procede no caracter de poder publico. Tal é a regra expressa no art. 267.º do Decreto n.º 3.453, de 26 de Abril de 1864, em vigor ao tempo da concessão feita á Companhia, e que, portanto, legitima claramente a opinião que deixamos enunciada.”²¹

RUI BARBOSA vai mais longe. Concordando com o direito do domínio ou compropriedade, expresso pelo Consultor-Geral da República, em parecer sobre o direito da Companhia, em relação às terras devolutas em Santa Catarina, RUI BARBOSA diz:

“Desta sorte, sendo a Companhia já proprietaria das terras, ao tempo da promulgação da Constituição, embora em *commum*

com a União, é manifesto que o art. 64.º da citada lei não a podia esbulhar deste seu direito, legítima e definitivamente adquirido.”²¹

Nesse sentido, RUI BARBOSA reconhece o domínio da Companhia sobre as terras devolutas, na época da promulgação da Constituição, num direito de propriedade com a União, contestando a aplicação do art. 64, para não ferir o seu direito “legítima e definitivamente adquirido”.

JOSÉ EDUARDO PRADO KELLY, através de Parecer, que constitui documento jurídico da mais alta lavratura, datado de 12-11-51²², e encaminhado, em discurso do Deputado Federal pelo Paraná, OSTOJA ROGUSKY, à Presidência da Câmara dos Deputados, a 23-11-51¹⁵ no Rio de Janeiro, sobre “Concessão de terras devolutas no Estado do Paraná”¹⁶, coloca-se teórica e doutrinariamente contra os dois insignes juristas. O assunto veio à tona, a nível do Legislativo, por ocasião da transação efetuada entre as Empresas Incorporadas da Companhia Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande (*A Noite*, *Rio Editora* e *Rádio Nacional*), que fez cessão de direitos e obrigações à Companhia de Viação Brasileira — BRAVIACO, e a Clevelândia Industrial Territorial Ltda. — CITLA, envolvendo a doação, em pagamento, de mais terras no Paraná. PRADO KELLY defendeu o domínio do Paraná sobre as terras devolutas, contrariamente aos dois juristas, RODRIGO OCTAVIO e RUI BARBOSA, apresentando a tese da *não-transferência* da coisa, da *não-existência* da tradição e da *não-transcrição*, não havendo, portanto, transmissão da União para a Companhia Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande, não podendo o Governo Provisório da República revalidar um ato que não tinha validade jurídica.

Outro aspecto defendido por RUI BARBOSA diz respeito ao compromisso assumido pela Nação brasileira, através dos seus órgãos competentes, de entregar terras à Companhia, o que seria confirmado pelo Governo Provisório da República, com alteração da área de terras devolutas, mencionando que a Nação, pela *Lei Magna*, criou os Estados-Membros, e cedeu-lhes “as funções relativas às terras devolutas,” localizadas nos seus territórios, numa transmissão pura e simples para os Estados das obrigações anteriormente assumidas.²¹ PRADO KELLY rebateu esta tese, confirmando que a União não contava com meios para impor o compromisso quanto às terras devolutas, haja vista que os próprios poderes federais, originados da Constituição, “estavam limitados por ela” e dela dimanou “a transmissão do domínio para o Paraná”,²⁰ contra o que não podiam se sobrepor os direitos reclamados pela Companhia.

O “Parecer Prado Kelly” baseia-se na solução de 4 questões sobre a problemática da Companhia Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande

e da Companhia Brasileira de Viação e Comércio — BRAVIACO.²² A 1.^a questão, centrada na transferência legal, ou não, até 24 de fevereiro de 1891, do domínio das terras devolutas à Companhia que o engenheiro João Teixeira Soares viesse a organizar, por força do Decreto imperial n.º 10.432, de 9 de novembro de 1889, e Decretos do Governo Provisório da República n.ºs 305, 462 e 920, de 7 de abril, 7 de junho e 24 de outubro de 1890, recebeu resposta *negativa*. Fundamenta-se, dentre outros argumentos, na necessidade da sua aprovação pela Assembléia Geral do Império, na falta de “novação” do contrato na nova ordem republicana, na exigência da assinatura do contrato pelo concessionário, na “individualização dos bens doados”, nas constantes modificações feitas nos traçados das linhas, com graves prejuízos ao País e ao Paraná, com supressão do sub-ramal de Guarapuava à Foz do Iguaçu, que depois foi reincorporado, na retirada dos compromissos de colonização.

A 2.^a questão sobre a transferência, ou não, pelo art. 64, da 1.^a Constituição Republicana, para o Estado do Paraná, do domínio, anteriormente nas mãos da União, sob as mesmas terras localizadas na ex-Província do Paraná, obteve resposta *positiva*. Os argumentos utilizados pelo autor são os seguintes: a filosofia que norteou os trabalhos da Assembléia Legislativa e a aprovação da Emenda Júlio de Castilhos e outros, que deu origem ao art. 64; a permanência das terras em questão no domínio da Nação, quando da promulgação da Constituição Republicana, registrando-se a passagem direta para o Estado do Paraná; a legislação civil da época; a confirmação da necessidade da tradição e da transcrição; a “intransmissibilidade” das obrigações do Estado; a falta de competência da União no sentido de legislar sobre terras devolutas estaduais; os pronunciamentos do Executivo, a esse respeito, em avisos ministeriais (Secretário João Barbalho, 10-10-1891, reclamante Pedro Antonio de Carvalho, pedido indeferido de terras no vale do Manhuassu, em Minas; Ministro Antonio Gonçalves Ferreira, 1893, peticionário Joaquim Verissimo do Rego Barros, possuidor de terras devolutas na Serra da Prata, na Província das Alagoas (1882), parecer indeferido).

A 3.^a questão fundamenta-se na possibilidade, ou não, de negar a validade do Decreto estadual n.º 300, de 4 de novembro de 1930, que rescindiu os contratos firmados pelo Governo do Estado do Paraná com as Companhias Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande e Brasileira de Viação e Comércio, em 1917, 1920 e 1928, estabelecendo a caducidade dos benefícios e a anulação dos títulos de domínio que haviam sido concedidos. A resposta foi *negativa*, sendo comprovada a rescisão do contrato firmado com a primeira Companhia, em 23 de agosto de 1920, e por ela cedido à BRAVIACO, e o aditamento de 8 de julho de 1920, atos subsequentes e contratos anteriores, considerando em caducidade o privilégio, a concessão e outros favores, bem como revertendo, para o Estado do

Paraná, a totalidade das obras realizadas na Estrada de Ferro de Guaruva, sem qualquer indenização, sendo declarados nulos os títulos de domínio de terras, reconhecendo-se, em toda a sua plenitude, o poder do Estado para rescindir o contrato, com base em Pareceres da Consultoria-Geral da República, na jurisprudência e nos preceitos constitucionais (Constituição Federal de 1934, Disposições Transitórias art. 18), e não *interposição de recurso por parte da interessada*.

A 4.^a questão propunha se a situação jurídica, decorrente do referido decreto e atos executórios que o completaram, seria, ou não, anulada pelos Decretos-Leis federais n.º 2.073, de 8 de março, e n.º 2.436, de 22 de julho de 1940, que fizeram reverter à União a Companhia, ou melhor, os bens do Brazil Railway Co. e das empresas que lhe eram subordinadas, *A Noite, Rio Editora e Rádio Nacional*. A questão foi respondida de forma *negativa*. As provas apresentadas neste sentido por PRADO KELLY são insofismáveis: a validade do Decreto n.º 300 e dos atos executórios; a ação sumária movida pelo Estado do Paraná / (Lei Estadual n.º 2.708, de 30 de abril de 1929, art. 1.º), com relação ao cancelamento das transcrições de títulos de domínio de terras, que foi julgada procedente; a caducidade das concessões referentes ao ramal do Paranapanema, das linhas de Porto União à Foz do Iguaçu e do ramal de Guarapuava (Decretos n.ºs 19.917 e 19.918, de 24 de abril de 1931), com a reversão das terras não utilizadas ao Estado do Paraná; a negação de recursos encaminhados pelas Companhias ao Supremo Tribunal (acórdão de 20 de setembro de 1933) e de recurso extraordinário, resultando na confirmação da sentença em primeira instância (acórdão de 21 de junho de 1940), que transitou em julgado, garantindo-se os direitos do Paraná, que ordenou que fossem canceladas as áreas concedidas nas comarcas de Tibagi, Foz do Iguaçu, São Mateus do Sul e Clevelândia. As Empresas Incorporadas embargaram as cartas precatórias enviadas às comarcas, sendo a sua argumentação contestada por PRADO KELLY, que considerou completamente infundada a assertiva de que, “no sistema federativo prevalecem as leis federais sobre as estaduais”, juntando que “a técnica da federação” fundamenta-se, essencialmente, na “discriminação de competência” e que, tanto a União, como os Estados-Membros possuem “funções privativas e, dentro dos seus limites, soberanas”.²² Essa também é a nossa tese.

Considerações finais

A necessidade da determinação da fronteira jurídica do campo de competência da União e dos Estados-Membros pôs à prova do art. 64 da Constituição da República de 1891. Houve, mesmo, a ameaça da inviabilização da aplicação deste elemento inovador, tão necessário à modernização no tratamento e evolução de questões relacionadas com a estrutura fundiária brasileira, incluindo terras devolutas no Paraná. Estes embates

são necessários e, muitas vezes, inevitáveis, mas desde que o princípio obtenha aprovação constitucional e funcionalidade na sua aplicação, ele se incorpora ao processo histórico. Ao chegar a este estágio, haverá um verdadeiro equilíbrio, indispensável, também, no que diz respeito, à legislação de terras, estando consagrada a sua própria validade jurídica.

Bibliografia

1. PORTUGAL. Leis, Decretos etc. Ord. Man., livro IV, tit. 67, princ.: ao invés de “dadas”, “as que se vão”; Ord. Filip., liv. IV, tit. 43, princ. In: LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*, sesmarias e terras devolutas. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 21.
2. LIMA, *Pequena história territorial do Brasil*, ... p. 47.
3. BRASIL. Constituições. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. In: *Constituições do Brasil*: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações. Índice: Ana Valde- rez A. N. de Alencar. Leyla Castello Branco Rangel. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1966, v. 1, pp. 83-107.
4. BRASIL. Constituições. Constituições Federais de 1934, 1937 e 1946. In: *Constituições do Brasil*: ... v. 1, pp. 137-88, 191-223, 257-99.
5. FREIRE, Felisberto. *As Constituições dos Estados e a Constituição Federal*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1898, 637 p.
6. PARANÁ. Constituições. Constituições do Estado do Paraná de 1892, 1927, 1935 e 1947. In: FANCKIN, Reginaldo. *Sistema constitucional do Paraná*: contribuição à história política do Estado. Curitiba: Artes Gráficas, pp. 59-87, 101-21, 129-61, 186-217.
7. BRASIL. Constituições. Constituição política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. In: ——. COLLEÇÃO das leis do Imperio do Brasil de 1824. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886, pt. 1. pp. 3-36.
8. SILVA, José Bonifácio de Andrada e. Instruções do governo provi- sorio de S. Paulo aos deputados da Provincia ás cortes portuguesas, para se conduzirem em relação aos negocios do Brazil. In: ——. O PATRIARCHA da Independência: José Bonifácio de Andrada e Silva (dezembro de 1821 a novembro 1823). São Paulo: Editora Nacional, pp. 175-7, 1939 (Brasília, v. 166).
9. SÃO PAULO. Leis, Decretos etc. LEI nº 323, de 22 de junho de 1895. In: ALBUQUERQUE, João de Sá e. *Divisão e demarcação das terras particulares*. São Paulo, Casa Garnaux, 1897, pp. 165-77.
10. ——. DECRETO nº 343, de 10 de março de 1896. In: ALBUQUERQUE, *Divisão e demarcação das terras particulares*, ... pp. 179-241.

11. BRASIL. Leis, decretos etc. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1851. In: ———. COLLEÇÃO das leis do Império do Brazil de 1950. Rio de Janeiro: Typ. Nacional. 1851. t. 1, pt. 1, sec. 44, pp. 307-13.
12. BRASIL. Leis, Decretos etc. Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, para execução da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, a que se refere o decreto desta data. In: ———. COLLEÇÃO das leis Imperio do Brasil de 1854. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1854, t. 17, pt. 2. pp. 10-28.
13. PARANÁ. Leis, Decretos etc. Lei nº 68, de 20 de dezembro de 1892. In: ———. LEIS e regulamentos do Estado do Paraná de 1892. Curitiba: Typ. da Companhia Impressora Paranaense, 1893, pp. 39-44.
14. PARANÁ. Leis, Decretos etc. Decreto nº 1, de 8 de abril de 1893. Manda observar o Regulamento para execução da Lei nº 68, de 20 de dezembro de 1892, sobre terras do Estado do Paraná. In: ———. LEIS e regulamentos do Estado do Paraná de 1892. Curitiba: Typ. da Companhia Impressora Paranaense, 1893, pp. 88-111.
15. ROGUSKI, Ostojka. *Concessão de terras devolutas no Estado do Paraná: Discurso de 23-11-51*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1951, pp. 1-8 e 43-4.
16. PARANÁ. Leis, Decretos etc. Decreto nº 300. Rescinde o contracto firmado com a Companhia Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande, de 23 de agosto de 1920 e por esta cedido à Companhia Brasileira de Viação e Commercio e o additamento de 8 de junho de 1828. ... *Diário Oficial, Estado do Paraná*. Curitiba: nº 77, pp. 5-7, 1930.
17. PARANÁ. Leis, Decretos etc. Decreto nº 800, de 8 de abril de 1931. Regulamenta a venda de terras devolutas e as revalidações e legitimações das posses no Estado. In: BELTRÃO, Francisco Gutierrez, comp. *Legislação de terras vigente até 30 de dezembro de 1934*, ... Curitiba, João Haupt, nº 2, pp. 185-9, 1940.
18. PARANÁ. Leis, Decretos etc. Decreto nº 967, de 23 de abril de 1934, que transferiu ao Governo Federal todo o acervo da linha de Guarapuava. *Diário Oficial, Estado do Paraná*. Curitiba, a. 4, nº 902, p. 1, 25 abr. 1934.
19. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira — commentarios*. Rio de Janeiro, Typographia da Companhia Litho-Typographia, em Sapopemba, 1902, p. 269.
20. OCTAVIO, Rodrigo. Das terras devolutas concedidas à Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande. In: ROGUSKI, *Concessão de terras devolutas no Estado do Paraná*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1951, p. 24.
21. BARBOSA, Rui. Das terras devolutas concedidas á Estrada de Ferro São Paulo—Rio Grande. 1913. In: PIRES, Romero, comp. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. 1891: art. 64. São Paulo: Livraria Acadêmica, v. 5, pp. 19-24.
22. KELLY, José Eduardo Prado. Parecer de 12-11-51. In: ROGUSKI, *Concessão de terras devolutas no Estado do Paraná: Discurso de 23-11-52*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1951, pp. 8-43.

A Ordem Internacional Contemporânea

A. MACHADO PAUPERIO

Professor Emérito da UFRJ. Da Academia
Brasileira de Letras Jurídicas

Em edição de Porto Alegre e de 1991, de Sergio Antonio Fabris Editor, o Prof. Oliveiros Litrento oferece-nos um ensaio subordinado ao título "A ordem internacional contemporânea".

A princípio, imaginamos tratar-se de um estudo específico de soberania, levado pelo subtítulo da obra "Um estudo da soberania em mudança", mas logo nos certificamos de que o título do trabalho representava o verdadeiro conteúdo do mesmo. Aliás, pela bibliografia consultada, em que não figura obra alguma específica sobre soberania, fica mais ou menos evidenciado o que aqui dizemos.

Para justificar as doutrinas da soberania na nova ordem político-jurídica internacional —, Litrento entende que o artigo 38 da Carta da ONU representa a própria limitação da soberania estatal pelo Direito Internacional Público. Tal dispositivo, em seu inciso 1.º, declara taxativamente que "a Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais; b) o costume internacional; c) os princípios gerais de Direito; d) as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados".

"É claro que a soberania estatal se encontra em crise", doutrina Litrento (pág. 23). E logo em seguida (pág. 24) reconhece que "a soberania é um anacronismo relutante em face de associações estatais poderosas, que se transformam em blocos de Estados". Em virtude da necessidade da *sobrevivência dos povos*, conclui Litrento que "outro não é o motivo por que as normas do *Direito Internacional Público* devem estar acima das normas do *Direito Interno* de cada Estado" (pág. 25).

Isto não deixa de ser em parte verdade, mas é preciso não esquecer que a soberania internacional não anula a soberania nacional, sendo ambas poderes supremos em suas respectivas esferas.

Em livro que trata *ex-professo* da matéria (*O Conceito Polêmico de Soberania*, 2.ª edição, Rio, Forense, 1958), lembramos com muita oportunidade (págs. 186/187):

"A soberania não exclui a soberania", doutrina Posada: "as soberanias podem atuar juntas, conçorrentemente, entrecruzando-se, sem anular-se". Tal idéia, como focaliza aquele grande mestre do Direito Público, é talvez a mais característica e fecunda para a criação de um novo direito

político. As várias sociedades humanas permitem, perfeitamente, um regime jurídico de compatibilidade de soberanias.

Recordando as lições magistrais de seu inolvidável mestre, Don Francisco Giner, recolhidas em seus livros e mais ainda em seu ensino, mostra o grande professor madrileno que, se a soberania é poder superlativo, é, ao mesmo tempo, também, poder relativo. Outros poderes existem tão absolutos — para si — como o que o Estado possui e exerce.

“A soberania é um valor relativo — doutrina o eminente mestre espanhol — suscetível de adaptação e de uma extraordinária flexibilidade psicológica e sociológica. Agir soberanamente é agir sem possibilidade de apelação, somente na esfera da competência que pertence ao sujeito do poder, ao Estado”.

E mais adiante (págs. 202/203):

“Desde, sobretudo, os tratados e conferências celebrados depois da 1.ª conflagração mundial, a limitação da soberania passou, porém, a ser um imperativo universal, impondo-se pouco a pouco normas internacionais aos próprios Estados que, por motivos óbvios, não queriam livremente associar-se aos demais”.

Tal diretriz pressupõe, evidentemente, como entreviu Pedro Lessa, uma nova concepção da soberania, concepção que agora se reveste de juridicidade, através da *Recomendação preliminar sobre problemas de após-guerra*, feita pela Comissão Jurídica Interamericana em categóricos termos: “A soberania deverá entender-se em forma adequada à necessidade suprema da paz, da ordem e da justiça entre os Estados.”

Ao exemplo incipiente de incorporação de preceitos internacionais à ordem constitucional costumeira inglesa, seguiu-se o da Constituição americana, que integrou a norma internacional ao direito supremo do país.

Depois da 1.ª conflagração mundial, porém, a Alemanha, pela Constituição de 1919, e a Espanha, pela de 1931, abriram caminho para a aceitação da soberania internacional, ao aceitar as normas internacionais, geralmente reconhecidas, como incorporadas ao seu Direito nacional.

Hoje, finalmente, depois da 2.ª conflagração, a Constituição francesa de 1946, a italiana de 1947 e a da República Federal da Alemanha de 1949 estabeleceram, de modo taxativo, o respeito às normas de Direito Internacional, ou seja, o reconhecimento, pela soberania do Estado, da chamada soberania internacional.

O dogma do absolutismo da soberania do Estado vai, assim, sendo vencido nos próprios textos políticos.

Para nós, entretanto, se não tem razão o monismo de Wenzel, que prega o primado da soberania estatal, não tem também razão o monismo de Kelsen, que conclui pela supremacia da soberania internacional.

Kelsen, contudo, em trabalho posterior (*La Paz por Medio del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1946), envereda por doutrina aceitável quando postula que “o Estado é soberano desde que está sujeito somente ao Direito Internacional e não ao direito nacional de qualquer outro Estado”. Em assuntos, porém, de sua específica competência, “não está o Estado sujeito à soberania internacional”.

Estado e Comunidade Internacional gozam de poder supremo e, portanto, de soberania nos assuntos privativos de sua competência específica.

Tal soberania, muitas vezes, não se mantém nos justos limites mas isso já é uma outra questão, própria da falibilidade humana. Litrento lembra “a célebre questão, no *Conselho de Segurança* da ONU, da substituição forçada de Formosa pela China Vermelha, hoje *membro-permanente* daquele Conselho, lugar anteriormente ocupado por Formosa”. Nesse particular, não nos parece injusta a substituição, em face da vitória da revolução comunista chinesa, representativa de uma população visivelmente maior. O mesmo não se pode dizer, porém, da exclusão de Formosa do elementar direito de representação na Assembléia-Geral, moralmente inconcebível, como diz Litrento (pág. 31).

O fenômeno das comunidades supranacionais, que Litrento estuda, “permitindo apenas a *soberania*, com seu inerente corolário de mais alto poder de decisão, ao Estado composto, resultante de uma finalidade associativa comum”, diz respeito apenas à *federação*, como forma de Estado. Assim como de uma federação podem desmembrar-se os Estados-Membros, de vários Estados pode formar-se uma federação, como é o caso da possibilidade de um futuro Estados Unidos da Europa.

Tem razão Litrento quando diz que, “na verdade, diante dos condicionamentos econômicos ditados pelas grandes mutações do mundo contemporâneo, não se pode, nem se deve mais falar, em se tratando de Estado, de uma soberania absoluta” (pág. 37). De há muito, porém, que o conceito clássico de soberania, o de poder ilimitado, se encontra em crise.

Por isso, não podia Litrento deixar de dizer que “no mundo atual, complexamente inter-relacionado, a soberania absoluta é um mito. Vem a ser, necessariamente, relativa ou limitada” (pág. 48).

Tendo em vista os interesses sempre lesados da comunidade internacional, define Litrento “o espírito de revolta das nações subdesenvolvidas, do *terceiro-mundismo*, inconformado diante das duas exploradoras filosofias de produtores: a dos Estados Unidos da América e da URSS” (pág. 64).

Mostrando que a segurança coletiva “é letra morta em face do veto reiterado da URSS no seio do *Conselho de Segurança* da ONU”, conclui

que “a *Organização das Nações Unidas* nem policia o mundo nem o defende contra futuros atos de agressão”, embora promova, em outros domínios, por intermédio de organizações especializadas, o progresso econômico e social em geral dos povos.

Do embate das duas filosofias, a *capitalista-democrática* (EUA) e a *capitalista de Estado* (URSS), surge para Litrento uma possível alternativa: *a submissão totalitária pelo desespero da sobrevivência ou o controle internacional da bomba atômica pela coexistência pacífica. Com aceitação da primeira solução surge um mundo de monólogo. Com a segunda, um mundo de diálogo* (pág. 70). Concordamos em que a solução do impasse só pode advir da criação de uma nova ética.

Litrento ainda vê “renhido combate entre os dois mundos, o *autocrático e o democrático*, através do que se chamava guerra fria” (pág. 81). Pena foi que não visse as repercussões trazidas pela *perestroika* à URSS e aos Estados satélites.

Numa última visão do mundo, Litrento entende que “a *renda per capita* dos países subdesenvolvidos, ínfima em comparação com a dos desenvolvidos e ricos, cujo abismo se acentua dia-a-dia, é fator decisivo para a *insegurança coletiva* do mundo contemporâneo. A *estratégia do medo*, ditada pelo sistema bipolar flexível, com pólos em Washington e Moscou, já fixou a *legítima defesa coletiva* (nos exemplos mais fortes da OTAN, Pacto de Varsóvia e OEA) como modalidade ou substituta necessária da *segurança coletiva* no âmbito da ONU, uma vez inoperante o *Conselho de Segurança* pelo veto reiterado da URSS” (pág. 84).

É óbvio que a situação contemporânea já se modificou substancialmente como tivemos ocasião de ver nos fatos ocorridos com a recente guerra do Golfo, no Oriente Próximo.

Mas Litrento prevê a catástrofe, que não se fará esperar. “Se o senso ético não prevalecer sobre o técnico. Se as ideologias antagônicas, que polarizam o mundo, com suas duas inumanas filosofias de produtores não limitarem, numa *redistribuição internacional de rendas*, as necessidades competitivas das nações através de um *direito justo*. A exigir, obrigatoriamente, uma administração supranacional permanente para a *fiscalização dos arsenais atômicos* e a reversão de um imposto de renda das nações ricas e industrializadas em favor dos Estados pobres e subdesenvolvidos” (pág. 85).

Está claro que este é o verdadeiro caminho da paz. E Litrento encerra o seu livro, clamando: “Justiça, justiça distributiva, eis a palavra-chave para a *redistribuição de poder e de rendas* em nosso mundo desunido”.

Não podia ser melhor a perspectiva de um mundo mais humano, que não se pode, sem dúvida, separar de uma ordem internacional justa.

Reclamação Trabalhista contra Estado Estrangeiro - Imunidade de Jurisdição

Desembargador NEGI CALIXTO

Professor de Direito Internacional Privado,
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná

1. REZENDE PUECH, saudoso Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, e notável articulista do *O Estado de S. Paulo*, publicou um estudo importante sobre o assunto que pretendo desenvolver, intitulado "Os Agentes Diplomáticos e Internacionais e o Direito Social Contemporâneo" publicado em obra coletiva (*Tendências do Trabalho Contemporâneo*, 1980, 3.º vol.), lembrando as obrigações positivas do Estado moderno, conduzindo à *territorialidade* das leis trabalhistas (conforme a *lex loci executionis*, lembrada por Octávio Bueno Magano¹) e à sua *constitucionalização*, registra o caráter inderrogável dessas leis que se firmam inclusive pela sua *internacionalização*, e a impossibilidade da sobrevivência da antiga teoria da imunidade de jurisdição.

Em artigo publicado no seu jornal (19-4-81), enfoca curioso despacho sobre o tema, proferido pelo Juiz da 2.ª Vara de Brasília, Dr. DÁRIO ABRANCHES VIOTTI, no Proc. 977 EC-1979, assim lançado:

"Conta-se que Frederico o Grande, rei da Prússia, pretendeu, certa vez, estender os limites de seu parque, denominado

Sans Souci. Ao lado havia uma propriedade particular, pertencente a um moleiro. Funcionários do palácio procuraram o modesto produtor de farinha, dizendo-lhe que o rei precisava de suas terras e perguntando quanto queria para vendê-las. O moleiro disse que o moinho era tanto dele como a Prússia era do rei. Que não venderia sua propriedade. Frederico mandou chamá-lo e fez o possível para efetuar a compra. O súdito respondeu que ali havia morrido seu avô e ali tinham nascido seus filhos. Não venderia, qualquer que fosse o preço. Perdendo a paciência, perguntou o poderoso monarca:

— ‘Você não sabe que eu posso tomar suas terras sem pagar?’

— ‘Poderia, se não tivéssemos juizes em Berlim!’, retrucou o produtor de farinha.

Frederico, encantado de que em seu reino se confiasse assim na Justiça, disse aos cortesãos que era preciso modificar os planos. E ao moleiro:

— ‘Vizinho, guarda sua terra!

Gostei muito de sua resposta!’

Um século depois, um bisneto do famoso moleiro de Sans Souci, estando em dificuldades financeiras, fez saber ao governante de então que estava disposto a ceder seu moinho. O rei, descendente de Frederico o Grande, lhe enviou a seguinte carta:

“Meu caro vizinho

Seu moinho não é meu nem seu.

Pertence à História; é para nós, portanto, impossível a você vendê-lo, a mim comprá-lo. Como, entretanto, os vizinhos devem ajudar-se uns aos outros, remeto-lhe uma ordem de pagamento de 10.000 florins, que você poderá receber no Tesouro.”

É provável que hoje, séculos transcorridos, já não exista aquele moinho, que ficou para sempre na História como um símbolo da antiga Justiça alemã.

O Sr. Embaixador da República Democrática da Alemanha se recusou a receber notificação, na Reclamação Trabalhista que lhe move um operário brasileiro.

A tentativa de chamar a Juízo a Embaixada — não como representante da soberania da Alemanha Oriental, mas como patroa e contratante — foi feita por meio do Itamaraty.

Renove-se a tentativa por meio de carta (conforme recomendou o Instituto de Direito Internacional, em sua reunião de Hamburgo, de 1891).

A Empregadora, querendo, alegue privilégios e imunidades. E conteste a ação. Se o não fizer, seu silêncio poderá ser interpretado como confissão em matéria de fato.

Se o proletário que pede justiça tiver razão, esta lhe será pelo menos reconhecida. A Justiça Brasileira, que neste caso agora represento, saberá cumprir o seu dever, até onde for possível. Há juízes em Brasília.

Espero que a República Popular Alemã, por meio de seu digno Embaixador, tenha, para com o possível direito de seu empregado, o mesmo acatamento que teve Frederico o Grande pelo direito, igualmente desarmado, daquele seu súdito e vizinho — o moleiro que confiou na Justiça.”

2. Vê-se que o problema da imunidade de jurisdição ou imunidade diplomática, nos casos específicos de reclamação trabalhista, tornou-se insistente preocupação da Justiça brasileira.

Discute-se, ainda, em casos concretos na justiça federal e quando a ela afeta, na justiça trabalhista, se o agente diplomático agiu como órgão e representante do Estado estrangeiro, e com isso a responsabilidade será do Estado e não do diplomata. Assim sendo, a imunidade de jurisdição a ser examinada não é diplomática e sim a do Estado estrangeiro. Esta, como já se firmou na jurisprudência e na doutrina, já foi absoluta, mas agora, é relativa.

Em decisão marcante, o Juiz JACY GARCIA VIEIRA, hoje Ministro do STJ, quando na 1.^a Vara da Justiça Federal, em Brasília, demonstrou que a teoria clássica da imunidade absoluta dos Estados estrangeiros, vem sofrendo sucessivos abalos e inegáveis desgastes, mais propriamente, quando o Estado estrangeiro age como qualquer particular e pratica atos *jus gestionis* (DJU 25-2-81, pp. 1.233/1.235).

3. A legislação brasileira se impõe, nas questões trabalhistas que envolvem o nacional e a representação diplomática que agiu como órgão e representante do Estado estrangeiro, ao contratar o primeiro.

A Constituição de 1988, no art. 109, II, aponta expressamente que compete aos juizes federais processar e julgar "as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País".

Afastou-se portanto, como fez a Constituição de 1967 (art. 125, II), a imunidade absoluta aos atos do Estado estrangeiro praticados como qualquer particular, atos de comércio ou *jure gestionis*.

Essa tendência já se pronunciava desde a Convenção de Viena, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 56.433, de 8-6-65, que dispõe sobre a aplicabilidade da legislação previdenciária, com obediência às obrigações sobre seguro social vigente no Estado acreditado.

Depois, a Convenção Européia de 1972, de caráter geral, que afastava a imunidade absoluta, mesmo que parcialmente.

A matéria estritamente consular-diplomática em geral, poderá buscar a imunidade diplomática, desde que o contrato, o ato jurídico, a relação de emprego, seja estipulado tendo em vista serviço de natureza basicamente *consular*.

Não é o caso quando se trata de julgar as reclamações postuladas por empregados contra consulados, fundadas em relação de trabalho comum que não visam à prestação de serviços diplomáticos.

4. Recentemente o egrégio Superior Tribunal de Justiça, na Apelação Cível n.º 5, de São Paulo, onde foi Relator o eminente Ministro Cláudio Santos, reconheceu regra da imunidade temperada, para não excluir da nossa jurisdição os litígios derivados de atos negociais, inclusive de relações de trabalho (julg. 19-6-90).

Vale transcrever o voto do eminente Ministro Relator:

"JURISDIÇÃO. IMUNIDADE. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO.

A moderna doutrina do Direito Internacional Público não mais admite como absoluta a regra da imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro.

Exceção dos feitos de natureza trabalhista, dentre outros.

Apelação provida."

“Registro do parecer da douta Subprocuradoria a seguinte passagem, reveladora da extensa análise feita por seu signatário, Dr. Arthur de Castilho Neto:

“Realmente, a sentença de primeira instância reconheceu a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, fundada na linha de orientação do Supremo Tribunal Federal que, levando em conta os textos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, assinada a 18 de abril de 1961 e promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 56.435, de 8 de junho de 1965 e da Convenção de Viena Sobre Relações Consulares, assinada a 24 de abril de 1963 e promulgada no Brasil pelo Decreto 61.078, de 26 de junho de 1967, e em antiga e sólida regra costumeira do direito das gentes proclamou-a diversos acórdãos.”

Serve de exemplo a decisão proferida pelo Pleno do STF, na Apelação Cível n.º 9.705-DF, DJ 23-10-87, pág. n.º 23.154, rel. Min. Moreira Alves, cuja ementa tem o seguinte enunciado:

“EMENTA

Apelação Cível contra decisão prolatada em liquidação de sentença. Imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro.

Esta Corte tem entendido que o próprio Estado Estrangeiro goza de imunidade de jurisdição, não só em decorrência dos costumes internacionais, mas também pela aplicação a ele da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, de 1961, nos termos que dizem respeito à imunidade de jurisdição atribuída a seus agentes diplomáticos.

Para afastar-se a imunidade de jurisdição relativa à ação ou a execução (entendida esta em sentido amplo), é necessário renúncia expressa por parte do Estado estrangeiro. Não ocorrência, no caso, dessa renúncia.

Apelação Cível que não se conhece em virtude da imunidade de jurisdição.”

Essa era a linha de orientação adotada pela jurisprudência nacional, a respeito da imunidade de jurisdição de Estado Estrangeiro.

Algumas decisões isoladas, entre as quais não se pode deixar mencionar a proferida pelo então MM. Juiz da 4.ª Vara Federal do DF, hoje eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Jacy Garcia Vieira, divergiram desse entendimento.

Nas conclusões de sua erudita decisão, afirmava o ilustre julgador:

“Não existindo Código, Tratado ou Convenção que obrigue o Brasil a conceder imunidade absoluta a Estado estrangeiro, por atos praticados no Brasil, a lei a ser aplicada, na hipótese em exame, é a brasileira. O reclamado, que jamais reconhecera a imunidade de jurisdição aos Estados estrangeiros em seus atos *jure gestionis* e as suas atividades comerciais, não poderia jamais alegar imunidade para seus atos de execução do contrato de trabalho de um trabalhador, contratado para serviços técnicos. Isso representaria uma tentativa de fuga a compromisso livremente assumido e negativa de reparar um mal causado a outrem, em evidente negativa de justiça.”

Para HILDEBRANDO ACCIOLY, ob cit., p. 62.

“O princípio fundamental da justiça traduz-se concretamente, segundo LE FUR, em duas regras universais, regras ‘que constituem, ao mesmo tempo, o fundamento do direito internacional e do direito interno público e privado de todos os países.’ São a obrigação de manter os compromissos assumidos e a obrigação de reparar o mal injustamente causado a outrem. É sobre essa última que repousa a noção de responsabilidade.”

Não se pode olvidar que a Carta das Nações Unidas obriga a todos os Estados a respeitarem os direitos fundamentais do homem e que nos termos do artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem

“todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

O reclamado que jamais reconhecera a imunidade a atos decorrentes de um contrato de trabalho entre a Embaixada Brasileira e um empregado subalterno dos Estados Unidos firmado no território deste, não pode invocar a imunidade de jurisdição no caso em exame porque estaria por certo agindo ao arpejo de suas leis, sua jurisprudência e sua doutrina da *Comitas Gentium* (regras de cortesia) vigorante em toda a comunidade internacional e essencial para as relações entre os Estados soberanos.

Por todos estes fundamentos rejeito a arguição de imunidade de jurisdição.

Afastada a alegação de imunidade, a ação é procedente porque não foi sequer contestada e a ela deve ser aplicada pena de confissão quanto à matéria de fato. Nenhuma das parcelas sofreu qualquer impugnação por parte da reclamada.

Com toda a razão, o eminente julgador monocrático não aceitava a tese da imunidade absoluta do Estado estrangeiro que parecia encerrar, em si própria, uma grave afronta aos direitos individuais do interessado e lesado.

Com todo o respeito que suas decisões merecem de seus jurisdicionados, a tese da Excelsa Corte referente à extensão da imunidade do agente diplomático para o próprio Estado estrangeiro não é uma decorrência da aplicação do texto da Convenção de Viena. Ela se consolidou na prática costumeira do Direito Internacional que, no entanto, a partir da década de 1970, foi sendo alterada a partir da *EUROPEAN CONVENTION ON STATE IMMUNITY AND ADDITIONAL PROTOCOL* assinada em maio de 1972, e que permite, sob determinadas condições, submeter o Estado Contratante à jurisdição das Cortes de outro Estado Contratante (Capítulo I — art. 1.^o).

Não se admite, por exemplo, que Estado contratante alegue a imunidade, quanto a obrigações contratuais que tenham de ser executadas no território de outro país (art. 4), ou acerca de contratos de trabalho entre o Estado e o indivíduo e que tenha de ser executado no território do Estado do foro do contrato (arts. 4 e 5); e assim por diante.

“Article 4.

1. Subject to the provisions of Article 5, a Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of the courts of another Contracting State if the proceedings relate to an obligation of the State, which, by virtue of a contract, falls to be discharged in the territory of the State of the forum.”

“Article 5.

1. A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate to a contract of employment between the

State and an individual where the work has to be performed on the territory of the State of the forum.”

Os Estados Unidos, na PUBLIC LAW 94-583, de 21 de outubro de 1976, em seu Capítulo 97, consagram uma série de exceções ao princípio da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Por sua vez, o Reino Unido, do STATE IMMUNITY ACT 1978, capítulo 33, insere, também um rol de exceções ao princípio da imunidade. Entre elas a do contrato de trabalho, a ser executado parcialmente ou totalmente no território do país (item 4).

“4. — (1) — A State is not immune as respects proceedings relating to a contract of employment between the State and an individual where the contract was made in the United Kingdom or the work is to be wholly or partly performed there.”

Como se vê, esta regra costumeira do Direito Internacional foi-se alterando sensivelmente, a ponto de aconselhar modificação na linha de entendimento da Suprema Corte, o que veio afinal a ocorrer na Apelação Cível 9.696 — São Paulo.

Nesse julgamento, em brilhante voto vista, o então Ministro da Suprema Corte, Francisco Rezek, anotava a evolução da regra costumeira da imunidade absoluta para afinal reconhecer, na hipótese do contrato de trabalho individual com Estado estrangeiro, entre outras, a impossibilidade de alegar-se a imunidade de jurisdição.

Assinalava, então, o eminente Ministro que divergia do eminente Ministro Sydney Sanches, relator do processo, quanto ao fundamento de seu voto. Não se respaldara ele, como fez, o eminente Relator, no art. 114 da Constituição de 1988 — que incluía os entes de direito público externo, como jurisdicionados da Justiça do Trabalho —, mas nas alterações verificadas na ordem jurídica internacional, quanto à imunidade absoluta do Estado Estrangeiro.

Ressaltava a evolução doutrinária nos países da Europa e no território americano, no sentido de se temperar a regra da imunidade absoluta, ao mesmo tempo em que a Suprema Corte do Brasil se mantinha fiel à sua postura tradicional de reconhecimento da imunidade absoluta.

Procurava enfatizar a diferença existente entre as atividades de cunho estritamente diplomático e que estavam compreendi-

das dentro da qualificação de atos de império, e os outros atos de natureza marcadamente comercial ou administrativa que não podem estar ao abrigo da garantia de imunidade.

É certo — continuava o ilustre Ministro, que ainda hoje se pode encontrar dificuldade para definir o que seja causa jurisdicional ou não jurisdicional. Mas pareceria-lhe correto excluir do rol destes últimos as questões trabalhistas e as questões indenizatórias.

Levando em consideração que ruiu no direito costumeiro internacional a regra da imunidade absoluta, propugnou o ilustre Ministro pela alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a essa questão, no que foi atendido.

E assim se reorientou a jurisprudência daquela Excelsa Corte (fls. 290/295).

A doutrina brasileira não questiona o problema da imunidade. Cintra, Grinover e Dinamarco, por exemplo, na conhecida “Teoria Geral do Processo”, admitem que a imunidade prevalece ainda que se cogite de atos praticados *jure gestionis* pelas representações diplomáticas e comerciais, sendo certo que acobertam os atos *jure imperii*, mas reconhecem que, na jurisprudência mais recente, é duvidosa a garantia da imunidade nas ações trabalhistas.

Em outros países, *exempli gratia*, na Itália, outro já é o entendimento. É o que registra Liebman.

“Por força de uma norma consuetudinária de direito internacional que o direito italiano acata (cfr. Const., art. 10), ficam imunes à jurisdição os Estados estrangeiros por tudo aquilo que constitua exercício sobre eles, com as mesmas limitações gerais estabelecidas quanto aos estrangeiros, quando realizam atividades em relação de direito privado (Cass., sent. n. 1.001, de 29-9-61) (*Manual de Direito Processual Civil*, I, trad. Cândido R. Dinamarco, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989, p. 21).”

No mesmo sentido é o voto do eminente Ministro Francisco Rezek, proferido na Apelação Cível n.º 9.696 — SP, sobre o qual lamento não poder transcreecer seus mais expressivos trechos em face de não estar revisto.

Por todo exposto, sendo indiscutível que a Justiça Brasileira, a partir daquele julgamento da Suprema Corte, passou a adotar a

regra da imunidade temperada, para não excluir de nossa jurisdição os litígios derivados de atos negociais, inclusive de relações de trabalho fortemente protegidas pelo legislador brasileiro, superando a preliminar de nulidade do processo, meu voto é pelo provimento da apelação, para afastar a imunidade reconhecida e determinar o prosseguimento da reclamação trabalhista ajuizada pelo Recorrente.

É como voto.”

5. O tema é tão relevante quanto apaixonante, em confronto com a territorialidade das leis, especialmente as de natureza social, imperiosa e inarredável quanto à tutela dos trabalhadores, como bem temperou Rezende Puech.

O que se deve fixar, e é relevante essa imposição da distinção lembrada pelo Min. Sussekund, citado por Osiris Rocha (*Curso de Direito Internacional Privado*, Forense, 1986), no caso concreto de reclamação trabalhista, se o reclamante é empregado do Consulado ou do Cônsul, “porque os contratos de trabalho celebrados pelos cônsules são regidos pelas leis do território onde são executados, sujeitando-se, ambas as partes, em razão desses contratos, à Justiça do respectivo país. Já em se tratando de empregado do Consulado, certo é que uma das partes contratante é a própria pessoa de direito público externo representada, que não pode ser compelida a responder perante a Justiça do país receptor, face ao princípio de imunidade de jurisdição” (fl. 162).

O próprio Professor Osiris Rocha, em melhor exame da matéria, concluiu abandonar a tese da imunidade de jurisdição absoluta, para apoiar o temperamento do tema, baseado na Convenção de Viena, e na lição sempre presente de Gerson Boson, de que “não goza de imunidade de jurisdição o Estado que, embora agindo através de órgãos agregados à sua legação, contrata nacionais de Estados estrangeiros, onde opera, para prestar-lhes serviços de natureza particular, sem características de soberania ou império, e que possam ser desempenhadas por qualquer pessoa ou organização privada, a quem o Estado queira contratar para lhes prestar” (A Imunidade de Jurisdição do Estado e as Relações de Trabalho, na LTr. vol. 35, pág. 603, *apud* Osiris Rocha, *ob. cit.*, p. 164).

6. Concluindo pode-se fazer a distinção devida: a Justiça brasileira é competente para apreciar e julgar as reclamações oriundas de trabalho por serviços de natureza particular, sem característica de trabalho diplomático, mantidas entre brasileiros e embaixadas e consulados estrangeiros.

A proteção da lei brasileira se impõe, como princípio salutar de que aos contratos vinculados ao meio brasileiro devem ser regidos por lei brasileira, atendendo a finalidade social do direito do trabalho, na sua praticidade, economia e simplicidade.

Hermenêutica da Constituição Econômica

LUÍS AFONSO HECK

“Enthülltheit des Seins ermöglicht erst
Offenbarkeit von Seiendem.”

“Só o desvelamento do ser possibilita a
revelabilidade do ente.”

HEIDEGGER

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *Constituição Política.*
 - 2.1. *Definição de Constituição Política.*
 - 2.2. *Conteúdo (estrutura) da Constituição Política.*
3. *Esclarecimentos preliminares.*
 - 3.1. *Interpretação v. “judicial review”.*
 - 3.2. *O significado da palavra — interpretar — o seu alcance.*
 - 3.3. *Interpretação da lei — excursão.*
 - 3.4. *Normas constitucionais v. interpretação.*
 - 3.5. *Divisão dos métodos de interpretação.*
4. *Os métodos de interpretação da Constituição Política.*
 - 4.1. *O método clássico.*
 - 4.2. *Os métodos do estágio intermediário.*
 - 4.3. *Uma breve ponderação.*
 - 4.4. *Os métodos hodiernos de interpretação constitucional.*
 - 4.4.1. *O método integrativo.*
 - 4.4.2. *O método tópico.*
 - 4.4.3. *O método concretista.*
 - 4.4.4. *Uma visão crítica do conjunto.*

5. *Definição de Constituição Econômica.*
6. *Conteúdo (estrutura) da Constituição Econômica.*
7. *Considerações acerca da hermenêutica filosófica.*
 - 7.1. *Martin Heidegger.*
 - 7.1.1. *A estrutura da palavra fenomenologia.*
 - 7.1.2. *Compreensão e interpretação.*
 - 7.2. *Hans-Georg Gadamer.*
 - 7.2.1. *Pré-juízo.*
 - 7.2.2. *Pré-compreensão.*
 - 7.2.3. *O horizonte na hermenêutica gadameriana.*
8. *A Constituição Econômica sob o enfoque da hermenêutica filosófica.*
9. *Conclusão.*
10. *Bibliografia.*

1. Introdução

O título pode, no primeiro instante, levar o leitor a imaginar que se trata de perquirir os vários métodos de interpretação, máxime os constitucionais. Em verdade, não é esse o campo central de nosso trabalho, embora tocaremos, tangencialmente, os métodos de interpretação. Não confrontaremos a Constituição Econômica com a hermenêutica jurídica e sim com a hermenêutica filosófica.

Nesse sentido, e dentro de um raciocínio de sistemas, não entendemos o Direito como sendo uma ordem, um sistema autônomo e hermético, imune ao calidoscópio de outras áreas do saber. Isso quer significar: o Direito não é apenas interdisciplinar em seus próprios ramos, como também com ramos de outros troncos, por assim dizer. Fica aqui afastada a hipótese de se transferir para as Ciências Sociais o modelo (paradigma) autopoietico, tal como intentado por François num artigo intitulado "Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoietique appliqué au droit", que se encontra nos *Archives de philosophie du droit*, v. 31. (Há também um livro, organizado por Célio Garcia, intitulado — *Um Novo Paradigma*, em ciências humanas, físicas e biologia —, que investiga esta possibilidade. Sobre a importância de se visualizar o Direito sob o enfoque interdisciplinar, veja-se o livro *Estudos da Filosofia do Direito*, uma visão integral da obra de Hans Kelsen, coordenado por Luiz Regis Prado e Munir Karam.)

Mesmo que a Filosofia não seja um pressuposto, como o era a Geometria na Academia de Platão, para o Direito, inobstante não pode o Jurista perder o gosto pela ruminação, no dizer de Nietzsche. Essa colocação sinaliza, de certa maneira, a nossa Ihana pretensão: não responder (no decorrer da exposição, dessumir-se-á que certas respostas não têm eco) mas perguntar, enformados pela dialética platônica, i. é, plantar perguntas com um sentido orientado.

Estas interrogações serão balizadas pela hermenêutica. Como a carga semântica desta é filosófica, existe uma grande relação com a fenomenologia, cujos principais representantes são Husserl, Heidegger e Gadamer. O primeiro se indispôs, já nos primórdios da corrente centúria, ao cientificismo e tecnicismo, er-tão reinantes, para recolocar o sujeito no centro da investigação. No Direito são, talvez, os laivos da Escola Exegética (e não do positivismo kelseniano) o maior embargo a uma re-flexão (para usarmos o estilo heideggeriano) e não apenas genu-flexão diante da lei *lato sensu*. Basta aqui mencionar o *leitmotiv* da referida Escola, pela boca de Bugnet: “eu não conheço o Direito Civil; só ensino o Código Napoleão.”

Entende-se que assim fora. A autonomia da vontade universalizou-se na religião da razão, o que a tornou objetiva e, por isso mesmo, científica. A vontade sustenta, em Hegel, o Direito e a Ética: “Considerou-se que o direito e a eticidade se fundamentavam no terreno presente da vontade do Homem visto que anteriormente eram apenas um mandamento divino emanado de fora, escrito no Antigo e no Novo Testamento ou na forma de um direito particular constando de velhos pergaminhos na qualidade de privilégio, ou de tratados” (*apud.*, JÜRGEN HABERMAS, *O Discurso Filosófico da Modernidade*, p. 28). Não resta dúvida do papel elegante desempenhado pela personagem da vontade do legislador, alicerçada na objetividade da razão. Ela, a vontade do legislador, estava por sobre o próprio Direito, criando o Direito (isso não faz lembrar a sombra do Poder Moderador, de extração francesa?). Mas, assim como a autoridade divina (apesar de Bossuet) não garantiu o crédito do Absolutismo no momento de prestar as contas, da mesma forma a autoconsciência absoluta de Kant e/ou o *cogito, ergo sum* de Descartes não afiançaram o questionamento no respeitante à objetivação da vontade. Heidegger propõe a questão: “Descartes, a quem se atribui a descoberta do *cogito sum*, como ponto de partida básico do questionamento filosófico moderno, só investiga o *cogitare* do ego dentro de certos limites. Deixa totalmente indiscutido o *sum*, embora o *sum* seja proposto de maneira tão originária quanto o *cogito*. A analítica coloca a questão ontológica a respeito do ser do *sum*. Pois somente depois de se determinar o seu ser é que se pode apreender o modo de ser das *cogitationes*” (*Ser e Tempo*, v. 1, p. 82). Sobre o problema da validade (científica) da supremacia da vontade, a frase de Julio German von Kirchmann é emblemática: “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles” — “El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho”, in *La Ciencia del Derecho*, p. 268. Para uma visão da transferência da autonomia da vontade individual para a autonomia da vontade geral (política), vide Joaquim Carlos Salgado, *A Idéia de Justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdadade*, p. 328.)

Os dois últimos parágrafos debuxam já, em suas grandes linhas, o que perseguimos: perguntar pelo ser do ente da Constituição Econômica. E aqui é o lugar azado para esclarecer que deixaremos de lado a análise da linguagem, embora reconheçamos, com Gadamer (*Verdad y método*,

capítulo III), a sua função dentro de uma perspectiva hermenêutica. Como será elucidado, infra, o não-adentramento no recinto da linguagem, é uma atitude que, além de não deixar baldo nosso trabalho, se justifica pela inanidade dos Tribunais frente à Constituição Econômica. (Para um estudo sobre a linguagem relacionada ao Direito, vide Ch. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *La Nouvelle Rhétorique, Traité de L'argumentation*; Juan-Ramon Capella, *El Derecho como Lenguaje*; Genaro R. Garrío, *Notas sobre Derecho y lenguaje*; Enrique P. Haba, "Etudes en allemand sur les rapports entre droit et langue", in *Archives de philosophie du droit*, v. 19 (doravante será denominado de AFD); H. Ph. VISSERT HOOFT, "La philosophie du langage ordinaire et le droit", in AFD, v. 19; Georges Kalinowski, *Introducción a la lógica jurídica*; Georges Mounin, "La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques", in: AFD, v. 19; Paolo Semama, *Linguagem e Poder e a Tese de Doutorado do Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca, "O Plano Nacional de Desenvolvimento como Expressão da Linguagem do Direito"*, focalizando uma área do Direito Econômico, o plano, dentro da perspectiva da linguagem.)

Uma vez feitos esses reparos, resta dizer, como fecho ao esboço introdutório, que nosso trabalho terá, praticamente, quatro grandes traves: a Constituição Política e sua interpretação, a Constituição Econômica rodada pela hermenêutica filosófica.

2. Constituição Política

Se nos perguntamos, tal como faz Konrad Hesse — *was ist Verfassung?* (O que é Constituição?) — (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 3) podemos ser informados por duas respostas que, necessariamente, não têm o mesmo sentido, não só semântico, como pragmático. Para uma Teoria da Constituição (veja-se a respeito: Carl Schmitt, *Teoria de la Constitución*; Carlos Mejía Gomez, *Teoría de la Constitución*, e Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*), a investigação ocorre em nível abstrato, desligada de uma situação individual concreta (que corresponde a uma determinada Constituição vigente). (Impende aqui registrar a crítica de Hermann Heller, em sua *Teoría do Estado*, p. 307: "Ante todas as confusões e falsas compreensões de uma corrente da Ciência do Direito que chegou a esquecer a base da sua problemática, deve sustentar-se a tese de que a dogmática jurídica (e é justamente ela, a dogmática jurídica que informa e enforma a Teoria da Constituição — vide Pablo Lucas Verdu, *Curso de Derecho Político*, p. 402) é também produto de nossa razão prática e não de nossa razão puramente teórica." Por isso, e nesse sentido, não compreendemos como José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, faz o alerta na p. 78 e, mesmo assim na p. 80, indica a Teoria da Constituição como instrumento de pré-compreensão constitucional. Ora, a pré-compreensão, no sentido gadameriano, revela a ligação do intérprete com o tema do texto. E qual é o tema do texto de uma Teoria da Constituição? A dog-

mática o revela e, aí, se formos procurar, não a pré-compreensão constitucional, situada por Canotilho na Teoria Geral da Constituição, mas a pré-compreensão da Teoria Geral da Constituição, constatamos que o autor português cai nas malhas da assertiva de Heller. Mesmo que Canotilho mencione a Teoria da Constituição como racionalização da pré-compreensão constitucional, isso não impede nosso raciocínio. A Filosofia Iluminista também julgou haver achado a solução com a racionalização da vontade, não obstante a fenomenologia e a hermenêutica filosófica contestaram a sua quiddidade (vide também o tópico 1, supra.)

A outra resposta, advinda de uma Teoria do Direito Constitucional (a idéia das respostas diversas está ancorada em HESSE, *op. cit.*, p. 3, sendo que o alerta de Canotilho, supracitado, também encontra o seu fundamento em Hesse), leva em conta o que certos autores tedescos denominam de "Lebenswirklichkeit", i.é, a realidade da vida. Esta questão sobre a realidade da vida será retomada infra quando cuidarmos da Constituição Econômica. Aqui, interessa-nos tão-somente, e dentro dos limites de nossa pesquisa, anotar a diferença de entendimento já feito, e ainda, dar-nos uma definição e o conteúdo (talvez seria melhor dizer estrutura) da Constituição Política para, ao depois, mapearmos os tipos e/ou espécies de interpretação.

2.1. Definição de Constituição Política

Não há, no pertinente à definição de Constituição Política, uma *communis opinio doctorum*. Carl Schmitt (*op. cit.*, p. 3) assinala que a palavra em pauta possui uma diversidade de concepções, assertiva confirmada por Luis Sánches Agesta, que elenca seis conceitos (dispostos em sentido diacrónico), para a Constituição (*apud*, Pablo Lucas Verdu, *op. cit.*, p. 408, nota n.º 776).

Apesar disso, Manuel Garcia-Pelayo é didático: "Se concibe la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas" (*Derecho Constitucional Comparado*, p. 30).

Essa definição remete-nos ao conteúdo (estrutura) da Constituição, além do que será de utilidade nos comentários propedêuticos aos tipos de interpretação.

2.2. Conteúdo (estrutura) da Constituição Política

Antes de mais nada, convém seja feita uma elucidação dos dois termos. Relacionamos conteúdo com estrutura porque, como veremos, o entendimento de Adolfo Posada permite que sejam identificados. Segundo o citado autor, as Constituições escritas têm, no geral, duas partes: uma dogmática e outra orgânica.

O setor dogmático está preenchido pelas Declarações de Direitos, onde também se encontram, via de regra, "las funciones fundamentales del Estado" (lembramos aqui o contexto histórico em que elas, as Declarações, surgiram).

Já o bloco orgânico prevê "la organización de Poderes, determinación de sus respectivas funciones y de las relaciones entre las instituciones que las desempeñan" (Posada, *Tratado de Derecho Político*, v. 2, p. 26).

Muito bem. Os dois pilares da estrutura (parte dogmática e parte orgânica) revelam, automaticamente, o conteúdo, pelo que esperamos esteja esclarecida a conexão feita. (O aqui exposto será retomado quando da Constituição Econômica nos ocuparmos.)

Tendo sob os olhos o tratado nos dois últimos subtópicos, estamos em condições de enfrentar a segunda parte de nosso trabalho.

3. *Esclarecimientos preliminares*

No tópico 1., supra, registramos hermenêutica jurídica e hermenêutica filosófica. Desta cuidaremos infra. Agora, importa destacar a hermenêutica jurídica da interpretação. Aquela é tida pela doutrina como sendo uma arte que, por isso mesmo, tem como material de trabalho os vários tipos e/ou espécies de interpretação (fica aqui, mais nítido ainda, o título da monografia). Sciria, entretanto, uma temeridade imperdoável deixar passar *in albis* alguns pontos, crisálidos, por assim dizer, mas de uma valia inestimável para a compreensão do assunto. Nesse sentido, para que nossos comentários propedêuticos (vide subtópico 2.1, supra, *in fine* tenham a necessária clareza e, quiçá, entendimento, procederemos no uso de subtópicos.

3.1. *Interpretação v. "judicial review"*

A famosa sentença do Juiz Marshall, de 1803, decidindo o caso *Marbury v. Madison*, tem o seu grande fundamento baseado em um pronunciamento da Suprema Corte, datado de 1795. Locke e Coke foram os grandes depositários intelectuais da tradição européia do Direito Natural, Direito que serve de parâmetro às leis que lhe são inferiores (isso faz lembrar Antígona). Foi nessa fonte que os imigrantes americanos se inspiraram para sua organização política e jurídica. Ainda, esse mesmo Direito Natural alberga os direitos do homem, direitos que não se transmitem com o pacto social (novamente aparecem as funções fundamentais do Estado, na parte dogmática). Desta forma, a liberdade e o direito de propriedade estão acima de tudo, inclusive do legislador, constituindo-se, enfim, no teste de validade das leis positivas. Para além do aspecto filosófico, este entendimento traz embutido uma técnica jurídica, i.é, no caso

de o Parlamento produzir leis contrárias ao Direito Natural, poder o Judiciário declará-las nulas (veja-se, a respeito, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, páginas 52-3).

Foi essa "Weltanschauung" a motivadora do referido pronunciamento, responsável, ainda, pelo derrubamento da teoria da "Soberania do Parlamento", de raízes inglesas. A Corte Suprema, pois, "establecerá ya de manera expresa la diferencia entre el sistema inglés y el americano sobre la base de que en aquél "la autoridad del Parlamento es trascendente y no tiene límites", no tiene Constitución escrita ni *fundamental law* que limite el ejercicio del Poder Legislativo. En contraste, "en América la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y fija; contiene la voluntad permanente del pueblo y es Derecho supremo de la tierra; es superior al poder del Legislativo" (GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 54 — aspas do autor).

Aqui temos então o substrato ideológico da sentença de Marshall. Nesse sentido, ela, a sentença, não foi uma "Fênix" cerebrina do mencionado juiz. Além disso, informa Schwartz, citado por García de Enterría, p. 55, os tribunais estaduais já haviam declarado pelo menos umas vinte vezes a inconstitucionalidade de normas estaduais. Nesse rastro, Marshall apenas elevou esta atitude a nível federal. A partir de então, "la interpretación de la Constitución ha pasado, pues, a ser el problema capital del *judicial review* en Norteamérica" (ENRIQUE ALONSO GARCÍA, *La Interpretación de la Constitución*, p. 9).

3.2. O significado da palavra — interpretar — o seu alcance

Há na doutrina uma arenga, com um gosto um tanto acadêmico, a respeito da frase: "in claris cessat interpretatio". Para aquém dos estudos hodiernos de lingüística, vale como uma curiosidade. Assim, Francisco de Paula Baptista assenta: "interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa" (*Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, p. 4).

Se formos à obra de CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 33, veremos que o brocardo mencionado, embora em latim, não tem aí sua origem, sendo que Ulpiano ensinou o inverso: "Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus" — embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva.

De qualquer modo, o brocardo bem destila o panlogismo da época das Luzes. Atualmente, como veremos infra, com Habermas, a interpretação entrou no âmbito do "público", pelo que este entendimento está

na berlinda. (Para um confronto entre as posições da doutrina, vide a obra de Maximiliano, páginas 33 e ss. e a crítica de García de Enterría, *op. cit.*, páginas 233 e ss.)

3.3. *Interpretação da lei — excursão*

A palavra lei nos leva ao argumento da “textura aberta da linguagem”, de GENARO R. CARRIO, *op. cit.*, p. 33, pois, ao se defrontar com a expressão — interpretação da lei —, surge, metodicamente, a pergunta: que lei? Por isso, não é despidendo, à maneira dos escolásticos, estabelecer uma diferença, pelo menos a nível de entendimento, entre Constituição, lei e norma, coisa que a doutrina nem sempre faz.

Em primeiro lugar, a Constituição é também uma lei, apenas está, no sentido kelseniano, na cumeada da pirâmide. (Chamamos a atenção para não se confundir Constituição com lei constitucional — veja-se a respeito: Maurice Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, p. 499 e Marcel Prélot, em sua obra com o mesmo título, p. 751.)

Em segundo lugar, toda lei contém normas.

Lei, então, é um texto escrito, versado em palavras, que expressa suas normas por meio de artigos e parágrafos, incisos e letras.

Nesse sentido, quando falamos — interpretação da lei —, queremos dizer que interpretar se refere às normas contidas nos artigos, parágrafos, etc., inclusive da Constituição (vide subtópico 2.1, *in fine*, supra).

O aqui delineado nos leva a outra questão: todas as normas constitucionais são interpretativas ou, por outra, todas as normas constitucionais têm força interpretativa? Esta é a nossa próxima preocupação.

3.4. *Normas constitucionais v. interpretação*

A questão de se saber se todas as normas de uma Constituição têm força interpretativa está relacionada com o tipo de Constituição (isso também vale para a Constituição Económica) e com as espécies de normas.

Uma Constituição normativa é interpretada no verdadeiro sentido desta palavra, i.e, uma interpretação tal como ocorre com a feita pelos Tribunais Constitucionais.

Se a Constituição for semântica, sua interpretação será casuística, de oportunidade.

A Constituição nominativa, estando divorciada da prática social e política, dificilmente terá chances de ser interpretada (esta classificação está em Karl Loewenstein, *op. cit.*, páginas 117 a 119).

No que toca ao problema das espécies de normas, v. g., normas constitucionais abertas, programáticas, de princípios, etc., não é nosso desiderato (e desviar-nos-íamos de nosso objetivo) perquirirmos a respeito. Dentro da idéia de tecer algumas considerações úteis ao entendimento da interpretação da Constituição Política, apenas colocamos o tema, inclusive porque não se deve perder de vista que a interpretação — o seu télos — tem relação direta com a aplicação da norma (sobre as espécies de normas e sua implicação com a concretude das mesmas, vide: José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* e José Joaquim Gomes Canotilho, *op. cit.*, páginas 163-207, principalmente.)

3.5. *Divisão dos métodos de interpretação*

Há, na doutrina, uma classificação dos estágios evolutivos da interpretação das leis.

Em primeiro lugar vem o método clássico, aplicado a todas as leis.

Em segundo, aparece o que nós denominamos de estágio intermediário, este já aplicável à interpretação constitucional, embora o outro sendo único, também o era.

E, em terceiro, surgem os métodos modernos de interpretação, tendo em vista precipuamente a interpretação da Constituição, ao contrário do método clássico, de origem romanista.

Serão esses três blocos o objetivo de nossa próxima análise. Como deixamos dito na introdução, apenas faremos um mapeamento, necessário para que se confronte a Constituição Política com a Econômica e, ainda, para uma comparação com a hermenêutica filosófica (vide também tópico 2., *in fine*, supra).

4. *Os métodos de interpretação da Constituição Política*

O método clássico, a rigor, pouco tem a ver com a interpretação constitucional, hoje. Inobstante, o incluímos no *iter* para que o leitor tenha uma visão de conjunto da situação (sua época áurea pertence ao passado).

4.1. *O método clássico*

Como já foi dito, este método provém dos romanos, da sua jurisprudência. Foi Savigny quem o desenvolveu e sistematizou ou, quando menos, muito a ele se dedicou.

Há quatro regras que o compõe ou, como querem alguns, quatro técnicas de interpretação: a gramatical, a lógica, a histórica e a sistemá-

tica. O corifeu da Escola Histórica aconselhava a não manipular estas regras isoladamente, a fim de não se resvalar para o erro.

Não faremos um escólio dessas regras, uma vez que qualquer manual de Direito Civil o contém. Interessam-nos apenas algumas considerações, tendo sempre em conta o quadro geral.

René David apresenta um comentário coeso: "En definitiva, en todos los países de la familia romano-germánica la práctica prosigue, entre las doctrinas más variadas, una vía media, caracterizada por su empirismo, que varía según los jueces, las épocas y las diversas ramas del Derecho. Antes que mandatos, que imponen al intérprete una solución determinada, los textos legislativos se consideran frecuentemente como guías para llegar a descubrir soluciones justas. En todas partes se da, sin duda alguna, preferencia a una interpretación gramatical y lógica, y se subraya complacientemente la sumisión al legislador cuando dicha obediencia conduce a una solución de justicia. Sin embargo, la interpretación lógica supone por sí misma una elección, ya que debe optarse entre argumentos analógicos o a contrario, o por la combinación de principios diversos. El resultado es susceptible de corrección gracias a una interpretación histórica, mediante el esclarecimiento de los textos a la luz de la situación anterior y la consideración de la intención del legislador; a una solución semejante puede llegarse, en ocasiones, mediante el análisis de la *ratio legis*, de acuerdo con el principio de que esta está ligada a las circunstancias históricas y que el sentido de los textos legislativos es susceptible de variación con el transcurso del tiempo" (*Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, páginas 93-4).

Da leitura deduz-se que o método clássico se desejou tão universal que até hoje é válido. Nesse sentido, ele pode servir de instrumento auxiliar à interpretação constitucional, temperado e relativizado, porém, pelos princípios interpretativos criados pelos Tribunais Constitucionais europeus.

Não deixa de ser interessante detectar a ideologia do racionalismo dos séculos XVIII e seguinte. Ela se quer completa e totalizante, universal. Marcel Thomann atenta a respeito: "Wolff qui connaît les promesses et les expériences de ses prédécesseurs affirme avoir enfin mis au point la méthode qui supprimera définitivement l'incertitude en matière de droit. "La direction et la détermination de tous les actes humains peuvent être expliqués et déterminés *a priori* de la nature de l'âme, et ceci de manière aussi rationnelle que les phénomènes physiques" (*Histoire de l'idéologie juridique au XVIII siècle*, ou: "le droit prisonnier des mots", in: AFD, v. 16, páginas 136-37 — aspas do autor) (vide também tópico 1., supra).

IHERING, ao contrário, entende que não se trata de ideologia e sim de falta de maturidade ou desenvolvimento intelectual: "El apego a la palabra es uno de esos fenómenos que en derecho, como en otros ramos,

caracteriza a falta de madurez y de desarrollo intelectual" (*El Espíritu del Derecho Romano*, v. 3, p. 147). Isso bem caracteriza o leguleio.

4.2. Os métodos do estágio intermediário

Aqui podem ser divisados três regras e/ou técnicas de interpretação: a lógico-sistemática, a histórico-teleológica e a voluntarista, da Teoria Pura do Direito.

A regra lógico-sistemática tem a sua tônica na idéia de que toda norma jurídica pertence a um sistema, da qual não pode ser ilhada, sob pena de não se manter a coerência. Com isso, ela, a regra, visa à unidade objetiva do sistema.

Por sua vez, a regra histórico-teleológica interroga a História, para determinar as condicionantes que influíram na confecção da lei (como, por exemplo, as determinantes econômicas, sociais, culturais e políticas); o segmento teleológico joga com a intenção do legislador ao criar a lei (*mens legislatoris*). (Sobre esses dois métodos, veja-se os seguintes artigos: "Critérios valorativos da interpretação constitucional, de Íris de Carvalho", in: *Revista Forense*, 1985, v. 291, páginas 155 e ss. e "Los métodos de interpretación constitucional", de Alberto Ramón Real, in: *Revista de Derecho Público*, 1980, n.º 13, páginas 50 e ss. Com uma certa relação ao tema, ainda são de se mencionar: "Philosophie et logique de l'interprétation en droit — remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens", de Georges Kalinowski, in: *AFD*, v. 17, páginas 39 e ss. e "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", de Jerzy Wróblewski, in: *AFD*, v. 17, páginas 51 e ss.).

Enfim, a terceira regra é denominada de voluntarista porque seu mentor, Hans Kelsen, conjuga, quando se trata da interpretação feita por um órgão judiciário para aplicar a lei, a interpretação cognoscitiva com um ato de vontade, este para a escolha das alternativas ofertadas por aquela. A interpretação doutrinária é, para Kelsen, puramente cognoscitiva (vide sua obra *Teoria Pura do Direito*, páginas 469 e ss., a respeito ao assunto).

Mutatis mutandis, ao estágio intermediário vale o mesmo afirmado para o método clássico: nada impede, em princípio, que seja também usado para a interpretação da Constituição Política, apenas deverá estar fincado na experiência do labor desenvolvido pelos Tribunais Constitucionais.

4.3. Uma breve ponderação

Antes de adentrar no terceiro estágio, convém sejam feitas algumas observações.

A primeira diz respeito ao fato de que não se deve olvidar e, pois, sempre reter, a circunstância de esses dois estágios até agora vistos, com suas regras e técnicas, haverem se desenvolvido na perspectiva privatista, romanista.

A segunda quer sinalizar que duas escolas se firmaram no interior de ambos: a Escola Subjetiva e a Escola Objetiva. A primeira dá maior importância, na interpretação das leis, à vontade do legislador. A segunda pende a balança para o lado contrário, ou seja, abandona a vontade do legislador para ir em busca da vontade da lei (*mens legis*).

E a terceira chama atenção para o que é de nosso século: a criação dos Tribunais Constitucionais, o que trouxe a jurisdição constitucional, enriquecendo os métodos da hermenêutica jurídica, até lhe trazendo novidades. Este *plus*, e isso é de suma importância, nasceu e se desenvolveu numa perspectiva constitucional, pública, tendo em vista o seu objeto: a Constituição e não as leis do Direito Privado. Nunca é demais ressaltar que as regras e/ou técnicas até agora vistas não estão descartadas, pura e simplesmente. Apenas não mais se aplicam em sua pureza, sob a óptica romanística. Esta observação não cabe, em sua inteireza, ao método voluntarista, devido a sua originalidade.

4.4. Os métodos hodiernos de interpretação constitucional

O terceiro estágio caracteriza-se pela especificidade. Os dois primeiros são amplos, abrangentes, valendo para qualquer norma. Este, ao contrário, visa à Constituição (a lei chamada Constituição, as suas normas), derivando daí o seu caráter restrito, específico.

Existem três métodos neste estágio: dois declaradamente constitucionais e, o terceiro, possui uma amplitude maior, não obstante, é inteiramente aplicável à interpretação constitucional. Trata-se do método tópico, de Theodor Viehweg, que tem atualmente um corolário desenvolvido por Friedrich Müller, com fundamento concretista.

Em ordem cronológica, os métodos do presente estágio podem ser assim enunciados: método integrativo, de Rudolf Smend, método tópico, de Theodor Viehweg, e o método concretista, de Konrad Hesse.

4.4.1. O método integrativo

Encontramos em Eduardo García de Enterría uma excelente síntese a respeito: "Smend, con su conocida teoría de la interpretación, formulada originalmente en 1928, ha ejercido un extraordinario influjo sobre los criterios interpretativos a emplear para la aplicación de la Constitución.

influjo declarado en las decisiones del Tribunal Federal Constitucional. "La Constitución", dice Smend, "no puede ser comprendida sólo como un estatuto de la organización, que estructura el Estado y que faculta e impone ciertas actividades al mismo, sino a la vez, como una forma vital de los ciudadanos que participan en la vida del Estado". Los valores comunes expresados y servidos por la Constitución operan, pues, como valores de integración colectiva de los ciudadanos y así deben sobre todo ser comprendidos e aplicados. Para Forsthoff este método sería propio de las ciencias del espíritu, extraño a la sobriedad y a la formalidad del método jurídico; su generalización implicaría que la Ley Constitucional quedaría deshecha, transformada en un sistema de simples vivencias psicológicas, lo que volatizaría su positividad. La polémica posterior no resultó favorable a esta postura, y más bien fué clarificadora para concluir de perfilar la significación inequívocamente jurídica del "sistema material de valores" de la Constitución, sistema que no es una adición postiza y retórica a un esquema legal, sino además de supuesto implícito o explícito de todo ordenamiento, algo completamente inevitable para la norma constitucional por resultar de la toma primaria de posición sobre el orden político, sobre su función y sus límites, que como pudimos ver al comienzo de este estudio sobre la Constitución, ésta necesariamente supone" ("Hermenêutica e supremacia constitucional", in: *Revista de Direito Público*, 1986, n.º 19, páginas 36-7 — aspas do autor).

STEIN argumenta com a teoria da integração para a interpretação dos Direitos Fundamentais: "En los derechos fundamentales vio Smend, en primer lugar, un medio de "integración objetiva". Su contenido objetivo tiene un efecto integrador: constituyen partes esenciales de nuestro ordenamiento democrático y libre gracias a las cuales prestan su consentimiento al Estado la mayoría de los ciudadanos. Concretizan la libertad y la garantizan bajo esta figura concretizada, no en el sentido de una expresión descriptiva de la realidad, sino en el sentido normativo de una meta que hay que alcanzar. Por ello, no pueden limitarse a emancipar parcialmente al individuo frente al Estado y a proporcionarle protección frente al mismo, sino que deben concebirse como relaciones vinculantes entre el individuo y el Estado (aquí manifestam-se novamente "las funciones fundamentales del Estado", vide subtópico 2.1, in *fine*, supra); es decir, como el fundamento de la unidad política" (*Derecho Político*, páginas 239-40 — aspas do autor).

Para a compreensão desse último parágrafo, é esclarecedora a menção da alínea 1.ª do artigo 1.º da Lei Fundamental de Bonn: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt." Tradução: "A dignidade das pessoas é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público". Isso significa: a dignidade da pessoa humana tem, na Lei Fundamental, um valor que informa todos os Direitos Fundamentais. Por isso estes direitos são diretamente aplicáveis. Não há como tergiversar sobre eles.

4.4.2. O método tópico

Em sua obra *Topik und Jurisprudenz*, que veio a lume em 1954, Theodor expõe, no capítulo 3.º (Analyse der Topik), o que seja a Tópica e os seus objetivos.

“Der wichtigste Punkt bei der Betrachtung der Topik ist die Feststellung, dass es sich hier um diejenige denkerische Techne handelt, die sich am Problem orientiert.” (Pág. 31.) Tradução: “O ponto mais importante da reflexão sobre a Tópica é o de que aqui se trata da técnica de pensar.”

“Sie ist daher die Techne des Problemdenkens.” (Página 31.) Tradução: “Por isso ela é a técnica de pensar o problema.”

“Denn es gibt nicht nur die überall verwendbaren Topoi, von denen Aristoteles, Cicero und ihre Nachfolger handeln, sondern auch solche, die für ein bestimmtes Fach approbiert sind.” (Página 36). Tradução: “Pois não existe somente a Tópica utilizada em todos os lugares, a de Aristóteles, de Cícero e seus procedimentos posteriores, mas também há Tópicos aceitáveis para uma determinada disciplina e/ou matéria.”

“Die Funktion der Topoi, gleichgültig, ob sie als allgemeine oder besondere auftreten, besteht also darin, der Problemerkörterung zu dienen.” (Página 38). Tradução: “A função da Tópica, sendo indiferente se sua manifestação é geral ou específica, consiste em que ela serve ao exame da discussão.”

“Die Topik muss erst einmal zeigen, wie man Prämissen findet. Die Logik mimt sie hin und verarbeitet sie.” (Página 40.) Tradução: “A Tópica precisa somente mostrar uma vez, como se acha premissas. A Lógica as toma então e as trabalha.” Aqui é de se observar que a Tópica corrige a Lógica, embora isso pareça paradoxal. Por que isso ocorre? Segundo SALMON, “a lógica trata da relação entre premissas e conclusão, deixando de importar-se com a verdade das premissas.” (*Lógica*, p. 16). E a Tópica trata justamente de problematizar as premissas. Isso fazendo, ajuda a estabelecer uma correta relação entre as premissas e a conclusão, o que vai resultar num argumento lógico correto, pois a correção ou incorreção lógica de um argumento está tão-somente dependente da relação entre premissas e conclusão.

Paulo Bonavides, num artigo intitulado “O método tópico de interpretação constitucional”, assenta que “os métodos clássicos de interpretação, quais os formulou Savigny, sempre tiveram grande voga na jurisprudência dos séculos XIX e XX. Toda a velha metodologia está porém debaixo de pressões renovadoras. Em nenhum ramo do direito sua influência se fez mais patente do que no Direito Constitucional. De origem civilista, os métodos clássicos tinham já dificuldades de acomodar-se ao seu objeto — a Constituição — que sobre a dimensão jurídica comporta uma outra

mais lata, de natureza política, entretecida de valores — o que fazia deveras precário o emprego da hermenêutica tradicional” (página 68). (Vide tópico 4. e subtópico 4.3, supra.)

“(...) A tópica parece haver chegado assim na hora exata, quando mais prementes e angustiantes exigências metodológicas põem claramente a nu o espaço em branco deixado pela hermenêutica constitucional clássica, característica do positivismo lógico-dedutivo” (página 68).

Conclui o autor, dizendo: “A tópica representa, enfim, o tronco de onde partem na Alemanha as direções e correntes mais empenhadas em renovar a metodologia contemporânea de interpretação das regras constitucionais” (página 70).

4.4.3. O método concretista

KONRAD HESSE é um dos representantes do método concretista de interpretação constitucional. Em seu festejado livro *Grundzüge des Verfassungschts der Bundesrepublik Deustschland* (cuja 17.^a edição está para sair na Alemanha — a primeira data de 1967), o autor dedica um capítulo a “Verfassungsinterpretation” (interpretação constitucional). Sua primeira colocação consiste em determinar quando a interpretação se faz necessária: “Verfassungsinterpretation im hier zu erörternden engen Sinne wird notwendig und Problem, wenn eine verfassungsrechtliche Frage zu beantworten ist, die sich an Hand der Verfassung nicht eindeutig entscheiden lässt.” (Página 19.) Tradução: “A interpretação constitucional, no sentido mais restrito de nossa discussão, será necessária e se constituirá num problema, quando uma pergunta de Direito Constitucional necessita ser respondida, e que por via da Constituição não se deixa resolver claramente.”

Hesse entende que a interpretação tem uma tarefa: “Aufgabe der Interpretation ist es, das verfassungsmässig “richtige” Ergebnis in einem rationalen und kontrollierbaren Verfahren zu finden, dieses Ergebnis rational und kontrollierbar zu begründen und auf diese Weise Rechtsgewissheit und Voraussehbarkeit zu schaffen — nicht etwa nur, um der Entscheidung willen zu entscheiden”. (P. 20 — aspas do autor.) Tradução: “A tarefa da interpretação é achar o resultado constitucional “exato”, por meio de um procedimento racional e claramente controlado, fundamentar este resultado racional e claramente controlado e produzir um método jurídico dotado de certeza e previsibilidade — e não decidir para a decisão somente por acaso”.

Como Hesse concebe a interpretação constitucional? Como ela se realiza? “Verfassungsinterpretation ist Konkretisierung. Gerade das, was als Inhalt der Verfassung noch nicht eindeutig ist, soll unter Einbeziehung der zu ordnenden “Wirklichkeit” bestimmt werden. Insofern trägt juristis-

che Interpretation schöpferischen Charakter: der Inhalt der interpretierten Norm vollendet sich erst in der Auslegung; freilich trägt sie auch nur insofern schöpferischen Charakter: das auslegende Tun bleibt an die Norm gebunden". (P. 24 — aspas do autor.) Tradução: "A interpretação constitucional é individualização. Justamente o que, como conteúdo da Constituição, ainda não está claro, deverá ser fixado sob a integração que ordenará a "realidade". Nisso, a interpretação jurídica traz um caráter criador: o conteúdo da norma interpretada se conclui apenas na interpretação; com toda a certeza, ela também apenas traz nisso um caráter criador: a ação interpretada ficará vinculada à norma".

E o que seria a individualização para Hesse? "Konkretisierung setzt ein "Verstehen" des Inhalts der zu konkretisierenden Norm daraus. Dieses lässt sich nicht von dem "Vorverständnis des Interpreten und von dem jeweils zu lösenden Konkreten Problem ablösen". (P. 24 — aspas do autor.) Tradução: "A individualização estabelece antecipadamente um "entendimento" do conteúdo da norma individualizada. Isso não se deixa substituir pela "compreensão antecipada" do intérprete ou pelo desate do respectivo problema concreto".

O "Verstehen", o entendimento, representa que papel no método de Hesse? "Verstehen und damit Konkretisierung ist nur im Blick auf ein konkretes Problem möglich. Der Interpret muss die Norm, die er verstehen will, auf dieses Problem beziehen, wenn er ihren hic et nunc massgeblichen Inhalt bestimmen will." (Página 25.) Tradução: "Entender, e com isso individualizar, só é possível na análise de um problema concreto. O intérprete deve cobrir o problema com a norma que ele quer entender, para que ele possa determinar imediatamente, e de forma decisiva, o seu conteúdo."

O autor redesco é da opinião de que a interpretação constitucional tem limites. Em síntese: a interpretação está de certo modo vinculada às leis. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão onde nenhum é obrigatoriamente estabelecido pela Constituição, onde as possibilidades de uma compreensão conveniente dos textos normativos acabam, ou onde uma solução se põe claramente (manifestamente) em contradição com o texto normativo. Assim, onde o intérprete ultrapassa a Constituição, ele não mais a interpreta, mas sim, ele a modifica ou quebra (rompe). Ambos os casos estão interditados por meio do direito vigente (*op. cit.*, pp. 28-9).

Tendo como ponto de partida a idéia dos limites da interpretação constitucional, tal como exposta por Hesse, é possível que haja, em seus confins (dos limites), o que a doutrina denomina de "mutação constitucional". Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, "ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição" (*Processos Informais de Mudança da Constituição*, p. 57).

Ainda é preciso mencionar o que a doutrina alemã denomina de "verfassungskonforme Auslegung". A expressão não se deixa traduzir facilmente. Apesar disso, pode-se dizer que ela consiste numa interpretação em harmonia (em conformidade) com a Constituição. Hesse a entende como um princípio, i.é, o princípio da interpretação em harmonia com a Constituição — "Der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung". Ele o explica da seguinte forma: "Nach dem Grundsatz ist ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären, wenn ist im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann. Dieser "Einklang" ist nicht nur dann vorhanden, wenn das Gesetz ohne die Heranziehung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte eine Auslegung zulässt, die mit der Verfassung vereinbar ist; er kann auch dadurch hergestellt werden, dass ein mehrdeutiger oder unbestimmter Inhalt des Gesetzes durch Inhalte der Verfassung bestimmt wird. Im Rahmen verfassungskonformer Auslegung sind Verfassungsnormen also nicht nur "Prüfungsnormen", sondern auch "Sachnormen" zur Inhaltsbestimmung einfacher Gesetze". (*Op. cit.*, p. 30 — *aspas do autor.*) Tradução: "Segundo este princípio, uma lei não é de ser interpretada como nula se pode ser explicada de acordo com a Constituição. Este "acordo" não só existe se a lei, sem atrair o ponto de vista constitucional, admite uma explicação em conformidade com a Constituição, como também quando pode ser restabelecido, v.g., no caso de ambigüidade e indeterminação do conteúdo da lei puderem ser determinadas por meio do conteúdo da Constituição. Na moldura da interpretação em harmonia com a Constituição, as normas constitucionais não são somente "normas de controle", como também "normas objetivas" para a definição do conteúdo de leis simplesmente". E Fix-Zamudio asserta que esse instrumento (ele assim denomina o princípio) é da maior transcendência na justiça constitucional alemã dos últimos anos (Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países, in: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1979, p. 373).

A "verfassungskonforme Auslegung" não se confunde, entretanto, com o que Schlaich denomina de "verfassungsorientierte Auslegung", i.é, interpretação de orientação constitucional. Trata-se, como esclarece o autor, da explicação e do emprego de normas capazes de explicar (preencher) espaços interpretativos vazios (Interpretationsspielraum) como, por exemplo, o art. 826, do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), assim enunciado: "Quem, de um modo atentatório contra os bons costumes, causar, dolosamente, um dano a um outro, estará obrigado, para com o outro, à indenização do dano". Ou então, de alcançar as decisões consideradas de base pela Constituição, como, v.g., de atentar à influência do art. 5.º, alínea 1.ª, frase 2, da Lei Fundamental (a liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio e cinema estão garantidos; não se exercerá censura) sobre o emprego de disposições e princípios do Direito do Trabalho (Bundesverfassungsgericht, pp. 187-8).

4.4.4. *Uma visão crítica do conjunto*

Por ocasião da comemoração dos 25 (vinte e cinco) anos de existência do "Bundesverfassungsgericht" — Tribunal Constitucional Federal, constituído em 7 de setembro de 1951 —, o Prof. Dr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, discursando sobre os métodos de interpretação constitucional, advertia: "Über die Methode der Verfassungsinterpretation, ihren Ausgangspunkt, ihre Zielrichtung sowie die zulässige Argumentations- und Verfahrensweise, besthet keine Einigkeit" (*Neue Juristische Wochenschrift*, caderno 46, 1976, p. 2.089). Tradução: "Não há concórdia sobre o método de interpretação constitucional, sobre o seu ponto de partida, sobre o objetivo de sua direção, como também sobre a argumentação aceitável e procedimento metodológico." Tentaremos, nas próximas linhas, situar os pontos-chave da fala do Prof. Dr. Böckenförde.

Em relação ao método clássico de interpretação (que compreende as regras e/ou técnicas expostas no subtópico 4.1, supra), entende o autor que "a insuficiência das regras de interpretação clássicas, que foram mencionadas pelas particularidades, pressupõe a noção de lei, qualitativamente diferente dos atributos da Constituição, o que produz um flanco aberto que, sob o ponto de partida específico da posição metodológica, não mais pode ser aceito" (página 2.091).

No que toca ao método integrativo (subtópico 4.4.1, supra) e ao método tópico (subtópico 4.4.2, supra), preleciona o Professor: a problemática desse método de interpretação (ele está a se referir ao método integrativo) está na indeterminação e na passagem dos possíveis resultados de interpretação, atributo que ele reparte com o método tópico; por outra — e isso é importante — está ela (a problemática) na inversão do ponto de referência da interpretação (página 2.095).

Tendo em vista o método concretista (da individualização) (subtópico 4.4.3, supra), o professor coloca uma questão: como a interpretação irá se vincular por meio daquilo que ela deve primeiro estabelecer? (Página 2.096). Ele está a se referir aos limites desse método. Realmente, como estabelecer o limite se esse depende da individualização da norma? Inobstante, veja-se a argumentação de Hesse no subtópico 4.4.3, supra. (Em relação à interpretação constitucional, veja-se ainda os seguintes artigos: "La Corte Suprema y la interpretación constitucional", de Cesar Enrique Romero, in: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1963, n.º 3, v. 8, páginas 1.122 e ss.; "Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución", de Pedro de Vega García, in: *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), 1979, n.º 7, páginas 93 e ss.; "Sobre la interpretación de las normas constitucionales", de Julio Oyhanarte, in: *Revista de Direito Público*, 1967, n.º 2, páginas 9 e ss., e "Hermenêutica constitucional", de José Alfredo de Oliveira Baracho, in: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, 1977, n.º 18, v. 25, páginas 175 e ss.).

Cuidamos, até aqui, da Constituição Política e de sua interpretação. A latitude dada à última questão permite que se fale em hermenêutica consti-

tucional. Bem. A esta altura deve o leitor já ter-se perguntado se o visto até agora não se aplica também à Constituição Econômica. Sim, os métodos vistos, máxime os do terceiro estágio que, aliás, surgiram devido à Constituição Econômica e suas implicações, são inteiramente aplicáveis a ela. Mas, lembramos que no tópico 1., supra, deixamos dito que nosso desiderato não era justapor a Constituição Econômica à hermenêutica constitucional e, sim, à hermenêutica filosófica. Com isso pretendemos dimensionar a Constituição Econômica em outro plano, mesmo que aí não tenhamos respostas a dar. Quanto a isso, além da dialética platônica, já mencionada na Introdução, vem a calhar a idéia de Montesquieu, segundo a qual, nem sempre se trata de fazer ler, mas sim de fazer pensar. Para além disso, a segunda parte de nosso trabalho terá um enfoque sob a perspectiva de uma Teoria do Direito Constitucional (tendo em vista a Constituição brasileira em vigor), abandonando, assim, a trilha da Teoria da Constituição (veja-se o tópico 2., supra).

Diante do umbral da segunda etapa, resta dizer que seguiremos o mesmo caminho da primeira: conceito, conteúdo (estrutura) da Constituição Econômica, um planeamento geral da hermenêutica filosófica, uma breve incursão em certos autores e, dentro disso, dimensionar a Constituição Econômica.

5. *Definição de Constituição Econômica*

Em nosso entender, a Constituição Econômica é um conjunto de normas que disciplinam o fato econômico e o fato social inerente àquele. Se consideramos o trabalho como fator de transformação, i.é., como o responsável para que haja economia (não é o trabalho que dá valor as coisas?), fica um tanto evidente que a Constituição Econômica também ordene o aspecto social da economia, por assim dizer. Antes da Revolução Russa de 1917 e, no Ocidente pré-Segunda Guerra, tinha lugar o se saber qual o fato social inerente ao fato econômico. Hoje, a pergunta se inverte: que áreas do fato social não são ligadas ao fato econômico? A fronteira entre "oikos" e "politikos" não mais existe. (Sobre Constituição Econômica, veja-se o artigo de Josaphat Marinho, "Constituição Econômica", in: *Revista de Direito Administrativo*, 1984, n.º 156, páginas 1 e ss.; "Derecho Constitucional Económico", de Ignacio Lojendio, in: *Constitución y Economía* (vários autores), páginas 79 e ss.; em relação à questão de a Constituição Econômica abranger ou não a ordem social, veja-se: "Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social", de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Ney Prado, in: *Revista de Informação Legislativa*, 1987, n.º 96, páginas 121 e ss.; "A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)", de Eros Roberto Grau, capítulo 3, páginas 63 e ss.; "A experiência brasileira de Constituição Econômica", de Washington Peluso Albino de Souza, in: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 1989, n.º 67/68, páginas 93 e ss. Neste estudo o Prof. Washington apenas inclui, sob a Constituição Econô-

mica, o Título VII da Constituição vigente. Na verdade, a partir da Constituição de 1934, a Ordem Econômica e Social sempre apareceram sob o mesmo título, sendo que a Carta vigente as separou e, a Constituição de 1937, apenas mencionava a Ordem Econômica. Embora a discussão seja importante sob outros aspectos, para o nosso intento seria de pouca valia nos ocuparmos dela.

6. *Conteúdo (estrutura) da Constituição Econômica*

No subtópico 2.2, supra, registramos que retomariamos o binômio — parte dogmática/parte orgânica. Sob o ângulo histórico, as Constituições mexicana, de 5 de fevereiro de 1917 e weimariana, de 11 de agosto de 1919, marcam um divisor de águas. A partir de então a parte dogmática recebeu um aditamento, qual seja, a constitucionalização dos Direitos Sociais; e à parte orgânica foi acrescentado a previsão da Ordem Econômica e Social. Como se percebe, a Ordem Econômica (e social) nasceu juntamente com a positivação dos Direitos Sociais. Estes não teriam sentido sem a Ordem Social, fruto da Ordem Econômica. Por isso abandonamos a discussão no tópico anterior. A historicidade de ambas as ordens é congênita, pelo que a renga, afora o aspecto metodológico, apenas traduz um ranço dogmático, aqui, inteiramente gratuito.

Nesse sentido, então, entendemos que a Ordem Econômica, a Ordem Social e os Direitos Sociais formam uma tríade onde, no plano da "Lebenswirklichkeit", uma dá sentido a outra numa relação triádica e — isso consideramos de fundamental importância — ao mesmo tempo, somente são compreensíveis nessa relação. A estrutura da Constituição Econômica é formada pelas duas Ordens, sendo que a matéria de ambas lhe dá o conteúdo. Algumas observações aqui são necessárias, e já informadas da hermenêutica filosófica.

a) A Ordem Social e a Ordem Econômica não são duas ordens independentes e desconexas. Dentro da idéia de um Ordenamento Jurídico, elas se informam e se alimentam mutuamente. Com isso queremos caracterizar a unidade interna da Constituição Econômica (veja-se Hans Nawiasky, *Teoría General del Derecho*, p. 62).

A unidade externa relaciona a Constituição Econômica com a Constituição Política. Além dos fatores espaço e tempo (Nawiasky, *op. cit.*, p. 356), entram aqui em cena os princípios que informam o Ordenamento Jurídico (veja-se EROS ROBERTO GRAU, *op. cit.*, pp. 185 e ss., n.º 80). Os princípios levantam o problema da legitimidade da Constituição, sendo que ainda revelam a relação umbilical entre a Constituição Econômica, assim como a entendemos, com os Direitos Sociais. O que fundamenta a validade das normas da Constituição Econômica e as que albergam os Direitos Sociais é o plasma de valores que sobreparam numa determinada comunidade (veja-se a respeito: HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*,

pp. 289 e ss. e *Teoria Geral das Normas*, pp. 326-28; no último livro mencionado, justamente na página 329, KELSEN muda, conscientemente, a nomenclatura da norma fundamental (*Grundnorm*): de hipotética passa a ser ficta, isso é, acompanhada de uma consciência. Nesse sentido, relacionamos, na Introdução, o positivismo kelseniano, com a Escola Exe-gética).

Desta forma, o argumento histórico e a “*Lebenswirklichkeit*” (que acusa a informação e alimentação recíproca — letra *a*, 1.º §) fundamentam a afirmação da estrutura da Constituição Econômica e, a idéia dos princípios (2.º §) demonstra a unidade externa, quer dizer: não é possível, sob pena de darmos as costas à realidade, entender a Constituição Econômica como algo independente e desconexo com os Direitos Sociais. (O sentido do Plano Marshall teve o alcance apenas restrito à ganância e megalomania norte-americanas?)

b) A esfera pública burguesa nasceu da projeção dos valores, inicialmente privados, para a liça pública, sob a guarda do Estado (vide JÜRGEN HABERMAS, *L'Espace Public*, pp. 25 e ss.). Com a formulação da racionalidade de MAX WEBER (veja-se *Economía y Sociedad*, pp. 46 e ss.; 109 e ss.; 128 e ss. e 648 e ss.), a técnica e a ciência desalojaram os fundamentos institucionais do século XVIII, dando uma nova dimensão à esfera pública (veja-se JÜRGEN HABERMAS, *Tecnik un Wissenschaft als "Ideologie"* — *Técnica e Ciência como Ideologia* — p. 48 e ss.). A modernidade cultural do Século das Luzes foi substituída por uma modernização social, cujo paradigma se distanciou daquele do Iluminismo (sobre o paradigma, veja-se THOMAS S. KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*) e, por isso, tem vida própria, uma vez que o arquétipo explicativo iluminista não mais lhe serve. ARNOL GEHLEN formulou este processo numa frase: “as premissas do Iluminismo estão mortas, apenas se mantêm em vigor as suas conseqüências” (apud., HABERMAS, *O Discurso Filosófico da Modernidade*, p. 15. Sobre esta viragem, vide a mesma obra, pp. 13 a 32). A modernização social criou dois subsistemas, Estado e Economia, de cuja relação decorre a integração social (veja-se HABERMAS, “Un modelo del compromiso del estado social”, in: *Teorema*, 1983, v. XIII/1-2). Evidentemente, o Estado aqui é o intervencionista e, nesse sentido, a integração social situa-se num ponto de tensão. É esta que leva ECKARD REHBINDER a afirmar: “Staatsziel ist also nicht nur der Schutz von “Freiheit und Eigentum”, sondern auch der Schutz und die Gewährleistung von Arbeit und sozialer Sicherheit” (in: *Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, p. 13). Tradução: “A finalidade do Estado (o autor está a se referir ao Estado Social) não é somente a proteção da “liberdade e da propriedade”, mas também a proteção e garantia do trabalho e segurança social” (aspas do autor) (vide subtópico 3.2, in *fine*, supra).

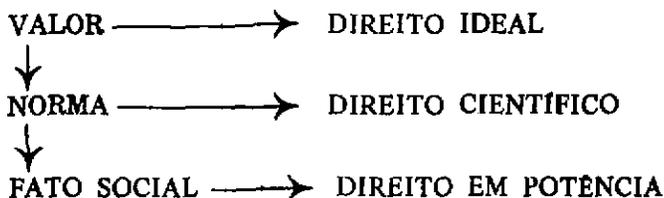
Em conclusão: a partir do momento da positivação dos Direitos Sociais, houve um redimensionamento da esfera pública, desta vez infor-

mada pela técnica e pela ciência, o que acarreou o surgimento da Constituição Econômica, sinalizando que o fato econômico agora não mais serve a direitos individuais somente, mas também presta contas aos direitos sociais. Nesse sentido deve ser entendido o que falamos no tópico 5., supra, e 6., § 2.º e letra a: sob o ponto de vista da unidade interna, a Constituição Econômica é estruturada nas duas ordens: social e econômica; sob o ponto de vista da unidade externa, a Constituição Econômica disciplina também os direitos sociais.

c) O novo paradigma da esfera social trouxe consigo a exigência da planificação. E aqui se situa um problema: como conciliar a democracia representativa com as imposições da técnica e da ciência? ANDRÉ DE LAUBADÈRE, em seu livro *Direito Público Econômico*, na p. 332, informa que as comissões que trabalharam no 2.º Plano francês reuniram em torno de 2.000 pessoas, número que passou a 3.000 nos Planos seguintes. O ponto de tensão gerado com a planificação (o exemplo da União Soviética identificava a planificação econômica com regimes políticos autoritários) apontou, pelo menos, para duas direções: as obras de KARL MANNHEIM, *Liberdade, Poder e Planificação Democrática* e *O Homem e a Sociedade* são uma tentativa de reatualização da modernidade cultural frente à modernização social; nesse sentido, também o livro de CARLOS SANCHES VIAMONTE, *La Libertad y sus Problemas*. Os dois autores parecem, nas entrelinhas, pretender afugentar o diagnóstico de ERNST CASSIRER, formulado no *El Mito del Estado*. Já *Le Déclin du Droit*, de GEORGES RIPERT, soa mais como um lamento diante da falta do instrumental teórico da modernidade cultural frente à modernização social.

Aqui a efetividade do projeto da modernização social deve o seu tributo aos Tribunais Constitucionais. O vigor econômico estava na dependência da planificação e esta, por sua vez, ao menos no aspecto da legitimidade, na concretude dos Direitos Sociais. Com isso tentou-se, com sucesso, evitar a experiência das duas grandes guerras (sobre o enorme poder conferido aos juízes dos Tribunais Constitucionais, veja-se o livro de OTTO BACHOF, *Jueces y Constitución*).

Para que se entenda a nova função dada ao Poder Judiciário Europeu pós-guerra, é mister uma rápida incursão nas fontes do Direito. Em termos esquemáticos:



O Direito Científico é alimentado diretamente pela norma e, indiretamente, pelo valor, fonte direta do direito ideal e pelo fato social, fonte

direta do direito em potência. A alimentação indireta fornece o conteúdo para a norma. Nesse sentido, todos os valores constitucionais, juntamente com as áreas do fato social previstos na norma, têm nela, na norma o seu ponto de convergência. Nesse sentido, a planificação econômica revela a alimentação indireta do fato social e os direitos sociais (assim como os individuais e todos os princípios constitucionais) traduzem a alimentação indireta dos valores. O equilíbrio desse ponto de junção foi a tarefa conferida aos Tribunais Constitucionais, em duplo sentido: na interpretação da Constituição (Política e Econômica) e na sua aplicação.

7. Considerações acerca da hermenêutica filosófica

No início de nosso trabalho falamos que nosso objetivo era o de enfocar a Constituição Econômica sob a óptica da hermenêutica filosófica. É com este propósito que orientaremos nossas considerações.

A palavra hermenêutica procede de verbos gregos, significando "afirmar", "proclamar", "interpretar", "esclarecer" e "traduzir".

Afora o aspecto etiológico, o campo da hermenêutica compreende seis sentidos:

- a) uma teoria da exegese bíblica;
- b) uma metodologia filológica geral;
- c) uma ciência de toda a compreensão linguística;
- d) uma base metodológica dos *Geisteswissenschaften*;
- e) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; e
- f) sistemas de interpretação, simultaneamente recoletivos e iconoclásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos" (RICHARD E. PALMER, *Hermenêutica*, p. 43).

Para nós, interessa destacar o sentido da letra e. (O elenco apresentado por PALMER traz à tona o que registramos no final da Introdução: a hermenêutica presta-se também à análise da linguagem, apenas não é este o campo de nossa presente pesquisa).

Foi a partir do "Círculo de Göttingen" e o "Círculo de Munique" que a fenomenologia se desenvolveu.

Husserl, como já foi dito na Introdução, questionou o tecnicismo e cientificismo reinantes na passagem para o nosso século. Com isso se abriu um novo campo para o estudo da fenomenologia: a perquirição da estrutura da consciência, enquanto fluxo temporal e imanente de vivências.

Husserl deixou uma tríplice herança: a direcional, a lógica e a existencial.

“A herança lógica irá se preocupar em aprofundar a gênese das significações ideais. A verdade lógica não é mais vista na sua “eternidade”, mas sim na sua reativação infinita e temporal.

“A herança existencial busca explicar e compreender as estruturas de nosso ser no mundo. Trata-se de analisar a estrutura concreta de nossa existência e a história da nossa aventura humana neste mundo.

“A herança recebida pelas ciências humanas e sociais busca novo fundamento para estas, longe de todo positivismo e cientificismo. Esta busca se entrecruza com a linhagem das ciências compreensivas que desde Dilthey e Max Weber utilizaram este conceito para distinguir as ciências humanas das ciências da natureza” (Creusa Capalbo, in: *Fenomenologia e Hermenêutica* (vários autores), pp. 6 e 7 — aspas da autora).

Entre outros, Husserl inspirou Heidegger e Gadamer, que nos interessam diretamente. Em *Ser e Tempo* encontramos a hermenêutica do Dasein; em *Verdad y Método*, uma sistematização da hermenêutica filosófica (nele, Gadamer “urbaniza a província heideggeriana”, no dizer de HABERMAS — *Dialética e Hermenêutica*, para uma crítica da hermenêutica de Gadamer, p. 75). Com ambos, Heidegger e Gadamer, baseados nos estudos de fenomenologia, assiste-se “à subordinação da impostação epistemológica à teoria ontológica do Verstehen” (JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência*, p. 116).

Com Heidegger procuraremos o ser do ente da Constituição Econômica. Com Gadamer situaremos o intérprete diante desta tarefa.

7.1. *Martin Heidegger*

Interessa-nos, aqui, destacar a fenomenologia e a compreensão, juntamente com a interpretação. A análise está centrada no v. 1, de *Ser e Tempo*.

7.1.1. *A estrutura da palavra fenomenologia*

A palavra fenomenologia tem dois componentes: “fenômeno e logos” (p. 57).

“Deve-se manter, portanto, como significado da expressão “fenômeno” o que se revela, o que se mostra em si mesmo” (aspas do autor, p. 58).

“..., fenômenos nunca são manifestações, toda manifestação é que depende de um fenômeno” (p. 59).

“Na medida em que um fenômeno é constitutivo da “manifestação”, no sentido de um anúncio através de algo que se mostra, e uma vez que o fenômeno pode sempre transformar-se privativamente em aparência, também a manifestação pode tornar-se simples aparência” (aspas do autor, p. 60).

“Quando dizemos que o significado básico de logos é discurso, essa tradução literal só terá valor completo quando se determinar o que é um discurso” (p. 62).

“O discurso autêntico é aquele que retira o que diz daquilo sobre que discorre de tal maneira que, em seu discurso, a comunicação discursiva revele e, assim, torne acessível aos outros, aquilo sobre que discorre” (p. 63).

7.1.2. *Compreensão e interpretação*

“Na compreensão, a pre-sença projeta seu ser para possibilidades. Esse ser para possibilidades, constitutivo da compreensão, é um poder-ser que repercute sobre a presença as possibilidades enquanto aberturas” (p. 204).

“A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão” (p. 204).

“Ao apropriar-se da compreensão, a interpretação se move em sendo para uma totalidade conjuntural já compreendida” (p. 206).

“A interpretação sempre se funda numa visão prévia, que “recorta” o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação” (pp. 206-7, aspas do autor).

“A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo o princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia” (p. 207, aspas do autor).

“A compreensão enquanto abertura de pré sempre diz respeito a todo o ser-no-mundo. Em toda a compreensão de mundo, a existência também está compreendida, e vice-versa” (p. 209).

“Historicidade indica a constituição ontológica do “acontecer” próprio da presença como tal” (p. 48, aspas do autor).

“A ontologia só é possível como fenomenologia” (p. 66).

“A “essência” da pre-sença está em sua existência” (p. 77, aspas do autor).

“A compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da pre-sença” (p. 38).

“A pre-sença sempre se compreende a si mesma a partir de sua existência, de uma possibilidade própria de ser ou não ser ela mesma” (p. 39).

7.2. *Hans-Georg Gadamer*

São três os pontos que desejamos destacar neste autor: pré-juízo, pré-compreensão e horizonte. Todos se encontram em sua obra já mencionada.

7.2.1. *Pré-juízo*

“En sí mismo “prejuicio” quiere decir un juicio que se forma antes de la convalidación definitiva de todos los momentos que son objetivamente determinantes” (p. 337, *aspas do autor*).

É preciso esclarecer que para Gadamer, o fato de o Iluminismo haver desprezado, sob as vestes do racionalismo, a tradição, acarretou um prejuízo, no verdadeiro sentido da palavra. Por isso, o pré-juízo tem, em Gadamer, a função de reabilitar a tradição e a autoridade, como pressupostos da pré-compreensão. (Habermas interpreta esta atitude como conservadora.)

7.2.2. *Pré-compreensão*

“... en toda comprensión se presupone una relación vital del intérprete con el texto, así como su relación anterior con el tema. A este presupuesto hermenéutico le da el nombre de precomprensión, porque evidentemente no es producto del procedimiento comprensivo sino que es anterior a él” (p. 403).

“También aquí se nos confirma que comprender significa primariamente entenderse en la cosa, y sólo secundariamente destacar y comprender la opinión del otro como tal. Por eso la primera de todas las condiciones hermenéuticas es la pre-comprensión que surge del tener que ver con el mismo asunto” (p. 364).

7.2.3. *O horizonte na hermenêutica gadameriana*

“Horizonte es el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto. Aplicándolo a la conciencia pensante hablamos entonces de la estrechez del horizonte, de la posibilidad de ampliar el horizonte, de la apertura de nuevos horizontes. La lengua filosófica ha empleado esta palabra, sobre todo desde Nietzsche y Husserl, para caracterizar la vinculación del pensamiento a su determinatividad finita y la ley del progreso de ampliación del ámbito visual. El que no tiene horizontes es un hombre que no ve suficiente y que en consecuencia supervalora lo que

le cae más cerca. En cambio, tener horizontes significa no estar limitado a lo más cercano sino poder ver por encima de ello. El que tiene horizontes puede valorar correctamente el significado de todas las cosas que caen dentro de ellos según los patrones de cerca y lejos, grande y pequeño. La elaboración de la situación hermenéutica significa entonces la obtención del horizonte correcto para las cuestiones que se nos plantean cara a la tradición" (p. 373).

"El concepto de horizonte se hace aquí interesante porque expresa esa panorámica más amplia que debe alcanzar el que comprende. Ganar un horizonte quiere decir siempre aprender a ver más allá de lo cercano y de lo muy cercano, no desatenderlo, sino precisamente verlo mejor integrándolo en un todo más grande y en patrones más correctos" (p. 375).

"En realidad el horizonte del presente está en un proceso de constante formación en la medida en que estamos obligados a poner a prueba constantemente todos nuestros prejuicios" (p. 376).

Escudados nas colocações de Heidegger e Gadamer, ingressamos na etapa final de nosso trabalho.

8. *A Constituição Econômica sob o enfoque da hermenêutica filosófica*

Na pesquisa documental que realizamos, não encontramos nenhum vestígio jurisprudencial a respeito da Constituição Econômica, não obstante sua presença em texto constitucional datar de 1934. Isso merece algumas observações:

a) Se a ontologia somente é possível como fenomenologia e, se o fenômeno se constitui numa manifestação, por onde anda a presença, o Dasein da Constituição Econômica, máxime em sua unidade externa (tópico 6., letra b, *in fine*, supra)? Será possível que em 56 anos o Poder Judiciário brasileiro nunca tenha sido provocado para se manifestar sobre o fenômeno jurídico da Constituição Econômica, i.é, sobre a juridicização de qualquer elemento do direito ideal ou do direito em potência (tópico 6., letra c, supra)?

b) Este fato leva a uma conclusão desanimadora: sob a perspectiva heideggeriana, o discurso do jurista indígena é, no mínimo, irreal, para não dizer inautêntico. Se a compreensão sempre diz respeito a um ser-no-mundo, onde ela está?

c) Ao analisarmos melhor, quando interpretamos a nossa Constituição Econômica com teorias alienígenas, não estamos incorrendo no prejuízo de Gadamer? O nosso horizonte histórico, a nossa tradição tem um tema diverso daquele das teorias mencionadas. Ora, qual a pré-compreensão que daí resulta? Se o pré-juízo é falso, evidente que há prejuízo. Lembramos que o

cientista do Direito descreve a previsão normativa, daí resultando a proposição jurídica kelseniana.

Nossa Constituição Econômica, tanto em sua unidade interna como externa, é programática (Constituição Dirigente). Autores há que afirmam ser este tipo de Constituição transformadora. Levando-se em conta a nossa tradição e, somando-se a isso o exposto por Karl Mannheim, *Ideologia e Utopia*, seria verdadeira esta afirmação?

É provável que tenhamos chegado, com a Constituição de 1988, ao último patamar de uma idéia, qual seja, a de constitucionalizar a realidade. O nosso Código Comercial é de 1850 e o Código Civil de 1916. Essas leis, por via de interpretação, sempre foram amoldadas à realidade. Por que não ocorre o mesmo com a interpretação da Constituição Econômica? Agora, que tudo está nela, fala-se em mudá-la. Isso não revela uma falta de posição prévia, de visão prévia, de concepção prévia? Isso não delata a nossa "estrechez" de horizonte? Não deveríamos reformular nossos pré-juízos para, enfim, sermos senhores de uma pré-compreensão?

A falta de historicidade da Constituição Econômica tem, no Brasil, uma triplíce origem: de um lado, o Legislativo não cumpre o seu papel (não dispomos de informações, mas é de se perguntar se o Título VII da Constituição já está todo regulamentado), de outro, o Judiciário não toma posição (onde estão o bem-estar e a justiça social do art. 193?) (Veja-se tópico 1, penúltimo §, supra), enquanto a maior parte da doutrina fica divagando com o verdadeiro ar da Escolástica medíeva. Poderão ripostar-nos: mas o Plano existe, o Código de Defesa do Consumidor recebeu vida. Sim, isso é verdade, mas onde estas coisas confirmam a presença da Constituição Econômica, em sua unidade externa, na "Lebenswirklichkeit"?

Sob a perspectiva da pré-compreensão gadameriana, como fica a ideologia constitucionalmente adotada pela Constituição Econômica, entendida aqui em sua unidade externa, nesses dois anos de vigência? Teriam acaso os Constituintes laborado em prejuízo? Aceitando-se a hipótese, tudo indica que o Judiciário e a doutrina fazem pouco caso de seus pré-juízos. Senão, como explicar as verrinas, de um lado, e, de outro, a quase total indiferença? Aqui se mostram as fragilidades de tais atitudes: mudar a lei para não se obrigar a pré-compreender a realidade. É necessário que deixemos de brincar de vivenciar experiências (temas) alheias, para que a essência da presença de nossa Constituição Econômica se ontologize.

Estas colocações não devem ser entendidas como uma provocação. O prejuízo desta atitude seria manifesto. Dentro da idéia da rinação filosófica, nos trilhos de Nietzsche, Platão, ao se perguntar o que passava no Olimpo, tomou consciência da importância do tema no processo da pré-compreensão do intérprete. Esse trabalho quis tão-somente traduzir o esforço de se dimensionar a Constituição Econômica em outro nível, com o intuito de se aperceber dos pressupostos de sua pré-compreensão. Quiçá isso sirva para uma útil reflexão.

9. Conclusão

Na verdade, o epílogo de nossa dissertação aponta, pelo menos, para duas direções: uma, no sentido de que o jurista não pode, sob pena de perder a lucidez, deixar de acompanhar as pesquisas no campo filosófico; a outra, exige que o nosso Direito mude os paradigmas temáticos da pré-compreensão, caso queira se re-integrar na "Lebenswirklichkeit".

10. Bibliografia

- ALEMANHA. Leis, decretos, etc., Código Civil Alemão, traduzido diretamente do alemão por Souza Diniz, Rio de Janeiro, Ed. Record, 1960.
- ALEMANHA. Leis, decretos, etc., Verfassung, in der Fassung der Bekanntmachung vom 12 dezember 1985.
- BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1985.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Hermenêutica constitucional". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 18, v. 25, maio, 1977.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Die Methoden der Verfassungsinterpretation — Bestandsaufnahme und Kritik." *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 46, november, 1976.
- BONAVIDES, Paulo. "O método tópico de interpretação constitucional". *Revista do Curso de Direito, Fortaleza*, nº 22, jul./dez., 1981.
- BRASIL. Leis, decretos, etc., *Constituição da República Federativa do Brasil*, São Paulo, Ed. Jalovi, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, Ed. Coimbra, 1982.
- CAPALBO, Creusa. "Introdução" in: *Fenomenologia e hermenêutica*. Rio de Janeiro, Ed. Ambito Cultural, 1983.
- CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje*. Barcelona, Ed. Ariel, 1968.
- CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 1972.
- CARVALHO, Iris de. "Critérios valorativos da interpretação constitucional." *Revista Forense*, v. 291, jul./set., 1985.
- CASSIER, Ernst. *El mito del Estado*. México. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1947.
- DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid, Ed. Aguilar, 1969.

- DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 5ª ed. Paris, Ed. Presses Universitaires de France, 1960.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. "Hermenêutica e supremacia constitucional." *Revista de Direito Público*, nº 19, jan./mar., 1986.
- . *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid. Ed. Civitas S.A., 1985.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo, Ed. Max Limonad, 1986.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa Continental e su influencia en otros países." *Boletín Mexicano de Derecho Constitución*. São Paulo, Ed. Max Limonad, 1986.
- FONSECA, João Bosco Leopoldina da. *O plano nacional de desenvolvimento como expressão da linguagem do direito*. Tese de doutoramento, 1989.
- FRANÇOIS, O. S. T. "Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit." *AFD*, v. 31, 1985.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca, Ed. Sígueme, 1977.
- GARCIA, Célio (org.). *Um novo paradigma*. Belo Horizonte, Ed. UFMG/PROED, 1987.
- GARCIA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- GARCIA, Pedro de Vega. "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución." *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), nº 7, ene./feb. 1979.
- GOMEZ, Carlos Mejía. *Teoría de la Constitución*. Bogotá, Ed. Temis, 1967.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre, Ed. L&PM, 1987.
- . *L'Espace public*. Paris, Ed. Payot, 1986.
- . *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa, Ed. Publicações Dom Quixote, 1990.
- . *Technik und Wissenschaft als "Ideologie"*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1968.
- . "Un modelo del compromiso del Estado social." *Revista Teorema*, Madrid, nº XIII/1-2, 1983.
- HABA, Enrique P. "Etudes en allemand sur les rapports entre droit et langage." *AFD*, nº 19, 1974.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro, Ed. Vozes, 1988, v. 1.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo, Ed. Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 17 ergänzte Auflage. Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1988.

- HOOFT, H. Ph. Vissert. "La philosophie du langage ordinaire et le droit." AFD, nº 19, 1974.
- IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano*. Madrid, Ed. Bailly-Bailliere, v. 3.
- KALINOWSKI, Georges. *Introducción a la lógica jurídica*. Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1973.
- . "Philosophie et logique de l'interprétation en droit." AFD, nº 17, 1972.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre, Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1986.
- . *Teoria pura do direito*. 4ª ed. Coimbra, Ed. Armenio Amado-Successor, 1979.
- KIRCHMANN, Julio German von. *El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho*. In: *La ciencia del derecho*. Buenos Aires, Ed. Losada S.A., 1949.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo, Ed. Perspectiva, 1987.
- LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa, Ed. Fragmentos, 1990.
- LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Coimbra, Ed. Almedina, 1985.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 4ª reimpressão da 2ª ed. Barcelona, Ed. Ariel S.A., 1986.
- LOJENDIO, Ignacio. *Derecho constitucional económico*. In: *Constitución y economía*. Madrid, Ed. Revista del Derecho Privado, 1977.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Guanabara.
- . *Liberdade, poder e planificação democrática*. São Paulo, Ed. Mestre Jou.
- . *O homem e a sociedade*. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1962.
- MARINHO, Josaphat. "Constituição econômica." *Revista de Direito Administrativo*, nº 156, abr./jun., 1984.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica a aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- MOUNIN, Georges. "La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques." AFD, nº 19, 1974.
- NAWIASKY, Hans. *Teoría general del derecho*. Madrid, Ed. Rialp S.A., 1962.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e PRADO, Ney. "Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social." *Revista de Informação Legislativa*, nº 96, out./dez., 1987.
- OYHANARTE, Julio. "Sobre la interpretación de las normas constitucionales." *Revista de Direito Público*, nº 2, out./dez., 1967.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa, Ed. 70.

- PELAYO, Manoel Garcia. *Derecho constitucional comparado*. Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1950.
- POSADA, Adolfo. *Tratado del derecho político*. 5ª ed., Madrid, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, 1935, v. 2.
- PRADO, Luiz Regis e KARAM, Munir. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- PRÉLOT, Marcel. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 3ª ed. Paris, Ed. Dalloz, 1963.
- REAL, Alberto Ramón. "Los métodos de interpretación constitucional." *Revista de Direito Público*, nº 13, jan./jun., 1980.
- REHBINDER, Eckard. "Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland." In: *Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*. Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1989.
- RIPERT, Georges. *Le déclin du droit*. Paris, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.
- ROMERO, Cesar Enrique. "La corte suprema y la interpretación constitucional." *Revista Jurídica Argentina La Ley*, nº 3, v. 8, 1963.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant*. Belo Horizonte, Ed. UFMG, 1986.
- SALMON, Wesley C. *Lógica*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1978.
- SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*. München, C. H. Beck Verlag, 1985.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado.
- SEMAMA, Paolo. *Linguagem e poder*. Brasília, Ed. UnB, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. "A experiência brasileira de constituição econômica." *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 67/68, jul./88/jan./89.
- STEIN, Ekkehart. *Derecho político*. Madrid, Ed. Aguilar, 1973.
- THOMANN, Marcel. "Histoire de l'idéologie juridique au XVIII siècle, ou: "Le droit prisonnier des mots." *AFD*, nº 16, 1983.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid, Ed. Tecnos, 1974, v. 2.
- VIAMONTE, Carlos Sanchez. *La libertad y sus problemas*. Buenos Aires, Ed. Omeba, 1981.
- VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. Fünfte Auflage, München, C. H. Beck Verlag, 1974.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 7ª reimpressão da 2ª ed. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1984.
- WROBLSWSKI, Jerzy. "L'interprétation en droit: théorie et idéologie." *AFD*, nº 17, 1972.

Gramática Translingüística do Processo

GLADSTON MAMEDE

Doutorando em Filosofia do Direito e
Pesquisador da UFMG

SUMÁRIO

1. *Introdução*. 2. *"Grammata"*. 3. *A Gramática Translingüística*. 4. *Morfologia do Processo*. 5. *Lexicologia do Processo*. 6. *Problema Conceitual*. 7. *Sintaxe do Processo*. 8. *Processo e Procedimento*. 9. *Figuras Sintático-processuais especiais*. 10. *Conclusão*.

O leitor encontrará nas linhas deste trabalho um ensaio de Semiologia aplicada ao Direito, disciplina à qual alguns estudiosos têm dedicado suas pesquisas e que se têm mostrado frutíferas.

Este estudo semiológico encontra a sua fundamentação na necessidade de se proceder a uma análise da doutrina jurídica a partir de uma nova abordagem, engendrando uma releitura de alguns dos principais temas do exame doutrinário-jurídico. Assim, novos pontos-de-vista são estabelecidos e, a partir destes, outras problematizações e considerações são fomentadas.

Em caso, as páginas seguintes procuram abordar a Teoria Geral do Processo por um enfoque e método semiológicos, objetivando identificar em sua estruturação a existência de um sistema gramatical.

1. *Introdução*

Uma vez que proponho identificar a existência de uma Gramática Translingüística do Processo, há que definir e esclarecer quais são os limites nos quais pretendo trabalhar.

Principiarei pela definição de Gramática. Deriva do grego *grammatiké*, significando arte (e, por extensão, técnica — *technikós* significa o que é relativo à arte) da utilização de caracteres (ou *grammata*), como esclarece PERROT¹. E assim se deve compreendê-la aqui. Acrescenta SAUSSURE que a gramática “visa unicamente formular regras para distinguir as formas corretas das incorretas; é uma disciplina normativa”².

Tratando-se de uma análise semiológico-lingüística, os caracteres utilizáveis (objetos da análise gramatical) são as palavras. Por outro lado, tratando-se de uma análise semiológico-translingüística, tais caracteres são apurados no *corpus* escolhido para pesquisa. O *corpus* é a “coleção finita de materiais, determinada de antemão pelo analista, conforme certa arbitrariedade (inevitável) em torno da qual ele vai trabalhar”³.

E, nesta pesquisa, determinei como *corpus* balizador do estudo semiológico as normas processuais. Mais especificamente, trabalharei com normas de Processo Civil, aproveitando-se as conclusões às demais áreas processuais.

Mas há outra restrição neste *corpus*. Como afirma JAPIOT, “on distingue, en général, parmi les lois de procédure au sens large, trois catégories de lois: les lois d'organisation judiciaire, les lois de compétence, et les lois de procédure proprement dites”⁴. E ao meu estudo interessa mormente o exame do terceiro tipo enunciado, ou seja, as leis processuais propriamente ditas.

2. *Grammata*

Há que se identificar neste *corpus* quais são os caracteres — *grammata* — que são (ou que seriam, visto tratar-se de uma hipótese) objeto de uma estruturação gramatical translingüística.

Afirma THEODORO JUNIOR que “é lícito dizer que ‘o processo é uma seqüência ordenada de fatos, atos e negócios processuais’ como ensina Hélio Tornaghi. Negada, porém, por muitos, a utilidade da distinção entre atos e negócios processuais, podem resumir ambos sob um só conceito, o de ato processual”⁵.

1 PERROT, Jean, in *A Linguística*; trad. M. L. Rodrigues e outros. São Paulo: DIFEL, 1970; p. 18.

2 SAUSSURE, Ferdinand de, in *Curso de Linguística Geral*; trad. Ildoro Blikstein e outros. São Paulo. Cultrix, 1988; p. 7.

3 BARTHES, Roland, in *Elementos de Semiologia*; trad. Ildoro Blikstein São Paulo. Cultrix, 1988; p. 104.

4 JAPIOT, René, in *Traité Élémentaire de Procédure Civile et Commerciale*. Paris. Rosseau et Cie., 1935; p. 2.

5 THEODORO JUNIOR, Humberto, in *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro. Forense, 1988; p. 231.

Segundo LOPES DA COSTA, o processo "é uma série de atos jurídicos que se encadeiam, de modo que cada um deles prepara a realização do ato subsequente, todos unidos pela finalidade que a todos impele: a decisão final da causa"⁶. Não obstante esta definição do processo como "série de atos jurídicos" LOPES DA COSTA mantém a mesma diferenciação entre "atos processuais, atos processuais e negócios processuais"⁷.

Contudo, parece-me que o caractere manejado pela Gramática Processual Translingüística é o ato processual tão-somente. Observo a definição de CALAMANDREI: "proceso es la serie de las actividades que se deben llevar a cabo para llegar a obtener la providencia jurisdiccional"⁸. Há que se notar a característica voluntarista que o autor esboça definindo o processo como a "série de atividades", de ações destinadas a obter determinados fins.

Procuró, assim, realçar a qualidade instrumental do processo. Embora existam fatos aos quais se atribua um valor jurídico (denominados fatos jurídicos — numa conceituação "rasa"), entre os quais encontrar-se-ão os que produzem efeitos jurídico-processuais (consequências apuráveis em determinados processos em curso), tais efeitos estão condicionados aos atos jurídico-processuais respectivos.

COUTURE diz que como fato processual "se entende qualquer acontecimento suscetível de produzir efeitos jurídicos processuais. Uma inundação produz o efeito jurídico de suspender o prazo probatório; (...) o parentesco do juiz com a parte produz o efeito jurídico de impedi-lo de conhecer da causa"⁹. Mas a suspensão do prazo, fundada no fato da inundação, carece ser pedida na forma adequada e deferida pelo magistrado; se assim não for, não se processará. No mesmo sentido, o impedimento do juiz por parentesco com uma das partes (artigo 134, V, do CPC) deve ser levantado de ofício por este (em ato próprio) ou ser apontado pela interposição de exceção pela parte interessada (arts. 137 e 304 do CPC).

Há que se diferenciar o que é caractere, separando dos demais. O processo "se desenrola através de uma série ou conjunto de atos que se sucedem, até final solução da lide e que são praticados pelos litigantes, pelos órgãos judiciários e seus respectivos auxiliares. Em função disso,

6 COSTA, Lopes da, in *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro. Forense, 1962; p. 42.

7 COSTA, *op. cit.*, p. 186.

8 CALAMANDREI, Piero, in *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; trad. esp. Santiago S. Melandro. Buenos Aires, 1962; pp. 317 e 318.

9 COUTURE, Eduardo J., in *Fundamentos de Direito Processual Civil*; trad. Rubens G. de Souza. São Paulo. Saraiva, 1946; p. 110.

BULGARO via no processo um *actum trium personarum*, com autor, réu e juiz”¹⁰.

Para MOACYR AMARAL DOS SANTOS, o processo “é um meio ou instrumento de composição do qual se obtém a composição da lide”¹¹. Um pouco à frente, esclarece que “é na verdade uma operação, pois consiste num complexo de atos, combinados para consecução de um fim. No processo se desenvolve um conjunto de atos coordenados visando à composição da lide”¹².

Assim, não posso deixar de concluir que os caracteres manejados pela Gramática Translingüística do Processo são os atos processuais, ressonando com o entendimento de FAZZALARI: para quem “lo studio di un processo (come quello di un procedimento) non é altro che lo studio degli atti processali, cioè degli atti che lo compogono”¹³.

3. A Gramática Translingüística

Tenho uma gramática para o processo, uma vez que possuo um conjunto de caracteres (*grammata*) por ela definidos em disciplina adequada (como se verá), que devem ser empregados segundo normas específicas que estabelece. Assim são previstas relações possíveis, bem como fórmulas de emprego corretas.

Voitando a CALAMANDREI, tenho que “las normas jurídicas que regulan las formas procesales disciplinan no solamente la estructura exterior de los actos singulares del proceso, considerados cada uno como unidad aislada, sino también el orden y la relación de tiempo y de lugar que se verifican entre unos y otros, o sea la posición que cada uno de ellos debe tener en la serie de que forma parte”¹⁴.

É a partir de tal definição que posso penetrar no âmbito da Gramática Translingüística do Processo, determinando duas disciplinas fundamentais em sua constituição. Do estudo da “estrutura exterior dos atos singulares do processo, considerados cada um como unidade isolada”, ocupa-se a “Morfologia Translingüística do Processo”. A outra disciplina gramatical

10 MARQUES, José Frederico, in *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo. Saraiva, 1974; p. 7.

11 SANTOS, Moacyr Amaral dos. in *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo. Saraiva, 1990; p. 13.

12 SANTOS, *op. cit.*, p. 12.

13 FAZZALARI, Ello, in *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova. CEDAM, 1975; p. 54.

14 CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 324.

é a “*Sintaxe Translingüística do Processo*” que, por seu turno, ocupa-se do estudo e exame da “*ordem e relação de tempo e lugar que se verificam entre uns e outros (atos processuais), ou seja, a posição que cada um deles deve ter na série de que forma parte*” (conforme definição supra).

Eis, portanto, dois conceitos novos que se desenvolvem a partir destas análises; conceitos disciplinares que carecem de detalhada elaboração:

a) *Morfologia Translingüística do Processo* — disciplina da Gramática Translingüística do Processo que tem por objetivo de estudo (e normatização) os atos processuais e sua classificação.

b) *Sintaxe Translingüística do Processo* — disciplina da Gramática Translingüística do Processo que tem por objeto de estudo (e normatização) o arranjo e manejo dos atos processuais no tempo e no espaço.

A função da Morfologia Processual é o estabelecimento de classes tipológicas de atos processuais, examinando-lhes as particularidades de categoria. Pode-se proceder, por exemplo, a uma classificação dos atos a partir de sua aplicabilidade aos tipos de procedimentos — uma área de exame que, como será visto no decorrer deste trabalho, possui um estreito contato com o espaço ocupado pela sintaxe processual, com ela mantendo relações.

A Sintaxe Processual trabalha com as unidades do que chamarei de “*frases processuais*”, dedicando-se especificamente a “*descrever-lhes as relações e/ou a estabelecer-lhes as regras de construção*”.¹⁵ Ditará, assim, o que é gramatical do que é agramatical e, por conseqüência, inadequado (incorreto). Encarrega-se, como se pode observar, da organização dos atos processuais na cadeia procedimental — em teoria, i.e., em hipótese, ou mesmo em sua existência em concreto.

4. *Morfologia do Processo*

Procurando a etimologia da palavra morfologia, encontro no grego o vocábulo *morphé*, significando forma, enquanto *logos* significa estudo, pensamento e até mesmo ciência. Posso conceituá-la como a ciência (ou mesmo o estudo) das formas, aplicada aos caracteres gramaticais. Assim, no caso de estudo gramatical translingüístico do processo, a Morfologia ocupa-se dos atos processuais.

“*Problema diversamente tratado pelos processualistas é o da classificação dos atos processuais. Não se harmonizam quanto aos critérios para a classificação e mesmo quando adotam um critério comum divergem na*

15 GREIMAS, Algirdas, J., COURTÈS, Joseph, in *Dicionário de Semiótica*; trad. Alceu Dias Lima e outros. São Paulo. Cultrix, s/d.; p. 430.

sua aplicação.”¹⁶ Há que se separar o tratamento normativo da Gramática processual (e, especificamente, a classificação morfológica dos atos), apurado na legislação, do exame doutrinário da matéria.

“Uma grande parte dos processualistas, talvez a maioria, Chiovenda, Bellavitis, Zanzucchi, Liebman, Rosenberg, Couture, Lopes da Costa, etc., adotando o critério da origem dos atos, ou seja, o critério de distingui-los pelos seus sujeitos, os classifica em atos das partes e atos do juiz, não se harmonizando, entretanto, quanto às subdivisões dessas duas grandes classes. Outros classificam os atos quanto à sua estrutura e quanto aos seus efeitos. CARNELUTTI oferece classificação toda própria, sobremaneira complexa, conquanto, realmente, a mais completa.”¹⁷

Ofereço, assim, um exemplo de classificação morfológica dos atos processuais, buscada na doutrina; é a classificação estabelecida por COUTURE, fundando-se na obra de GOLDSCHMIDT. Inicialmente, os atos processuais são divididos em dois grandes grupos: atos das partes e atos do tribunal. Estes grandes grupos, posteriormente, sofrem subdivisões.

Os atos das partes são divididos por COUTURE em dois sub-grupos: atos de obtenção e atos dispositivos. Atos de obtenção “são os que se destinam a lograr os fins de início, desenvolvimento e solução do processo;”¹⁸ já os atos dispositivos, “mais do que propriamente ditos, são paraprocessuais (...) e, sob um ponto de vista estritamente processual, poder-se-ia prescindir deles. (...) A conciliação, a transação, o arbitramento são verdadeiros substitutos do processo”¹⁹.

Finalmente, “os atos processuais emanados do tribunal, por sua vez, admitem a seguinte classificação:

- A) atos de instrução;
- B) atos de ordenação:
 - a) atos de comunicação;
 - b) atos de documentação;
 - c) atos de decisão”²⁰.

Trata-se apenas de um exemplo, uma forma de classificar os atos entre tantas existentes, como afirmado anteriormente por MOACYR AMARAL SANTOS.

16 SANTOS, *op. cit.*, p. 279.

17 SANTOS, *op. cit.*, p. 279.

18 COUTURE, *op. cit.*, p. 112.

19 COUTURE, *op. cit.*, p. 113.

20 COUTURE, *op. cit.*, p. 114.

Mas como o Código de Processo Civil elabora sua divisão morfológica dos atos processuais? A resposta encontra-se nas seções II a IV do Cap. I do Tít. V do 1.º livro, a saber:

- A) atos das partes;
- B) atos do Juiz;
- C) atos do Escrivão ou do Chefe da Secretaria.

Esta classificação, entretanto, não é exaustiva se contrastada com as disposições do próprio Código. É por tal razão que, para completar o rol dos atos processuais possíveis no sistema pátrio, devo acrescentar ao último tipo classificado (atos do Escrivão e Chefe da Secretaria), os atos dos Auxiliares da Justiça, tratados pelo Cap. V, Tít. IV, também do 1.º livro do Código de Processo Civil.

Ainda assim procedendo, há que se deixar patente uma ressalva, fundada na previsão do art. 139 do mesmo diploma legal, a partir da qual se verifica que as funções judiciárias ali especificadas não se esgotam na enumeração. Observe:

“Art. 139. São auxiliares do juízo, além de outros, . . .”

É o art. 158 do Código de Processo Civil que esclarece que os atos das partes consistem “em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade”. Já no que se refere aos atos do Juiz, o Código procede a uma subdivisão morfológica, classificando-os em “sentenças, decisões interlocutórias e despachos”²¹.

5. *Lexicologia do Processo*

De difícil assimilação é a diferença entre a Morfologia Translingüística do Processo e a correspondente Lexicologia, contrastando com as estreitas relações mantidas entre estas disciplinas. Lexia é a unidade no conjunto dos caracteres (*grammata*), denominada Léxico. São conceitos operatórios que retiram o exame dos tipos de atos processuais (em caso, os caracteres estudados), estudo classificatório, como visto, remetendo-o para a unidade do ato em si. “A lexicologia é definida tradicionalmente como o estudo científico do léxico” (i.e., o conjunto dos caracteres).

Nesta disciplina, o estudo volta-se para a etiologia do ato processual (em analogia com a etimologia, que é um dos objetos de estudo da lexico-

21 A natureza deste trabalho não aconselha análises mais extensas.

logia lingüística), isto é, a perquirição das origens do ato, determinando os processos de evolução pelos quais atingiu a forma atual. Outro âmbito de estudo desta disciplina é o exame dos possíveis valores estruturais (poder-se-ia dizer “acepções” possíveis para o ato) em referência às posições ocupadas pelo ato.

Mas torna-se mais urgente tratar-se de um tema fronteirico dessas duas disciplinas (a Morfologia e a Lexicologia Translingüística do Processo), qual seja o problema dos requisitos para a caracterização do ato processual — os quais, uma vez não atendidos, culminam na desconstituição da eficácia da atividade processual em questão, declarada por um ato específico (anulação, declaração de nulidade ou inexistência).

A regra geral, percebo, é desabonadora desta afirmação. O art. 154 do Código de Processo Civil estabelece que “os atos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente o exige”. Mas o exame das exceções legalmente previstas revela pontos assaz relevantes.

Por vezes, os atos reclamam determinadas qualidades práticas como requisitos essenciais para a sua caracterização. Assim, encontro a exigência da publicidade dos atos processuais, qualidade exigida pelo art. 155 do Código de Processo Civil. Os denominados princípios fundamentais do processo, que possuem albergue em alguns dos artigos do Código de Processo Civil, mas que, independente disto, constituem a base que alicerça o próprio Código, são todos exemplos de requisitos de qualidade dos atos processuais.

No que se refere à forma, à estrutura formal que o ato deve atender para sua devida caracterização, podemos elencar como requisitos exemplificativos as disposições do art. 156 (que estabelece a obrigatoriedade do uso do vernáculo nos atos e termos do processo) e do art. 164 (que prevê a necessidade da assinatura e data pelo magistrado em todos os seus atos) do Código de Processo Civil. O art. 458 prevê um requisito formal da sentença (sua divisão em partes que examinem a questão e dêem ao processo o desate adequado); mas como exige também o perfeito atendimento às exigências de cada tópico, relatando-se, fundamentando-se e decidindo-se adequadamente, devo assinalar a simultânea qualidade de requisito substancial do ato.

E, assim, posso também referir-me a requisitos substanciais dos atos processuais, ou seja, requisitos que sejam pertinentes ao conteúdo que deve possuir o ato e que, ausentes, culminam na sua descaracterização. É o que pode ser encontrado, como visto, no art. 458 (onde foi encontrado, também, um exemplo de requisito formal), ou no art. 285 do Código de

22 GREIMAS e COURTES, *op. cit.*, pp. 253 a 256.

Processo Civil (a exigência de constar a advertência pertinente à revelia no mandado citatório), entre outros.

Face ao que afirmei, poder-se-ia especular que se estaria dando um novo valor à declaração de inexistência ou nulidade de um ato processual, ou à sua anulação. E estou fazendo-o. No âmbito da Gramática Translingüística do Processo, tais atos constituem-se em meios de descaracterização de atos jurídico-processuais imperfeitos, inadequados. Há que se fazer ressaltar que a anulação, em caso, restrita está ao motivador processual, quando outro o for, estranho ao limite estrito dessa abordagem, extrapola o campo da Gramática Translingüística do Processo.

E, assim, o Código de Processo Civil traz previstos requisitos para a perfeita caracterização dos atos processuais, como os já citados ou como os contidos noutros dispositivos, como os arts. 202 (para caracterização das Cartas de Ordem, Precatória e Rogatória), 215 e segs. (para a caracterização da citação, cuja descaracterização culmina com a nulidade do restante do feito), 282 e segs. (para configuração adequada da petição inicial), art. 444 e segs. (pertinente às audiências), entre outros.

6. *Problema Conceitual*

Por tudo o que até agora deixei aqui afirmado, apresenta-se a necessidade de se proceder a uma distinção conceitual, num esforço que precede às preocupações gramático-translingüísticas.

Chamo de ato processual as atividades concretizadas (ou concretizáveis) ao longo do processo, direcionadas, a partir das especificações legais (que aqui demonstro ser gramaticais), pelo provimento pedido na peça inicial. É, por conclusão, ato processual toda atividade lexicológica e morfológicamente tratada pela Gramática Translingüística do Processo (nas leis que a estrutura, como o CPC, no âmbito do processo cível, ou o CPP, no âmbito do penal), segundo requisitos por ela (a Gramática) estabelecidos, efetiváveis pelas pessoas autorizadas: partes, terceiros habilitados, juiz e auxiliares da justiça.

Distinguindo-se do ato processual, tenho que o instrumento processual é a peça materializadora deste ato. Então, instrumento é o ato processual materializado, o que significa, no sistema brasileiro (como em outros), documentado nos autos. Posso citar que a audiência de oitiva de testemunhas é um ato processual e sua ata, peça escrita em vernáculo, datada e assinada pelo magistrado e demais presentes, é o seu instrumento correspondente. Também a citação é um ato processual, materializado, isto é, instrumentalizada pela contrafé e a certidão respectiva exarada nos autos pelo Oficial de Justiça.

O instrumento processual, no valor estrutural que aqui se lhe atribuí, corresponde ao termo da frase processual. Constitui-se, assim, em uma

unidade significativa na formação desta frase processual, ou seja, na seqüência concreta dos atos de determinado feito.

Assim como a palavra falada está para a palavra escrita no vernáculo, o ato processual está para o instrumento processual na linguagem translingüística do processo. E, nesta analogia, posso acrescentar que a frase verbal está, na mesma proporção, para a frase processual (que condensa seus termos translingüísticos, grafados na forma de instrumentos). Assim, forjo (em uma forma bem simplificada) um exemplo com o esquema de uma frase processual com os seguintes atos que, nela, estariam instrumentalizados nos autos:

- 1.º Petição Inicial;
- 2.º Despacho do Juiz;
- 3.º Mandado de Citação;
- 4.º Certidão de Citação e Contrafé;
- 5.º Contestação;
- 6.º Conclusão ao Juiz;
- 7.º Despacho saneador (com decisão para julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330 do CPC);
- 8.º Intimação das Partes para apresentação de memoriais;
- 9.º Memoriais;
- 10.º Conclusão ao Juiz;
- 11.º Sentença.

Finalmente, há que mencionar o objeto processual, ou melhor, o objeto "do ato" processual, conceito pelo qual se chega a um dos limites entre a Gramática Translingüística do Processo e vernáculo (este, pertencente à Semiologia Lingüística). O objeto (poder-se-ia dizer "objetivo", enfatizando o aspecto teleológico) processual é finalístico e se concretiza em um ato morfológicamente adequado, sempre à procura da satisfação dos interesses das *personae* envolvidas no processo, quer particulares, quer o Estado (por seus agentes autorizados)²³.

O limite entre a Semiologia Lingüística e a Translingüística (aqui representado pela Gramática do Processo) configura-se na medida em que somente a leitura dos termos do instrumento processual revela o seu objeto, bem como caracteriza o ato que este descreve e ao qual corresponde.

23 Não digo que se está à procura da resolução do litígio, pois é sabido que muitos atos, fugindo aos limites estritamente éticos, estão fundados no interesse de protelar a resolução do feito.

7. *Sintaxe do Processo*

No grego, *syntaxis* significa ordem, disposição. É assim que se lhe compreende no âmbito da Sintaxe Translingüística do Processo. É a disciplina encarregada do exame das disposições dos caracteres — os atos processuais — na frase correspondente. Por extensão, ocupa-se também dos elementos componentes de atos processuais complexos (como as partes de uma audiência, sua ordem e disposição). Finalmente, procurando determinar a correta estruturação procedimental (leia-se gramatical), ocupa-se também das relações possíveis entre os atos processuais.

Há pouco falei de tipos morfológicos de atos processuais (embora não tenha produzido nenhum estudo classificatório específico, como dos tipos de provas, por exemplo, visto tratar-se de um trabalho estruturador de disciplina nova e não um exercício desta). “Estos actos procesales realizados por diversas personas se vinculan entre si como componetes de un procedimiento único e individualizado, no ya por su exterior aproximación espacial y temporal, no solo por su conexión teleológica; sino también porque, desde el inicio hasta al final de la serie, cada uno de ellos nace como consecuencia de aquel que lo ha precedido, y, a su vez, obra como estímulo del que le sigue”.²⁴

Se a forma de um ato é uma questão morfológica (com algumas implicações lexicológicas), sua produção no tempo e no espaço é matéria do trato sintático. “A coordenação dos atos processuais no tempo atende a múltiplas razões (. . .). A miúdo, a coordenação determina-se, logicamente, pelos pressupostos e pelos efeitos a que tendem os atos processuais”.²⁵ Assim trabalha a Sintaxe Processual.

É importante não esquecer o seu caráter normativo — aliás, característico de toda a disciplina da Gramática Translingüística do Processo. E, portanto, é a Sintaxe Translingüística do Processo que irá estabelecer que determinados atos precedem a outros, obrigatória ou facultativamente, o tempo e o local de sua produção; os prazos medeiam os atos.

Mais uma vez, há que se tocar no limiar lingüístico/translingüístico deste estudo semiológico. E para fazê-lo é compulsório tratar das relações entre sintaxe e semântica. A sintaxe já se sabe o que é (inclusive a Sintaxe Lingüística, por extensão ao que foi afirmado acima sobre sua existência translingüística); a semântica é conceituada por GUIRAUD como sendo o “estudo do sentido das palavras”²⁶. De etimologia grega, provém de *semainô*, ou seja, significar, ou ainda, de *sema*: sinal.

24 CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 334.

25 MILHOMENS, Jônatas, in *Dos Prazos e do Tempo no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro. Forense, 1981; p. 3.

26 GUIRAUD, Pierre, in *A Semântica*; trad.: M^{te} Elisa Mascarenhas. São Paulo. Difel, 1975; pp. 102 e segs.

A semântica estuda o sentido impresso nos instrumentos materializadores dos atos, que são os caracteres aqui analisados. Há que se recorrer a uma leitura do vernáculo, uma vez que a pesquisa tipológica do ato, pura e simplesmente, não pode me dar este sentido; somente assim alcanço o objeto do ato processual.

Se, no que se refere ao processo em tese, enquanto conjunto de atos possíveis articulados hipoteticamente, tal relação interdisciplinar não possui maior relevância, o mesmo não ocorre com sua existência em concreto, onde o conteúdo de cada ato é, muitas vezes, o grande determinante do ato, ou dos atos, que se concretizarão em seguida.

Note-se que cada ato processual possui na frase processual um valor estrutural específico. Vale dizer que sua significação se completa em sua posição e por suas relações com os demais atos, notadamente os que lhe antecedem e sucedem, ou seja, sua posição sintática. A tais elementos, na busca do valor significativo (ou semiótico), acrescenta-se sua semântica.

Examinando estes aspectos ora relevados, é preciso frisar-se a necessidade de se proceder a uma análise sintagmática à procura do valor estrutural que o ato possui em concreto. O plano sintagmático é o que se constrói das relações entre unidades, os caracteres, ou ainda, em caso, os diversos atos processuais. Nestas combinações, cada termo tira o seu valor da oposição, ao que o precede e ao que o segue²⁷.

Assim, a petição que traz completamente à inicial pode ser analisada como um exemplo. Em sintagma com o despacho que manda completar a peça, bem como no prazo que aquele lhe assina, possui um determinado valor. A mesma petição, em sintagma com a contestação que aponta defeitos ou omissões na peça vestibular e requer a extinção do feito sem o julgamento do mérito, possui um outro valor. No primeiro caso, segue o processo, se corrigidos adequadamente os defeitos apontados, uma vez que a parte, diante do despacho na forma do art. 284 do CPC, possui o direito processual de proceder às aludidas correções. No segundo caso, o juiz deverá desconhecer, por imprópria, a petição referida, e, se procedentes as alegações de defeito ou omissão, declarar inépta a exordial.

8. *Processo e procedimento*

Diz MARQUES que “os atos que constituem o processo sucedem-se de maneira regular, e segundo a forma que a lei determina, para serem praticados e se coordenarem. A essa sucessão coordenada dos atos do processo, e à forma de cada um e do respectivo encadeamento com outros atos, dá-se o nome de procedimento”²⁸. Há que se trazer para uma comparação

27 BARTHES, *op. cit.*, p. 56.

28 MARQUES, *op. cit.*, p. 8.

com os elementos da Gramática Translingüística do Processo a discussão pertinente às diferenciações entre processo e procedimento.

“Proceso y procedimiento, aun empleándose en el lenguaje común como sinónimos, tienen significado técnico diverso, en cuanto el procedimiento indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal (en el curso del mismo proceso puede, en diversas fases, cambiar el procedimiento)”²⁹.

Se o processo é o sistema das regras pelas quais se resolvem os litígios no juízo estatal, posso identificá-lo como ocupando a função de “linguagem”. De fato, trata-se de linguagem, por tratar-se de um sistema de *significações*, de expressão de sentido. Linguagem por se tratar de um “instrumento do conhecimento” humano³⁰ — em caso, do conhecimento de uma atividade condicionada em atos que assumem valores *significantes*. “O menos comprometedor — dizem GREIMAS e COURTÈS, com grande aplicação ao caso — é talvez substituir o termo linguagem pela expressão conjunto *significante*”³¹.

É assim que se pode encontrar em BARTHES a referência a diversos tipos de linguagem, como a moda, a culinária, e até mesmo a fabricação de automóveis, entre outros³².

Verifica-se que o processo constitui-se em uma “logotecnia”, ou seja, uma linguagem que é elaborada “não pela ‘massa falante’, mas por um grupo de decisão. (...) O usuário segue essas linguagens, nela destaca mensagens (falas), mas não participa de sua elaboração: o grupo de decisão que está na origem do sistema (e de suas mudanças) pode ser mais ou menos estreito; pode ser uma tecnocracia absolutamente qualificada (moda, automóvel); e pode ser também um grupo mais difuso, mais anônimo (arte do mobiliário corrente, confecção média)”³³. Na linguagem do processo, o grupo de decisão está constituído pelo aparelho de Estado, ou, mais precisamente, naqueles que detêm o poder de legiferar.

Como a gramática é apenas a estruturação normativa da linguagem a que corresponde, o processo é, por extensão, também a própria gramática. Assim, Processo e Gramática Translingüística do Processo se confundem, como aspectos diferentes da mesma realidade.

Já o procedimento, por seu turno, confunde-se com a Sintaxe Translingüística do Processo. É a forma pela qual um conjunto específico de atos

29 CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 318, nota 2.

30 GUIRAUD, *op. cit.*, p. 105.

31 GREIMAS e COURTÈS, *op. cit.*, p. 259.

32 BARTHES, *op. cit.*, pp. 30 e 31.

33 BARTHES, *op. cit.*, p. 33.

processuais devem se organizar para atender (ou não) a um determinado provimento pedido. E, deste modo, identificam-se, nos tipos procedimentais, tipos sintáxicos translingüísticos: cautelar, comum, especial, sumaríssimo.

9. *Figuras sintáxico-processuais especiais*

Figuras sintáxico-processuais especiais são estruturas gramaticais que se constroem no correr da frase processual como variantes à forma básica em que esta se organiza. Tais figuras possuem uma sintaxe própria, bem como atos de lexicologia particular, influenciando diretamente no andamento do feito.

São exemplos destas figuras sintáxico-processuais especiais a oposição (arts. 56 a 61); nomeação à autoria (arts. 62 a 69); denúncia da lide (arts. 70 a 76); o chamamento ao processo (arts. 77 a 80); a assistência (arts. 50 e segs.).

As exceções são um tipo de figura sintáxico-processual que chega a demandar uma frase processual própria, a qual se constitui à margem daquela frase que a fundamenta, com seus enunciadores (partes, juízo — incluindo os auxiliares da justiça). É assim a instrução do Código de Processo Civil em seu art. 299. Também os embargos são uma figura sintáxico-processual, mas que possuem um grau de independência de tal ordem que permite configurá-los como genuínas frases processuais independentes. Esta independência, entretanto, é extremamente relativa, há que se frisar, o que conserva o elo de referência com a execução, sobre a qual se constrói.

Finalmente, há que se falar das qualidades morfológicas dos atos, adquiridas ao fim de determinados momentos processuais, sintaticamente determinados. É assim que se devem considerar qualidades tais como a preclusão ou a coisa julgada.

10. *Conclusão*

É interessante observar que, aplicando métodos semiológicos, é possível adequar o processo a uma teoria gramatical, constituindo uma abordagem incomum do tema. É o que aqui se procurou fazer. A par da característica de ensaio deste trabalho, onde não se constrói nenhum exercício de Gramática Translingüística do Processo, propriamente dito, é possível verificar que as bases para este estudo encontram-se definidas.

Assim feito, a matéria fica lançada ao exame dos doutos, aguardando sua crítica à procura de aperfeiçoamento.

Babilônia em Luxemburgo

A lingüística jurídica no Tribunal de Justiça das Comunidades Européias

PASCALE BERTELOOT

Jurista lingüista. Chefe do Setor de Terminologia do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. Professora visitante na Universidade de Trier

Tradução: JEAN FRANÇOIS CLEAVER
Tradutor do Senado Federal

SUMÁRIO

1. O regime lingüístico comunitário. 1.1. O regime lingüístico comum às diversas instituições. 1.2. As modalidades de aplicação do regime lingüístico comunitário no Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. 2. Os problemas de linguagem no Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. 2.1. Os problemas de tradução no seio do Tribunal. 2.2. A apreciação dos problemas terminológicos pelo Tribunal.

O título "Babilônia em Luxemburgo" pretende, obviamente, evocar a história da Torre de Babel, tal como é contada no Gênese. Esse livro da Bíblia mostra a importância da comunicação e o quanto pode essa, de certa forma, conferir força: a construção da Torre de Babel é interrompida pela súbita confusão surgida em uma linguagem cuja unidade antecedeu o empreendimento, viabilizando qualquer projeto. No entanto, considerar insuperável o obstáculo assim surgido equivalia a ignorar o que pudesse ser a atividade dos tradutores e intérpretes, que sempre foram um elo entre povos e pessoas de idiomas diferentes, permitindo-lhes levar a cabo projetos comuns. Já na Antigüidade, por exemplo na Babilônia de Hammurabi (por volta de 2.100 A.C.), tradutores e intérpretes estavam a serviço da administração e da justiça; os editos, notadamente, eram vertidos para os diversos

Palestra proferida no Instituto Europeu da Universidade de Sarre. Sarrebruck, 24-7-1987.

idiomas em uso (sumério, acadiano, babilônico). Escavações arqueológicas feitas em diversas regiões do Oriente Médio permitiram descobrir numerosas tabuinhas equivalentes a dicionários, em alguns casos quadrilíngues (aproximadamente um quarto de cerca de 25.000 tabuinhas encontradas na biblioteca de Ninive eram gramáticas e glossários). Cartago também não se furtou ao problema linguístico. Ali, no século IX A.C., coexistiam umas sessenta raças de diversas línguas. Os tradutores desfrutavam de certo número de privilégios e eram identificáveis pela cabeça raspada e por uma tatuagem em forma de papagaio de asas dobradas (caso praticassem um idioma), ou abertas (caso praticassem vários idiomas)¹.

Não pretendo, nesta exposição, traçar a história da tradução ao longo dos séculos. Essas referências somente mostram que a situação das Comunidades Européias não configura uma experiência totalmente inédita, uma vez que já existiram, em outras épocas, organizações sociais que reuniam populações com vários idiomas. Se considerarmos que a organização das Comunidades Européias visa a coordenar a atividade econômica de vários países desprovidos de unidade lingüística, cumprindo certos preceitos legais por cuja observância vela uma instituição judiciária, vemos que o direito comunitário teve, obviamente, que definir certas regras lingüísticas comuns a todas as instituições, regras às quais se adicionam as disposições particulares adotadas por cada instituição, bem como a sua praxe própria. Por isso convém, antes de examinarmos os problemas específicos de lingüística jurídica existentes no Tribunal de Justiça, definir o *regime lingüístico* geral das Comunidades Européias e a decorrente organização lingüística dessa instituição.

1. O regime lingüístico comunitário

Os tratados que instituíram, sucessivamente, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço — CECA —, a Comunidade Econômica Européia — CEE — e a Comunidade Européia da Energia Atômica — CEEA —, bem como os tratados de adesão concluídos por ocasião das três ampliações sucessivas da Comunidade, não podiam deixar de mencionar o problema das línguas praticadas nos diversos Estados-Membros. O Tribunal teve que adaptar o regime geral à especificidade de suas funções.

1.1. O regime lingüístico comum às diversas instituições

Ao ser concluído o Tratado CECA pelos seis Estados-Membros originários das Comunidades, gozava a França do maior prestígio político, ainda reforçado pelo fato de ser sua a iniciativa dessa aproximação inicial no âmbito europeu. De fato, o Tratado CECA reza, em seu artigo 100:

“O presente Tratado, redigido num único exemplar, será depositado nos arquivos do Governo da República Francesa, o

1 H. van Hoof, *Esquisses pour une histoire de la traduction en Occident*, in *Le linguiste/De taalkundige*, n^{os} 3-4, 1972, p. 1.

qual remeterá uma cópia autenticada a cada um dos governos dos outros Estados signatários.”²

Disso resulta que as quatro línguas dos seis Estados originários são efetivamente línguas oficiais, sendo porém que o próprio Tratado só faz fé em francês. Em contrapartida, os artigos 248 do Tratado CEE e 225 do Tratado CEEA foram, ambos, redigidos nos seguintes termos:

“O presente Tratado redigido num único exemplar, em língua alemã, francesa, italiana e neerlandesa, fazendo fé qualquer dos quatro textos³, será depositado nos arquivos do Governo da República Italiana, o qual remeterá uma cópia autenticada a cada um dos governos dos outros Estados signatários.”

Além disso, as convenções concluídas em aplicação do artigo 220 do Tratado CEE estão sujeitas ao regime lingüístico comunitário.

As quatro línguas alemã, francesa, italiana e neerlandesa são línguas oficiais, e os textos dos tratados redigidos nessas línguas são igualmente autênticos. Como se não fosse possível começar a trabalhar mais cedo, o Regulamento n.º 1, de 1958 — publicado a bem da verdade em abril daquele ano — estabeleceu o regime lingüístico da Comunidade Econômica Européia. Após reafirmar, em seu artigo 1.º, quais as línguas oficiais e as línguas de trabalho das instituições, o regulamento dispõe, em seu artigo 2.º:

“Os textos remetidos às instituições por um Estado-Membro ou por uma pessoa sujeita à jurisdição de um Estado-Membro são redigidos, por escolha do remetente, numa das línguas oficiais. A resposta é redigida na mesma língua.”

Em contrapartida, o artigo 3.º prevê:

“Os textos remetidos pelas instituições a um Estado-Membro ou a uma pessoa sujeita à jurisdição de um Estado-Membro são redigidos na língua desse Estado.”

2 NdT: As citações de atos comunitários são fornecidas em sua versão portuguesa oficial, resultante de tradução efetuada pelas instituições comunitárias. Outrossim, na tradução brasileira do presente artigo, nos casos em que divergem as terminologias brasileira e comunitária, optou-se por usar os termos brasileiros, no intuito de facilitar a leitura de brasileiros. *Rapport d'audience*, por exemplo, foi traduzido por *ata de audiência*, e *requérant* por *impetrante*, em vez de “reia-tório” e “recorrente”, seus respectivos equivalentes na terminologia portuguesa comunitária. Entretanto, esta regra não pôde ser seguida à risca e sofreu exceções nos casos em que o instituto designado não existe na ordem jurídica brasileira (*leitor de acórdãos*), ou quando a sua aplicação dificultaria a compreensão: *recueil de jurisprudence*, em português comunitário, é *recueil de jurisprudência*, e não *coletânea*, termo esse que seria inútil procurar nas indexações comunitárias. Estes termos portugueses suscetíveis de surpreender o leitor brasileiro foram escritos em negrito na sua primeira ocorrência.

3 O grifo é nosso.

Em seguida, estabelecem os artigos 4.º e 5.º do mesmo regulamento que os regulamentos e outros textos de alcance geral sejam redigidos nas quatro línguas oficiais, nas quais também será publicado o Jornal Oficial.

Os diversos tratados desde então concluídos com vistas à adesão dos novos Estados-Membros contêm disposições que conferem às respectivas línguas o estatuto de língua oficial, sendo essas o inglês e o dinamarquês desde 1973, o grego desde 1981, o espanhol e o português desde 1986.

Surge um problema específico em relação ao irlandês ou gaélico. Existe uma versão oficial, que também faz fé, de todos os atos de *direito* primário. Mas, em vista do número muito reduzido de pessoas que, na Irlanda, ainda falam gaélico, o governo irlandês renunciou a traduzir sistematicamente para essa língua a totalidade das regras de *direito comunitário derivado* aplicáveis. No entanto, muitas regras de direito comunitário foram traduzidas para o gaélico, por serem *diretamente* aplicáveis, como os regulamentos em matéria de pesca, suscetíveis de interessar os pescadores dos Condados do Sudoeste, o Gaeltracht.

Em suas disposições subseqüentes, o Regulamento n.º 1, de 1958, prevê, em seu artigo 6.º, que as modalidades de aplicação do regime lingüístico sejam determinadas pelas instituições em seus regimentos internos, bem como, em seu artigo 7.º, que o *regime lingüístico processual* do Tribunal de Justiça seja determinado em seu Regulamento processual. Vejamos, pois, qual a organização dada por este Regulamento ao regime lingüístico do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

1.2. *As modalidades de aplicação do regime lingüístico comunitário no Tribunal de Justiça das Comunidades Européias*

Para analisar o regime lingüístico em vigor no Tribunal de Justiça, convém examinarmos quais as disposições aplicáveis e qual a praxe da instituição.

1.2.1. *O regime lingüístico previsto no regulamento processual*

O regime lingüístico do Tribunal de Justiça foi estabelecido, no âmbito do Tratado CECA, pelo regulamento processual adotado em 1958. Desde então, as regras aplicáveis nessa matéria não foram mudadas no essencial, apesar de terem sofrido algumas modificações e adaptações, após a celebração dos Tratados CEE e EURATOM e, posteriormente, quando das três ampliações sucessivas da Comunidade. Assim, prevêem as disposições aplicáveis que cada uma das línguas consideradas oficiais no regime lingüístico da Comunidade possa ser usada como língua processual.

Em princípio, no que respeita a *recursos diretos*, cabe ao impetrante escolher a língua processual, a menos que o recorrido seja Estado-Membro ou pessoa física ou jurídica nacional de Estado-Membro (cf. *Regulamento processual*, artigo 29, parágrafo 2.º, alínea b). Sendo raríssima esta segun-

da situação, a exceção só tem importância no tocante a recursos impetrados contra Estados-Membros. Neste caso, o impetrante é, em princípio, a Comissão ou outro Estado-Membro (a Comissão sempre interpõe recurso na língua do Estado-Membro recorrido, e no processo n.º 141/78⁴, interposto pela França contra o Reino-Unido, a República Francesa escolheu o inglês como *língua processual*).

As modificações efetuadas em 1979 no Regulamento processual introduziram uma nova disposição, o artigo 29, parágrafo 3.º, que faculta ao Estado-Membro usar seu próprio idioma ao intervir em recurso envolvendo dois outros litigantes. De qualquer forma, em despacho de 18 de fevereiro de 1960, do processo 30/59, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridade da CEEA*⁵, o Tribunal já admitira que a petição de intervenção fosse redigida em outra língua que não a processual, sendo o interveniente obrigado a usar esta última somente após o deferimento de sua petição. Tal foi, aliás, a jurisprudência constantemente seguida pelo Tribunal desde aquela data.

Nos casos em que o impetrante faz escolha da língua processual, não tem ele obrigação de optar por sua língua nacional, nem pela de seu advogado (cf. processo n.º 17/74, *Transocean Marine Paint Association/Comissão*⁶, bem como o processo n.º 113/77, *N.T.N. Toyo/Comissão*⁷).

Nas *questões prejudiciais*, não é facultado às partes escolher a língua processual, sendo essa, necessariamente, a da jurisdição impetrante. Como no caso das intervenções em processos tramitando com base em recursos diretos, pode um Estado-Membro, graças às modificações introduzidas em 1979 no regulamento processual, apresentar *observações redigidas* em seu próprio idioma.

Uma vez determinada a língua própria do processo, as partes podem, apenas com base no artigo 29, parágrafo 2.º, alínea c), requerer derrogação para que esse processo, no todo ou em parte, seja conduzido em outra língua oficial comunitária. As instituições das Comunidades não podem obter tal derrogação. Não há linha bem definida nas decisões tomadas a este respeito pelo Tribunal. Este, por um lado, parece estimar que as disposições relativas à língua processual não devem ser consideradas matéria de ordem pública; por outro lado, interpreta-as de forma muito restritiva.

4 *Recueil de jurisprudence do Tribunal*, 1979, p. 2.323.

5 *Recueil*, 1961, p. 93.

6 *Recueil* 1974, p. 1.603; o inglês foi a língua processual escolhida por uma associação internacional de médias empresas produtoras de tintas marinhas, sediada nos Países-Baixos e defendida por um advogado neerlandês.

7 *Recueil* 1979, p. 1.185; o inglês foi a língua processual escolhida por fabricantes japoneses de rolamentos e alguns de seus importadores para a Comunidade (do Reino-Unido, da República Federal da Alemanha e da França), defendidos por dois advogados inscritos em Düsseldorf e um "barrister" londrino.

Assim, em aplicação do Regulamento processual, os recursos e memorandos das partes, bem como as petições de decisão prejudicial que chegam ao Tribunal, vêm formulados em qualquer uma das línguas oficiais da Comunidade. O que ocorre com esses textos, antes de serem examinados pelo Tribunal?

1.2.2. A organização lingüística do Tribunal de Justiça

Prevê o artigo 22 do Regulamento processual que o Tribunal estabeleça um Serviço lingüístico composto de *experts* comprovadamente possuidores de adequada cultura jurídica e de amplo conhecimento de várias línguas oficiais do Tribunal⁸. Em virtude do artigo 30 do mesmo regulamento, a pedido de um dos juizes, do *advogado-geral* ou de uma das partes, o escrivão manda fazer versões para a língua por esses indicada⁹.

Embora o Regulamento processual somente determine as modalidades de escolha da língua processual, esta costuma coexistir com outra língua, escolhida como língua de trabalho, de forma pragmática¹⁰. Logo que começou a funcionar a Comunidade, os seis juizes dos Estados-Membros sentiram a necessidade de terem uma língua comum na qual pudessem deliberar. Cumpre assinalar que devem os juizes deliberar a sós, sem a presença de intérpretes, por exemplo. Em princípio, essa língua de trabalho comum é o francês. A opção por esse idioma decorreria, inicialmente, de dois fatores: o prestígio político da França àquela altura, e o próprio regime de recursos diretos do Tribunal de Justiça, que sofre nítida influência dos recursos com fundamento em excesso de poder submetidos ao Conselho de Estado francês. Se bem que a atual composição de certas turmas possa, em certos processos, pôr em cheque o uso do francês como língua de trabalho, a praxe do Tribunal ainda tende a demonstrar que os juizes costumam recorrer a esse idioma para adotar o acórdão final.

O Serviço lingüístico do Tribunal é, portanto, organizado em função dessa língua de trabalho, correspondendo a cada língua oficial uma *Divisão lingüística*. Cada Divisão é composta de juristas que conhecem ao menos dois, geralmente quatro ou cinco idiomas comunitários, bem como — globalmente — os sistemas jurídicos atinentes a essas línguas.

A Divisão de Tradução Francesa ocupa lugar de destaque: cumpre-lhe verter para o francês todos os recursos e memorandos submetidos na língua processual, para que os juizes tomem conhecimento deles em fran-

8 Cumpre notar que o Serviço lingüístico é o único Serviço do Tribunal cuja instalação é mencionada no Regulamento processual.

9 As estatísticas do ano 1986 revelam que uma equipe de aproximadamente 120 juristas lingüistas, juristas principais e juristas revisores traduziu 77.477 páginas, equivalentes a cerca de seis páginas por dia e por pessoa.

10 Há que ressaltar que a noção de *língua de trabalho* não tem, neste texto, o sentido que lhe era dado no regulamento nº 1 de 1958, o de *língua oficial*, ficando claro que cada uma das línguas oficiais era também língua de trabalho.

cês. Assim, todas as peças de um processo sempre existem em francês na língua processual, sem que as partes tenham acesso a essas traduções que são, de certa forma, documentos internos de trabalho¹¹.

Nos termos do artigo 29, parágrafo 5.º, do Regulamento processual, o presidente do Tribunal e os presidentes de seções, na direção dos debates, o juiz-relator, no relato prévio e na ata de audiência, bem como os juizes e advogados-gerais em suas conclusões, podem usar uma das línguas oficiais, sendo posteriormente feita pelo escrivão a tradução dessas peças para a língua processual. Geralmente, os juizes-relatores lavram em francês o relatório preliminar e a ata de audiência, que são, depois, vertidos para a língua processual. Em princípio, os advogados-gerais redigem suas conclusões em seu idioma nacional. Essas são vertidas para a língua processual (para serem lidas), para o francês (para que a elas possam mais facilmente referir-se os juizes durante a deliberação), e para as outras línguas oficiais (para serem publicadas). É geralmente francesa a versão do acórdão resultante da deliberação, mas essa é posteriormente vertida para as outras línguas oficiais da Comunidade pelas Divisões de Tradução Alemã, Inglesa, Dinamarquesa, Espanhola, Grega, Italiana, Neerlandesa e Portuguesa.

A versão original do acórdão, no entanto, é a redigida na língua processual.

Ao ser redigido em francês o acórdão, importante papel técnico cabe ao leitor de acórdãos, que é responsável pelo estilo dos acórdãos em sua versão francesa. Mesmo com a participação desse, não se consegue imprimir aos acórdãos do Tribunal a elegância de estilo que pode ser dada a uma decisão nacional pelo juiz-relator de uma jurisdição nacional, inclusive quando essa resulta de deliberação coletiva. O fato de haver várias sessões de deliberação para o mesmo acórdão e a necessidade de juizes de diversas nacionalidades chegarem ao consenso em relação a um texto francês "achata os considerandos ao ponto de tirar-lhes todo relevo", segundo as palavras de um antigo juiz do Tribunal¹².

A opção pelo francês como língua de trabalho do Tribunal, no entanto, não determinou por inteiro o estilo da jurisprudência comunitária. Apesar de, até 1979, os considerandos das versões francesas terem sido introduzidos pela fórmula *attendu que*, não retomavam essa locução as versões dos mesmos em outros idiomas. Além disso, os acórdãos do Tribunal nunca são tão breves quanto os acórdãos dos tribunais superiores franceses, nem tão prolixos quanto aqueles proferidos pelos tribunais

11 As instituições comunitárias geralmente vertem para o francês as petições, os memorandos e outros documentos a serem remetidos para o Tribunal.

12 Pierre Pescatore, in *Le vade-mecum interne de la Cour*, terceira edição, p. 292.

13 O Tribunal não adotou, por exemplo, a praxe alemã que consiste em citar, analisar e apreciar a doutrina já publicada no tocante a determinada questão.

superiores alemães¹³. A própria estrutura dos acórdãos do Tribunal é peculiar e não reflete exatamente nenhuma praxe nacional.

Tanto nas atas de audiência quanto nas considerações de fato, o Tribunal adotou o curioso hábito de usar o modo condicional ao referir-se às alegações das partes. Embora possa o condicional, em francês, ser usado para descrever um fato duvidoso, eventual, conhecido de ouvida e de que não se pode dar garantia, é raro encontrá-lo repetidamente em um relato. Esse modo, certamente, torna mais pesado o estilo, em especial quando a oração principal é seguida de oração subordinada. Também pode ser fonte de confusão, quando o condicional for necessário para ressaltar alguma dúvida. Parece que o estilo adotado pelo Tribunal, neste ponto, foi prejudicado pela influência da gramática alemã que, na ordem indireta, sempre emprega subjuntivo.

Quanto aos termos usados na redação francesa dos acórdãos, são próprios de um *francês comunitário* que, em muitos pontos, diverge da linguagem jurídica francesa¹⁴. Tanto quanto possível, o Tribunal procura empregar termos neutros, uma linguagem singela, e não conceitos jurídicos que possam nitidamente evocar, para o leitor, determinado instituto de direito nacional. Assim, os juristas do Tribunal enfrentam constantemente problemas de escolha de termos, quer seja para designar em outra língua um instituto de direito nacional, ou para encontrar, nas diversas línguas oficiais da Comunidade, os termos suscetíveis de designar o mesmo instituto de direito comunitário.

Não seria completa esta descrição se não mencionássemos que a interpretação das audiências fica a cargo de intérpretes que, em princípio, tomam conhecimento dos processos, mas não são juristas.

2. *Os problemas de linguagem no Tribunal de Justiça das Comunidades Européias*

Para termos uma visão completa dos problemas de linguagem existentes no Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, é preciso adotar vários enfoques. Tais problemas lingüísticos podem ser classificados entre aqueles que são próprios do Tribunal, surgindo antes ou depois do acórdão, e aqueles que são anteriores à tramitação no Tribunal, ou surgem no decorrer dessa tramitação. Outra distinção deve ser estabelecida entre as questões de linguagem concernentes aos diversos direitos nacionais e aquelas próprias do direito comunitário. Certos problemas dizem respeito à tradução, efetuada no seio do Tribunal, dos autos do processo, bem como do acórdão já proferido. Quando a validade ou a interpretação de atos comunitários é contestada no Tribunal, este examina problemas detectados na versão destes atos para as línguas oficiais,

14 No acórdão de 8 de outubro de 1982, do processo nº 283/81, CILFIT (*Recueil* 1982, p. 3415), o Tribunal declarou que "as noções jurídicas não têm necessariamente o mesmo conteúdo no direito comunitário e nos diversos direitos nacionais".

versão essa realizada pelo Conselho de Ministros ou pela Comissão. Examinaremos, em primeiro lugar, os problemas surgidos na tradução jurídica realizada no seio do Tribunal, bem como os problemas de fixação de certo vocabulário; em seguida, veremos como aprecia o Tribunal as dificuldades suscitadas pelas traduções de atos comunitários já efetuadas em outras instituições da Comunidade.

2.1 *Os problemas de tradução no seio do Tribunal*

No tocante aos diversos tipos de tradução de que são incumbidos os juristas lingüistas do Tribunal, existe uma diversidade de problemas e, portanto, de soluções. Sem dúvida, convém distinguir os problemas colocados pela tradução dos autos dos processos (da língua processual para o francês), daqueles próprios da versão dos acórdãos (do francês para a língua processual e para as outras línguas oficiais). Em todo caso, não devem ser confundidos problemas gerais e problemas meramente materiais ligados à tradução jurídica. Por isso, examinaremos primeiro os problemas de correspondência entre as diversas linguagens jurídicas inevitavelmente usadas nos processos comunitários, passando em seguida aos recursos materiais de que dispõem, ou gostariam de dispor, os juristas lingüistas do Tribunal.

2.1.1. *Direito e tradução no Tribunal*

As dificuldades encontradas não são exclusivas da tradução de textos jurídicos no Tribunal: são aquelas inerentes a qualquer tradução de textos jurídicos, sejam eles quais forem. Mas essas dificuldades sofrem considerável agravação, por haver necessidade de concordância e interconexão entre termos equivalentes, em nove idiomas distintos.

De forma geral, os problemas de tradução que surgem na área jurídica não residem unicamente na transposição de uma língua para outra, mas, sobretudo, na transposição de uma ordem jurídica para outra. Tal transposição pode abranger duas línguas diferentes, como no caso da tradução de um texto jurídico alemão para o francês. Mas o importante é sermos conscientes de que o francês jurídico, tal como existe na Bélgica, na Suíça ou no Canadá, é certamente muito diverso, sendo que os mesmos termos nem sempre designam as mesmas realidades. Outro grave risco reside na existência de línguas próximas, como o latim, o francês e o português, por exemplo, enquanto que os sistemas jurídicos francês e português podem, em certos ramos de direito, não pertencer à mesma família: em muitos aspectos, o Código Civil português fica mais próximo do direito alemão que do direito francês. Embora seja o neerlandês uma língua próxima de alemão, o antigo Código Civil neerlandês era mais próximo do Código Civil francês do que do BGB alemão.

Por isso, a tradução de textos jurídicos requer, além do domínio da língua, um bom conhecimento de direito comparado. O tradutor de textos jurídicos deve possuir certa desenvoltura em várias áreas de direito, de sorte que possa, eventualmente, valer-se de um termo específico de certo setor do direito para designar um instituto estrangeiro incluído em outro setor,

muitas vezes, aliás, com alguma modificação desse termo. Concretamente, o processo seguido na atividade de tradução consiste em identificar perfeitamente o que é a noção na ordem jurídica do texto fonte¹⁵, para depois, procurar se existe algum instituto equivalente na ordem jurídica ou nas ordens jurídicas que se expressam na língua alvo. Havendo tal equivalência, deve-se apreciar a possibilidade de utilizá-la tal qual, a conveniência de modificá-la ligeiramente para inserir algum traço importante da noção estrangeira ou, ainda, de evitar empregá-la¹⁶. Não existindo equivalência, o tradutor pode procurar em outras áreas de direito algum instituto próximo do instituto estrangeiro. Deverá, novamente, apreciar a conveniência de empregá-lo. Muitas vezes, caso o conhecimento jurídico do tradutor, na língua fonte ou na ordem jurídica de origem, não seja suficiente, surge o risco de se desconhecer o caráter específico, em direito, do termo a ser traduzido¹⁷. Outrossim, cumpre enfatizar que não se trata de tradução de uma língua para outra mas, antes, de transposição de uma ordem jurídica para outra. Assim, no nível comunitário, uma dificuldade suplementar decorre do fato de o francês do direito belga não corresponder necessariamente ao francês do direito francês, nem o flamengo do direito belga ao neerlandês do direito dos Países Baixos.

Além dos problemas suscitados pelas noções jurídicas em si, há que mencionar os problemas de sintaxe jurídica (como o colocado pelo artigo 5.º, 3.º, da Convenção de Bruxelas¹⁸, aqueles criados pelos termos mais técnicos (como *Alt-Bier*, *Bocksbeutel*¹⁹, os termos vagos *wahrscheinlich*, *ohne weiteres*, *apparemment*, *manifestement*, etc.), a pluralidade de termos pelos quais o litigante parece expressar a mesma idéia, ao passo que esses

15 Por exemplo, convém distinguir estritamente entre *Rechtsfähigkeit*, *Geschäftsfähigkeit* e *Handlungsfähigkeit*, bem como entender como funciona o processo sumário alemão chamado *Mahnverfahren*, que não tem, em direito francês, equivalente direto.

16 Que termo escolher, por exemplo, para traduzir o termo alemão *Ordnungswidrigkeiten*, do âmbito do direito administrativo, enquanto que, pelo seu conteúdo, corresponde, no essencial, à noção francesa de *contraventions*, que é do âmbito do direito penal.

17 Tal ocorreu, por exemplo, no caso das noções de *Vertrauensschaden* e *Fortsetzungszusammenhang* em uma peça de processo examinado pelo Tribunal. Tem ficado provado que erros semelhantes são, geralmente, consertados no decorrer do processo, antes que os juízos deliberem.

18 Podemos citar várias versões deste:

" versão francesa: "en matière délictuelle ou quasi délictuelle..."

" versão alemã: "wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden..."

" versão neerlandesa: "ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad..."

" versão portuguesa: "em matéria extracontractual"...

19 Em casos semelhantes, torna-se difícil reproduzir a argumentação de um litigante que, partindo do termo alemão *Spinnfasern*, tece uma longa explicação fundamentada no verbo "spinnen", enquanto a tradução francesa "tontisses" não guarda relação com o verbo *filer*.

termos não recobrem necessariamente noções idênticas (*Bestandskraft, Rechtsbestandigkeit, Bestand*). A este respeito, o próprio latim revela-se capaz de adquirir nuances nacionais, e o *prima facie case* inglês certamente não equivale ao *prima facie Beweis* alemão.

No tocante à opção pelo francês como língua de trabalho, a Divisão Francesa enfrenta problemas de direito comparado durante a “transposição” dos autos do processo, e esses mesmos problemas surgem, nas outras Divisões, ao reproduzir questões de fato nos acórdãos, ou ao traduzir as atas de audiência. Isto significa que a Divisão Francesa é responsável pela formulação na qual os juízes tomam conhecimento do processo. É verdade que os juízes podem, em certos casos, consultar também os memorandos dos advogados, por exemplo, na versão da língua processual; ora, ocorre amiúde que o juiz-relator seja de nacionalidade — portanto de língua — diferente daquela do processo. Nesse caso, só poderá consultar com proveito os autos do processo se ele dominar essa língua.

Um importante artigo publicado sobre a teoria da tradução literária tem por título *Der Übersetzer zwischen Pietät und Kannibalismus*²⁰. Talvez possamos dizer que, embora o jurista lingüista não se torne canibal, ele fica, particularmente na Divisão Francesa, preso a dois imperativos: fidelidade ao texto submetido ao Tribunal, e fidelidade às suas funções, já que ele é um dos elos do trabalho realizado no Tribunal. Deve, assim, restituir o texto do memorando entregue pelo advogado, ou da decisão do juiz do reenvio, sem deixar de facilitar, tanto quanto possível, o trabalho do Tribunal: em primeiro lugar, facilitar a compreensão do juiz que, não podendo tomar conhecimento do documento na língua original, deverá guiar-se pela transposição do mesmo para o francês. Destarte, trechos eventualmente obscuros, muitas vezes, não serão interpretados pelo juiz, mas pelo jurista lingüista; este terá procurado entender seu sentido graças à economia geral do texto, ao seu domínio do direito nacional pertinente e à sua apreciação dos hábitos estilísticos e judiciários do Estado em questão. Muitas vezes, caberá ao jurista lingüista esclarecer a matéria, quando o advogado, por desleixo ou por estar consciente da precariedade de sua posição, não se tenha exprimido com clareza. No tocante aos termos, e tratando-se de direito comunitário, o jurista lingüista restituirá, em princípio, os termos próprios deste direito²¹, a menos que a utilização de um termo diferente seja um elemento da argumentação submetida.

Essa atuação do jurista lingüista do Tribunal, que eventualmente simplifica o estilo, tornando-o mais claro, além de facilitar o acesso do juiz a um documento redigido em língua estrangeira, facilita a posterior redação da ata de audiência, bem como a eventual restituição dos fatos nos considerandos do acórdão. No entanto, esse filtro que é a tradução também pode ser distorsivo. O jurista lingüista pode, em face de ambigüidade, cometer erros. Por outro lado, uma vez que a língua de trabalho do

²⁰ Serge Gavronsky, *Der Übersetzer zwischen Pietät und Kannibalismus*, in *Der Übersetzer* 1978, nº 6 e nº 7.

Tribunal é o francês, somente os documentos redigidos em outra língua são submetidos ao jurista linguísta, o que constitui, às vezes, uma vantagem, e, em outros casos, uma desvantagem. É vantagem, por exemplo, quando o jurista linguísta já se tiver dedicado a esclarecer pontos obscuros, empregar o vocabulário próprio e aprimorar o estilo de um documento redigido com excessiva pressa.

As outras Divisões são responsáveis pelos termos nos quais os litigantes — se a língua processual escolhida não for o francês — e os outros Estados-Membros tomam conhecimento do acórdão. Essa fase de tradução dos acórdãos começa pela versão desses para a língua processual, cujo texto fará fé, e prossegue com a versão para as outras línguas oficiais das Comunidades. Adotado o acórdão, por suas razões, pelo Tribunal pleno ou por uma de suas seções, eventualmente após várias sessões deliberativas e várias consultas ao leitor de acórdãos, o texto francês já possui, em princípio, sua forma definitiva. Resulta ele, muitas vezes, de uma seqüência de ajustes, tanto no mérito quanto na formulação. Antes de proceder-se à leitura do acórdão, ainda decorrerá o prazo dado à versão desse para a língua processual. Nessa versão, a dificuldade reside no fato de o tradutor, que está a redigir a versão original, não saber quais os termos que foram mais debatidos pelos juízes em sua deliberação. Mas é de praxe que essa versão seja examinada pelo juiz nacional do Estado interessado. As dificuldades porventura encontradas a essa altura podem revelar a necessidade de modificações no texto francês. O próprio Tribunal atua com uma dupla limitação. Por um lado, move-se em terreno especialmente escorregadio, uma vez que sua decisão é cercada de problemas lingüísticos, presentes tanto em seus subsídios quanto em seu resultado. Por outro lado, deve procurar uma solução colegiada, aprovada por juízes oriundos de diversos horizontes jurídicos. Somam-se a tudo isso os problemas de comunicação intercultural.

Certas distinções devem ser feitas entre as causas suscetíveis de serem submetidas ao Tribunal. Geralmente, os recursos permanecem no âmbito do direito comunitário: pode tratar-se de um *recurso por descumprimento de obrigações* por parte de um Estado, impetrado pela Comissão, ou de um recurso de uma decisão da Comissão em matéria de concorrência, impetrado por uma empresa. A terminologia jurídica já estará fixada em todas as línguas oficiais, uma vez que se tratará de terminologia comunitária. Problemas poderão surgir nos memorandos redigidos pelos advogados de uma pessoa jurídica ou de uma empresa nacional, ou por juristas representantes de um Estado-Membro, cuja argumentação leve a marca de sua formação em direito nacional. Os princípios cuja aplicação irão requerer esses juristas serão próprios de seu direito nacional, os prazos por eles invocados serão aqueles previstos em seu sistema jurídico, etc. Nos recursos diretos, os argumentos em matéria de responsabilidade são, muitas vezes, incompreensíveis para quem desconheça o direito nacional

21 Dá-se o fato de um litigante usar, repetidamente, o termo *prélevement* para designar, de fato, os *montants compensatoires monétaires*.

que a regula. Por ser o direito comunitário uma ordem jurídica ainda em formação, os direitos nacionais freqüentemente desempenham o papel de ordens supletivas, como admitido pelo próprio Tratado CEE em matéria de responsabilidade extracontratual da Comunidade (artigo 215), quando menciona *os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros*. Por isso, a argumentação das partes será freqüentemente fundamentada em conceitos meramente nacionais.

Os processos prejudiciais tratam de problemas cuja natureza jurídica varia muito segundo digam respeito ao direito comunitário primário, a *diretivas* ou regulamentos, ou tenham sido *impetrados em virtude do protocolo* sobre a interpretação da Convenção de Bruxelas. De fato, no âmbito dessa convenção, os problemas são mais centrados no direito privado dos Estados-Membros, e abrangem mais freqüentemente os diversos ramos do direito, inclusive o direito da família²². As *questões prejudiciais* tratam sobretudo de uma série de fatos jurídicos sujeitos ao direito nacional: em matéria aduaneira, por exemplo, o processo de reclamação e recurso contencioso ainda está sujeito ao direito nacional, assim como o são todos os processos relativos à constituição de cauções. A organização geral da seguridade social também permaneceu no âmbito do direito nacional.

2.1.2. *Os recursos materiais dos juristas lingüistas do Tribunal*

Para desempenharem suas funções, os juristas lingüistas do Tribunal dispõem dos recursos tradicionais, tais como os numerosos dicionários de língua e os dicionários jurídicos bilíngües ou multilíngües. Nem estes nem aqueles oferecem apoio determinante. Os dicionários de língua nunca são redigidos por juristas, e ficou provado que os dicionários jurídicos somente podem, quando muito fornecer alguma indicação. Na maioria dos casos, mal levam em conta os diversos contextos em que pode aparecer um termo, assim como não fornecem as *variações sofridas*, neste ou naquele país, pela linguagem jurídica (no caso do alemão, por exemplo, na Áustria, na Suíça, na República Democrática Alemã e na República Federal da Alemanha). Existem exceções, obviamente, como o dicionário jurídico e econômico francês/alemão e alemão/francês de Potonnier²³, que optou por deixar de oferecer muitas traduções, limitando-se a *definir o termo em apreço*, ganhando assim mais confiabilidade. No mesmo espírito, e em direito privado, convém chamar a atenção para o dicionário jurídico neerlandês/francês elaborado pelo T.M.C. Asser Instituut²⁴. Além dos dicionários, existem, nas áreas especializadas, numerosos *glossários elaborados pelo Conselho, pela Comissão ou pelo Parla-*

22 A este respeito, podem ser citados os dois processos De Cavel/De Cavel, nº 143/78 (*Recueil* 1979, p. 1.055) e nº 120/79 (*Recueil* 1980, p. 731).

23 *Worterbuch Wirtschaft, Recht und Handel*, Ed. Brandstetter, 1982, que, como sugerido pelo título, é voltado sobretudo para o vocabulário jurídico necessário na vida econômica (no direito comercial, por exemplo).

24 *Juridisch woordenboek — Dictionnaire juridique*, Ed. Maarten Kluwer's, 1978.

mento, que não são especificamente jurídicos, mas abrangem as atividades comunitárias.

No que tange aos termos situados na fronteira entre economia e direito, também é válida a consulta de revistas especializadas em tradução, que publicam regularmente miniglossários. A coleta sistemática de termos de interesse do jurista lingüista em revistas de direito internacional, fonte de informações de primeira importância, só é praticada, no Tribunal de Justiça, a título pessoal.

Para traduzir certas noções, o jurista lingüista do Tribunal deverá recorrer a um dicionário jurídico explicativo confiável na língua fonte (como, por exemplo, o *Rechtswörterbuch*, de Creifelds, em direito alemão), procurando em seguida encontrar alguma equivalência no que poderíamos chamar de sua "ordem jurídica materna". Além dos dicionários jurídicos explicativos, um apoio seguro é fornecido pelos diversos manuais, tratados e comentários de leis, tanto da língua fonte quanto da língua alvo.

Além de elaborar glossários, a Comissão envidou muitos esforços na informatização da terminologia comunitária, concretizada no banco de dados *Eurodicautom*. Embora seja este freqüentemente utilizado pelos juristas lingüistas do Tribunal, só fornece indicações estritamente comunitárias, raramente jurídicas. Mas é de grande valia em relação a termos técnicos.

No que respeita à utilização da informática no Tribunal, verifica-se uma espécie de círculo vicioso. Seria a informática o único meio confiável para dar alguma uniformidade à terminologia geralmente usada pelo Tribunal em seus acórdãos. Ora, os lingüistas juristas, que são amplamente responsáveis por essa terminologia, por enquanto só dispõem de escassíssimos recursos informáticos, e este quadro não deve melhorar muito a curto prazo. Além disso, como o problema quase não foi examinado até agora, o armazenamento informático de dados aproveitáveis não é facilitado pelo uso individualista de termos muito diversos para designar um mesmo instituto (por exemplo, *action en responsabilité non contractuelle*, *action en responsabilité extra-contractuelle*, *demande en indemnisation*, *demande en réparation*, *recours en indemnité*, e até *demande de déclaration de responsabilité*)²⁵. As palavras-chaves também não são usadas de forma sistemática.

²⁵ Neste particular, também é interessante consultar o banco de dados que contém, em extenso, a jurisprudência do Tribunal, para constatar que a expressão alemã *Sinn und Zweck* já foi traduzida por *l'esprit et les finalités* (conclusões do processo nº 210/81, in *Recueil* 1983), *l'objet et le but* (conclusões dos processos nº 43/79, in *Recueil* 1980, p. 215, e 265/78, in *Recueil* 1980, p. 623). Por outro lado, a locução francesa "effet utile" já foi traduzida em alemão por *Sinn*, simplesmente (processo nº 24378, in *Recueil* 1980, p. 601), *sinnvoll bleiben* (*conserver un effet utile*, processo nº 23/78, in *Recueil* 1978, p. 2.141), *praktische Bedeutung* (processo nº 85/87, in *Recueil* 1983 (SIC), p. 2.131), *praktische Wirksamkeit* (processo nº 14/85, in *Recueil* 1989, p. 14), *praktischer Nutzen* (processo nº 70/72, in *Recueil* 1973, p. 829), *nützliche Wirkung* (processo nº 41/74, in *Recueil* 1974, p. 1.348), *Nutzwirkung* (processos nºs 6/73 e 7/73, in *Recueil* 1974, p. 257) ou, infelizmente, por *günstige Wirkungen* (processo nº 3/70, in *Recueil* 1970, p. 422).

Assim, quando os juristas lingüistas dispuserem dos recursos técnicos necessários, será preciso que procurem valer-se mais dos recursos oferecidos pela jurisprudência disponível e fixar, em certa medida, as relações existentes entre as diversas versões lingüísticas de um mesmo conceito jurídico. A exigência do rigor da informática já se faz presente em todo o mundo jurídico atual, e a luta contra o laxismo lingüístico está tornando-se um lugar comum.

2.2 A apreciação dos problemas terminológicos pelo Tribunal

Embora não seja mais que um aspecto dos problemas lingüísticos presentes no Tribunal, este ponto é o que tem merecido mais atenção da doutrina. Esta exposição limitar-se-á a tecer algumas considerações a respeito.

De fato, ao longo dos decênios, em várias oportunidades, teve o Tribunal que tratar de problemas terminológicos ou, mais precisamente, de discordâncias entre as diversas versões lingüísticas do mesmo ato comunitário. Invariavelmente, concluiu que não se deve interpretar uma noção a partir de uma versão lingüística considerada isoladamente. Da mesma forma, o Tribunal nunca se baseia em uma única versão lingüística para interpretar um termo, nem fundamenta sua decisão na interpretação lógica de um termo tirado de uma única versão. Geralmente, analisa várias versões, sem deixar de propugnar por uma interpretação uniforme²⁶.

Em acórdão de 6 de outubro de 1982²⁷, proferido em processo prejudicial, declarou o Tribunal que

“os textos de direito comunitário são redigidos em várias línguas e... qualquer uma das versões lingüísticas faz fé; assim, a interpretação de uma disposição de direito comunitário implica uma comparação das versões lingüísticas”.

Apesar desta solução ser suscetível de gerar certa insegurança jurídica, é a única viável e a que se tem imposto de forma cada vez mais formal ao longo dos últimos anos, à medida que iam aumentando o número de línguas e, concomitantemente, o risco de divergência.

Nem sempre o Tribunal examina, no âmbito de um processo, problemas atinentes à tradução jurídica. Pode tratar-se de algum termo técnico, cuja tradução nesta ou naquela língua fez surgir dificuldades de aplicação de alguma regulamentação comunitária. Além disso, esses problemas podem situar-se tanto na esfera do direito primário quanto na do direito derivado.

Em direito derivado, o Tribunal recorre amiúde aos trabalhos preparatórios de um regulamento, ou pelo menos aos considerandos que encabeçam o texto do ato; mas, em direito primário, essa possibilidade quase não existe.

²⁶ Acórdão de 15-12-1967, do processo nº 19/67, Van der Vecht, in *Recueil 1967*, p. 445.

²⁷ Acórdão do processo nº 283/81, CILFIT, in *Recueil 1982*, p. 3.415.

Outrossim, o Tribunal resolveu não qualificar as noções a partir de sua significação nas ordens jurídicas nacionais. A noção de *desvio de poder*, constante do art. 173 do Tratado CEE, foi revestido, em direito comunitário, de significação distinta da que tem em direito francês. Também podem ser citadas, a título de exemplo, as conclusões do advogado-geral Roemer, no Processo n.º 13/60²⁸, em relação à interpretação do art. 66, § 7.º, do Tratado CECA. Embora certíssima do ponto de vista da gramática e do estilo, a primeira frase dessa disposição, em sua versão francesa, dá margem a dúvidas quanto ao substantivo representado por determinado pronome pessoal, confusão essa que foi alegada pelas impetrantes para criticar a versão alemã da disposição²⁹.

Na esfera do direito derivado, o Tribunal se refere tanto às outras versões linguísticas quanto ao escopo da disposição em apreço. Tem declarado reiteradamente, em substância, que a necessidade de interpretação uniforme dos regulamentos comunitários exclui que, em caso de dúvida, o texto de uma disposição seja considerado isoladamente. Tal necessidade, ao contrário, impõe que esse texto seja interpretado e aplicado à luz das

28 Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, in *Recueil* 1962, p. 165; conclusões apresentadas em 2-3-1962, in *Recueil* 1962, p. 223, e particularmente pp. 240 e 241.

29 O texto francês do § 7º do art. 66 do Tratado CECA é o seguinte:

“Si la Haute Autorité reconneît que des entreprises publiques ou privées qui, en droit ou en fait, ont ou acquièrent, sur le marché d'un des produits relevant de sa juridiction, une position dominante qui les soustrait à une concurrence effective dans une partie importante du marché commun, utilisent cette position à des fins contraires aux objectifs du présent traité, elle leur adresse toutes recommandations propres à obtenir que cette position ne soit pas utilisée à ces fins...”

(NdT: a versão portuguesa oficial é a seguinte:

“Se a Alta Autoridade considerar que empresas públicas ou privadas que, de direito ou de facto, tenham ou obtenham, no mercado de um dos produtos submetidos à sua jurisdição, uma posição dominante que as subtrai a uma concorrência efetiva numa parte importante do mercado comum, se servem desta posição para fins contrários aos objetivos do presente Tratado, dirigir-lhes-á as recomendações adequadas para evitar que esta posição seja utilizada para esses fins.”)

A versão alemã é a seguinte:

“Stellt die Hohe Behörde fest, dass öffentliche oder private Unternehmen, die rechtlich oder tatsächlich auf dem Markt eines ihrer Zuständigkeit unterstehenden Erzeugnisses eine beherrschende Stellung einnehmen oder erwerben, durch die sie einem tatsächlichen Wettbewerb in einem beträchtlichen Teil des gemeinsamen Marktes entzogen werden, diese Stellung zu mit diesem Vertrag im Widerspruch stehenden Zwecken verwenden, so richtet sie an diese Unternehmen alle geeigneten Empfehlungen, um zu verhindern dass sie ihre Stellung für diese Zwecke ausnutzen...”

versões existentes nas outras línguas oficiais³⁰. Assim procede nas dúvidas referentes a termos de conteúdo jurídico (*cônjuge* traduzido por *echtgenot* no feminino em neerlandês) e a termos técnicos³¹.

Em contrapartida, em acórdão recente, de 9-4-1987, no processo 363/85³² por *descumprimento de obrigações*, movido pela Comissão contra a Itália, considerou o Tribunal que uma “*mera diferença terminológica*” entre o disposto na directiva da CEE e a redação dos textos italianos de aplicação não permitiria condenar a Itália. Entende-se, assim, que tais diferenças não têm incidência prática.

Disso pode deduzir-se que o Tribunal, desde cedo, atentou para os problemas causados pelo multilingüismo no âmbito das Comunidades, no qual deve o rigor jurídico, em face da falta de perfeita equivalência ou da inexatidão, acomodar-se com certo grau de flexibilidade.

Esta exposição abordou sumariamente numerosíssimos problemas; cada um desses poderia ser objeto de análise própria, quer se trate da análise da estrutura dos acórdãos, da unificação do vocabulário, da análise da opção por certos termos nos acórdãos do Tribunal, da racionalização de certos problemas de tradução. Tentamos mostrar a onipresença dos problemas jurídicos e lingüísticos no seio de uma instituição judiciária multilingüe. Tais problemas incidem na organização do trabalho do Tribunal, e até em sua jurisprudência. Sem dúvida, não existe no mundo — inclusive nos Estados dotados de várias línguas oficiais — outra instituição que

O advogado das impetrantes suscitou a questão de saber se o pronome pessoal *les* (“*qui les soustrait*”) representa as empresas (*les* = ou os *produits les* = os).

O advogado-geral Roemer respondeu às considerações das impetrantes da seguinte maneira:

“No que tange ao critério de subtração à concorrência (*les soustraire à une concurrence effective*), não parecem bem sucedidas as tentativas das impetrantes em atribuir-lhe, apesar de tudo, um determinado sentido. Tais tentativas se apóiam na tradução alemã errônea de *les*, referindo-se esse pronome aos produtos, ao passo que, como já dissemos, refere-se, de fato, às empresas. É do parecer das impetrantes que aquele critério visou impedir que, mediante barragens e boicotes, pudessem alguns produtos subtrair-se à concorrência (barragens contra “outsiders”, boicotes mediante convenções verticais)” (in *Recueil* 1962, pp. 240, 241).

30 Ver, por exemplo, o Acórdão de 12-11-1969, do processo nº 26/69, Erich Stauder/Cidade de Ulm, in *Recueil* 1969, p. 419, e o Acórdão de 9-7-1979, do processo nº 9/79, Marianne Koschnike/Raad van Arbeid, in *Recueil* 1979, p. 2.717.

31 Ver, por exemplo, o Acórdão de 8-10-1986, do processo S. A. Nicolas Corman et fils/Office belge de l'économie et de l'agriculture, ainda não publicado, e particularmente as conclusões do advogado-geral Jean Mischo, apresentadas em 25-6-1986, ainda não publicadas.

32 Ainda não publicado.

enfrente semelhante concentração de problemas desse tipo, e que conte com semelhante concentração de juristas, capazes de entender e fazer entender os conceitos jurídicos expressos em nove línguas diferentes.

Para resumirmos todos os problemas enfrentados no dia-a-dia pelos juristas lingüistas do Tribunal, podemos citar uma carta remetida por uma das filhas de Karl Marx, Eleonor, a sua irmã Laura. Acabava Eleonor de verter para o inglês vários relatórios sobre o congresso internacional convocado pelo Partido Obreiro Belga em 1891. Escreve ela:

“Remeto-te, outrossim, minha versão do relatório alemão. Verás que só acrescentei uma ou duas notas explicativas... Os ingleses não são capazes de entender o que seja a “Gesindeordnung”, embora tenhamos algo semelhante para os trabalhadores rurais”.³³

Falta responder à nossa indagação inicial: Luxemburgo é, ou não é Babilônia? Não o é, certamente, se por Babilônia entendermos a Babel da confusão. Podemos dizer que Luxemburgo é, antes, uma “pós-Babel” que, embora não tenha resolvido todos os problemas, já superou a confusão das línguas. Nesse sentido, Luxemburgo pode ser considerado como uma Babilônia fiel à tradição de Hammurabi.

Bibliografia

— H. Van Hoof, Esquisses pour une histoire de la traduction en Occident, in *Le linguiste — De taalkundige*, 1972, n°s 3-4, p. 1.

— Pierre Pescatore, *Rapport présenté sur le problème des Communautés européennes, Interprétation des lois et conventions plurilingues*, Journée Strasbourgeoise organisée par l'Institut canadien d'études juridiques supérieures en coopération avec l'Université de Strasbourg, le 10 juillet 1984.

— S. A. Dickschat, *Problème d'interprétation des traités européens résultant de leur bilinguisme*, in *Revue belge de droit international*, 1968, p. 40.

— J. A. Usher, *Language and the European Court of Justice*, in *The International Contract*, 1981, p. 277.

— *Revue Meta*, vol. 24, março de 1979, edição especial dedicada à tradução jurídica, Presses de l'Université de Montréal.

— *Langage du droit et traduction*, coletânea coordenada por Jean-Claude Gémard, co-edição Linguatex-Consell de la langue française, Québec, 1982.

— *Recht en vertalen*, dirigido por J. P. Balkema e G. R. de Groot, ed. Kluwer, Deventer, 1987.

³³ Citado por Nina Riva, “Droit public et traduction”, in *Meta*, vol. XXVI, p. 223.

Ley de Convertibilidad en Argentina y su Repercusión en Locaciones Urbanas

Dr. DANIEL E. MOEREMANS

SUMARIO

- A. *Introducción.*
- B. *Arts. 1º y 2º de la Ley de Convertibilidad.*
- C. *Precio de la locación y actualización de los valores locativos.*
 - I. *Régimen del precio en la Ley nº 23.091.*
 - II. *Ley nº 23.928.*
 - III. *Precio de la locación según el sistema actual.*
 - 1. *Precio en moneda extranjera.*
 - 2. *Precio en Australes convertibles.*
 - 3. *Canon Cuotativo.*
 - 4. *Precio Escalonado o Progresivo.*
 - IV. *Actualización del precio conforme a la Ley nº 23.091, retorno al nominalismo y desindexación conforme a la Ley nº 23.928.*
 - 1. *Actualización del precio locativo.*
 - 2. *Retorno al nominalismo.*
 - a. *Concepto.*
 - b. *Actualización de obligaciones dinerarias.*
 - c. *Efectos de la mora en el pago de los arriendos.*
 - V. *Desindexación del precio locativo.*
- D. *Conclusiones.*

A. Introducción

El 1.º de Abril de 1991 entró en vigencia la Ley n.º 25.928 llamada de Convertibilidad del Austral¹. Dicha ley modifica parcialmente el régimen del Código Civil (Arts. 617, 619 y 623) y el de la ley de locaciones urbanas n.º 23.091. La redacción de la ley no es feliz, razón por la cual el Ministro de Economía y sus Asesores Jurídicos procuraron a través de los medios de difusión aclarar una serie de puntos oscuros contenidos en la misma. Idéntica finalidad persigue el Decreto n.º 529/91 de fecha 28 de Marzo de 1991, el cual incluso prevé², con dudosa constitucionalidad, que el Ministerio de Economía dictará las normas que resulten necesarias a los efectos de interpretar y aplicar el decreto mencionado³. Es así que surge la Resolución del Ministerio de Economía n.º 313/91, publicada en el Boletín Oficial del 26 de Abril de 1991, que interpreta el art. 9.º de la Ley de Convertibilidad y el 3.º de su Decreto reglamentario. El presente artículo pretende analizar algunos aspectos de la mencionada ley en lo referente a su repercusión en el régimen de las locaciones urbanas. Para ello mencionaremos las modificaciones introducidas al régimen de las obligaciones en moneda extranjera, al precio de la locación y a la posibilidad de actualizar o reponenciar los valores locativos. Todo ello con breves comentarios sobre la situación de las deudas dinerarias en la República Federal de Alemania, país que sufrió el flagelo de la hiperinflación y que hoy posee una economía estable, a los efectos de contar con una visión comparativa del tema.

B. Arts 1.º y 2.º de la ley de convertibilidad

Por el art. 1.º de la Ley n.º 23.091, se declara la convertibilidad del austral con el dólar estadounidense con una relación de 10.000 australes por cada dólar, en las condiciones que se fijan en el art. 2.º. Este artículo obliga al Banco Central a vender las divisas que le sean requeridas en la relación mencionada, retirando de la masa circulante los australes recibidos a cambio. El artículo 1.º establece, entonces, la convertibilidad del austral con el dólar estadounidense, lo que significa retirarle a dicha mone-

1 El art. 13 de la Ley n.º 23.928 establece que la presente entrará en vigencia el día siguiente de su publicación oficial, lo que ocurrió en fecha 28 de Marzo de 1991. Sin embargo, el art. 7º dispone que la convertibilidad del austral entrará en vigencia el 1º de Abril de 1991.

2 Art. 10.

3 Otros decretos que se dictaron son: El n.º 589/91 que reglamenta la Ley n.º 23.928 en orden a los créditos de la seguridad social y demás conceptos a lo que se refiere el art. 7º de la Ley n.º 23.659, modificada por el art. 34 de la Ley n.º 23.659; El Decreto n.º 941/91 que reglamenta la aplicación de la Ley n.º 23.928 en el ámbito de las contrataciones del sector público en curso de ejecución y el Decreto n.º 959/91 de fecha 23 de Mayo de 1991 que precisa los alcances de la Ley de Convertibilidad a las operaciones financieras contraídas en australes ajustables y que en su art. 1º derogó el art. 5º del Decreto n.º 529.

da el carácter de curso forzoso. Para entender dicha afirmación debemos distinguir entre el curso legal de la moneda y el curso forzoso. La moneda de curso legal es aquella que vincula la relación deudor-acreedor. El acreedor de un crédito dinerario no puede rehusar, en virtud del curso legal de la moneda, el pago que se le es ofrecido por el deudor. Por este motivo la moneda de curso legal es llamada también irrecusable o de aceptación obligatoria⁴. El acreedor de una deuda dineraria que se niega a recibir el pago ofrecido con moneda de curso legal puede ser constituido en mora por el deudor⁵, o éste puede desobligarse consignando judicialmente el pago⁶. Es por ello que la moneda de curso legal es irrecusable y su obligatoriedad deriva de la ley⁷. Tratándose de obligaciones contraídas en una moneda extranjera, el curso legal de la moneda del lugar produce que el deudor tenga, en principio, el llamado derecho de conversión, por el cual se puede liberar de su obligación ofreciendo en pago no la moneda extranjera sino su equivalente en moneda local de curso legal⁸.

El curso forzoso, en cambio, hace a la relación entre el emisor del dinero y el tenedor del mismo. El curso forzoso implica que el emisor no está obligado a reembolsar al tenedor del dinero su equivalente en divisas o metálico⁹. Era el caso por ej. del austral antes de la ley que comentamos, pues el tenedor del mismo no podía obligar al Banco Central que

4 Conf. Nussbaum, en su obra *Derecho Monetario Nacional e Internacional*, Buenos Aires, 1954, trad. de Alberto Shoo, pp. 62 y ss.

5 Conf. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München 1987, p. 163.

6 Al respecto véase la obra de Wayar, *El pago por consignación*, Buenos Aires, 1983.

7 Conf. Gurfinkel de Wendy, *Depreciación Monetaria*, Buenos Aires, 1977, p. 17.

8 Decimos "en principio", pues puede ocurrir que a los efectos de una relación jurídica determinada se le niegue el derecho de conversión (como es el caso en letras de Cambio, Cheques y Pagarés, con cláusula de pago efectivo en moneda extranjera, o cuando la moneda extranjera es considerada como una mercancía), o en forma genérica, como lo hace el nuevo art. 619 del C. C. modificado por la Ley n° 23.928. Véase al respecto Busso, *Código Civil Comentado*, T. IV, Buenos Aires, 1958, p. 262. Recordemos que la moneda extranjera puede ser utilizada en la vida comercial como cláusula esencial o como moneda de ajuste. Cuando es utilizada como moneda esencial de pago, el deudor de la obligación sólo puede liberarse abonando la moneda prometida. En cambio, cuando se la utiliza como cláusula de ajuste, el acreedor lo que pretende es que se pague el equivalente de la moneda extranjera en moneda nacional. En este caso la moneda extranjera se la utiliza como un índice de actualización. Antes de la reforma de la Ley n° 23.928 se sostenía que el pacto en moneda extranjera como cláusula esencial estaba prohibido, salvo situaciones excepcionales, mientras que la utilización de la moneda extranjera como cláusula de ajuste estaba permitida, salvo casos excepcionales. En Alemania las obligaciones pueden pactarse en moneda extranjera para ser pagada en el país (Valutaschulden). En tal caso posee el deudor el derecho de conversión, conforme lo establecido en el § 244 BGB, salvo que algo distinto se haya pactado (pago efectivo en moneda extranjera). El valor de la moneda extranjera se fija en el valor que la misma tiene en el lugar del pago, a la fecha del mismo (§ 244, II, BGB). Véase Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, 14 Auflage, München 1986, p. 66.

le convierta en metálico o dólar su billete. El curso forzoso es una cualidad de la moneda de curso legal¹⁰, es decir que toda moneda¹¹ de curso forzoso tiene necesariamente curso legal, mas no toda moneda de curso legal tiene el carácter de forzoso¹². Expresándolo negativamente diríamos que el dinero no tiene curso forzoso cuando el mismo es libremente convertible en divisas (por ej. dólares estadounidenses) o metálico. Es por este motivo que el austral al ser libremente convertible carece de curso forzoso.

C. Precio de la locación y actualización de los valores locativos

I. Régimen del precio en la Ley n.º 23.091.

El art. 1.º de la Ley n.º 23.091 de locaciones urbanas establece que los alquileres deben pactarse en moneda de curso legal¹³. La cláusula por la cual se fije el precio en moneda que no tenga tal carácter, será nula, sin perjuicio de la validez del contrato. En este caso, el precio quedará sujeto a determinación judicial. La nulidad es absoluta, pues al ser una disposición de orden público, no puede ser dejada de lado por acuerdo de las partes. Es por ello que la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez, cuando ella aparezca manifiesta y también puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo menos por la parte que conocía o debía conocer el vicio que invalidaba la cláusula¹⁴. En caso de violación de la norma, por pactarse el precio locativo en una moneda que no tuviera curso legal, se plantea el interrogante si el juez debe fijar el precio de la locación convirtiendo lo pactado en moneda de curso legal o si debe fijarlo en base a los valores de plaza. Nosotros consideramos que esta última solución es la correcta, pues de otra forma se violaría el art. 3.º de la Ley n.º 21.093¹⁵.

9 Esta circunstancia produce que el Estado pueda aumentar la base monetaria sin el correspondiente respaldo, produciendo así un aumento del precio de los bienes y servicios. Este aumento produce, a su turno, que el Estado necesite emitir para hacer frente a sus obligaciones, generando una espiral inflacionaria, espiral que pretende hacer desaparecer la ley que comentamos. Véase al respecto Gurfinkel de Wendy, ob. cit., p. 21.

10 Al respecto no existe una uniformidad terminológica. Llambías, *Tratado de las Obligaciones*, T. II-A, sostiene, por ej., que el curso legal es un atributo que le otorga el Estado al papel moneda, reconociéndole el valor que le atribuye al billete. Cuando además el Estado le reconoce a la moneda el poder cancelatorio, estaríamos en presencia del curso forzoso.

11 El atributo de "forzoso" sólo se aplica al billete y no al dinero metálico, pues éste se respalda a sí misma con el valor del metal con el cual está acuñada.

12 Es el caso del argentino oro, que tiene curso legal mas no forzoso.

13 Este requisito lo cumplían antes de la Ley n.º 23.928 sólo el austral y el argentino oro.

14 Art. 29 de la Ley n.º 23.091 en combinación con el art. 1.047 C. C.

15 Dicho artículo prohíbe que el dólar sea utilizado como cláusula de ajuste. Actualmente la interpretación que se rechaza violaría igualmente el art. 7º de la ley de convertibilidad, tal como lo veremos infra.

II. Ley n.º 23.928

La Ley n.º 23.928, en su art. 1.º, ha modificado los arts. 617, 619 y 623 del C.C., y derogado virtualmente, conforme al art. 13, toda otra norma que se oponga a la mencionada ley. Los dos primeros artículos nombrados son esenciales con relación al tema que nos ocupa. El nuevo artículo 617 del C.C. establece:

“Si por el acto por el que se ha constituido la obligación se hubiera estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar suma de dinero.”

Si bien se distingue entre moneda de curso legal y la que no tiene este carácter, se asimilan los efectos de ambas monedas, al considerarse a la segunda como si fuera la primera¹⁶. Con ello se identifica prácticamente la moneda nacional a la extranjera¹⁷, poniendo término a la cuestión sobre si a la obligación contraída en moneda que carece de curso legal debía aplicársele el régimen de las obligaciones de entregar cantidades de cosas, como textualmente lo imponía el artículo modificado^{18, 19},

16 Según Lopez de Zavalia (*Teoría de los Contratos*, Edición 1991, Apéndice) en la actualidad habría un género “dinero” y dos especies, figurando en una de ellas el dinero extranjero y en otro la moneda nacional. Nosotros coincidimos con la afirmación del Maestro en el sentido de que la moneda extranjera no adquirió curso legal a través de la ley de convertibilidad con carácter general. Esta característica sólo la posee el austral. Sin perjuicio de ello consideramos correcto sostener que las deudas en moneda extranjera no dejan de ser deudas dinerarias y no obligaciones de dar cantidades de cosas.

17 Mosset Iturraspe, *La Frustración del Contrato*, Buenos Aires, 1991, pp. 206 y ss. Este autor sostiene que el nuevo artículo 617 significa la implantación del “plurimonetarismo”, empero atendiendo a nuestra realidad negocial, a nuestros hábitos, significa lisa y llanamente la implantación del bimonetarismo en la Argentina. Al respecto nos remitimos a lo manifestado en la nota anterior *in fine*.

18 El derogado art. 617 establecía que: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiera estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas”.

19 Las diferencias prácticas más importantes entre los dos regímenes son los siguientes:

a) Tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero, en principio, el deudor no puede liberarse de su obligación por imposibilidad de pago sobrevinida con posterioridad al nacimiento de la obligación.

b) El deudor de una suma de dinero debe pagar intereses desde que quedó constituido en mora, sin necesidad de demostrar que ha sufrido un perjuicio determinado, como debe hacerlo, en cambio, el deudor de una obligación de entregar cosas que sostiene que el incumplimiento del deudor lo ha perjudicado.

c) Se sostiene por último que el acreedor de una deuda pecuniaria sólo puede exigir, en caso de incumplimiento, los intereses correspondientes, mas no la reparación de otros daños y perjuicios ocasionados.

o el de las obligaciones dinerarias, como lo sostenía un sector de la doctrina²⁰.

El artículo 619 del C.C. a su turno ha sido redactado de la siguiente forma:

“Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento.”²¹

Este artículo niega al deudor el derecho de conversión. Si se ha contraído una obligación en dólares, el deudor ya no puede liberarse válidamente de su obligación ofreciendo pagar el equivalente en australes, al curso corriente en plaza. El debe pagar exclusivamente en dólares, pues en caso contrario incurrirá en mora adeudando los intereses desde la fecha del vencimiento de la obligación. En este sentido hubiese sido más correcto establecer como principio que el deudor se libera pagando la suma equivalente en australes al cambio vigente a la fecha del pago en el lugar del mismo, a no ser que las partes establecieran el pago efectivo en moneda extranjera, tal como lo establece el § 244 del BGB²². El texto que se analiza tiene, según nuestro criterio, dos elementos que deben ser tenidos en cuenta:

En primer lugar se limita la irrecusabilidad del austral, y por lo tanto su carácter de moneda de curso legal, pues el acreedor puede, si se contrajo la obligación en moneda extranjera, negarse a recibir el equivalente en australes y exigir el cumplimiento de la obligación en la moneda pactada. En otras palabras: en principio el austral sigue teniendo curso legal, en tanto y en cuanto el precio de la prestación no se hubiese pactado en moneda extranjera. En segundo lugar, se otorga a las partes la posibilidad de otorgarle a una moneda extranjera cualquiera (en la práctica será el dólar), el carácter de curso legal, pues al pactarse el pago en moneda

20 Basta ver Boggiano, ¿Australes o Dólares?, en: *La Ley* n° 1.986-E, pp. 952 y ss., Alterini, Obligaciones en Moneda Extranjera y la Hipoteca, *La Ley* n° 1.987-E, pp. 873 y ss.

21 El anterior artículo 619 establecía: “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día de vencimiento de la obligación”. Como vemos, este artículo no se refería a la obligación de pagar una suma de dinero extranjero, sino que consideraba la posibilidad de la coexistencia en el país de dos o más monedas nacionales y declaraba la legitimidad del pago en cualquiera de las monedas de curso legal en el país. Este texto se explica históricamente, pues a la época de la sanción del Código Civil se encontraba vigente la ley monetaria n° 71, del 26 de Octubre de 1863, que confería curso legal en la República a una serie de monedas de oro extranjeras, como el óndor chileno, el soberano Inglés y doblón español, es decir que existía un plurimonetarismo.

22 Cabe aclarar que en Alemania para pactar en moneda extranjera una obligación que deberá cumplirse en el país es necesaria una autorización, conforme lo establece el § 3° de la ley de Divisas (Währungsgesetz).

extranjera, dicha moneda es para el acreedor irrecusable y para el deudor produce el efecto de que él sólo podrá, como dijimos, liberarse de su obligación oblando lo adeudado en la moneda prometida.

III. Precio de la locación según el sistema actual

El precio en la actualidad debe ser fijado en moneda de curso legal, conforme lo establece el art. 1.º de la Ley 23.091²³. A continuación analizaremos cuál es el abanico de posibilidades que poseen las partes para pactar el precio, es decir si se puede pactar en moneda extranjera, en australes convertibles, en un canon cuotativo y la posibilidad de fijar el precio escalonado o progresivo, etc.

1. Precio en moneda extranjera

¿Es posible en la actualidad la fijación del precio en moneda extranjera? La doctrina se encuentra al respecto dividida. Los Asesores legales del Ministerio de Economía, los Dres. Rocca/Abatti/Roca (h)²⁴ y López de Zavallía²⁵ sostienen que no es factible contratar en dólares el precio de la locación. Se basan para ello en dos consideraciones: por un lado el art. 1.º de la ley de locaciones urbanas no ha sido ni expresa ni virtualmente derogado y por el otro al carecer el dólar de curso legal sigue vigente la prohibición del art. 1.º de la ley arriba mencionada. De ser esto correcto, si se pacta el precio en dólares, la cláusula sería nula de nulidad absoluta, sin perjuicio de la validez del contrato, debiendo el juez, como ocurría antes de la sanción de la ley de convertibilidad, fijar el valor locativo en la forma que hemos mencionado ut supra. Falcon²⁶ y Salgado²⁷ sostienen, en cambio, que en la actualidad es válido fijar el precio de la locación en dólares ante la derogación del art. 1.º de la ley de locaciones, derogación

23. En este sentido no compartimos la opinión de Falcon (La convertibilidad y el contrato de locación, en *Rev. L. L.* del 30 de Abril de 1991, pp. 14-15) en el sentido de que este artículo había sido derogado virtualmente por la Ley n° 23.928, pues como sostuvimos la convertibilidad del austral (que afecta la relación emisor del dinero-tenedor del mismo) no se opone a que en la relación deudor-acreedor se establezca que el contrato de locación deba pactarse en moneda de curso legal.

24 Rocca/Abatti/Rocha (h), Convertibilidad y Alquileres, en: *Revista La Ley* de fecha de 16 de Abril de 1991.

25 En la Ob. cit., Apéndice.

26 La convertibilidad y el contrato de locación, en *Rev. L. L.* del 30 de Abril de 1991, pp. 14-15.

27 *Locación, Comodato y Desalojo*, Buenos Aires, 1991, pp. 56-57. Este autor brinda igualmente los siguientes argumentos: a) El mensaje del Poder Ejecutivo que aclara que se introducen reformas en la legislación de fondo para asegurar el poder cancelatorio de la moneda nacional o extranjera; b) Las reformas a los arts. 617 y 619; c) Lo dispuesto por los arts. 1º y 2º de la Ley n° 23.928; d) El sistema de la ley sería contrario a disposiciones que vedan o restrinjan la alternativa de pactar en moneda extranjera; e) El precio de la locación en dólares es el que mejor se adecua a las necesidades del mercado de las locaciones.

que surgirá del art. 13 de la ley de convertibilidad, agregando el primero que, quienes llegaran a sostener que la norma especial (ley de locaciones) tiene que ser derogada expresamente, cabe recordarles que la ley de convertibilidad abarca todo el sistema monetario, sistema en el cual se encuentra inmersa la Ley n.º 23.091.

Nosotros consideramos que si bien la Ley n.º 23.091 no ha sufrido modificaciones en este aspecto, la Ley n.º 23.928 permite a las partes pactar el precio de la locación en dólares. Ello porque, tal como ha sido señalado supra, la Ley n.º 23.928 permite a las partes en una relación jurídica particular otorgarle el carácter de curso legal a una moneda extranjera. Ello surge de las nuevas redacciones de los artículos 617 y 619 del C.C. Es por ello que la cláusula por la cual se fija el precio de la locación en moneda extranjera (en dólares por ej.) es perfectamente válida, pues se no contra- viene el art. 1.º de la ley de locaciones. Esta solución, consideramos, no solo no se aparta de la ley, sino es la que más se adecua al mercado locativo, donde ya aún en la época de la Ley n.º 23.091, el contrato en dólares obtuvo carta de ciudadanía en las prácticas contractuales.

2. *Precio en australes convertibles*

A los efectos de evitar el desequilibrio futuro de las prestaciones, se ha ideado pactar el precio de la locación en australes convertibles, estableciéndose que el precio en australes convertibles fijados contractualmente será fijo en tanto y en cuanto el valor del dólar se mantenga en la relación establecida en el art. 1.º de la Ley n.º 23.928. Si dicha relación se modificase, produciría una actualización automática del precio de la locación. Así por ej. si se pacta un alquiler en la suma de australes convertibles dos millones, dicho precio se incrementaría al doble en el momento en que la relación dólar-austral se alterase en igual proporción²⁸. Nosotros consideramos que dicha cláusula es ineficaz para lograr el fin que persigue. En efecto, el valor dólar-austral fijado por la ley, tal como lo sostuvimos, hace a la relación entre banco emisor y tenedor del billete, mas no a las relaciones crediticias (deudor-acreedor). Tratándose de este último tipo de relaciones, se aplica el art. 7.º de la ley de convertibilidad que establece el retorno al nominalismo, tal como lo veremos infra, en materia de obligaciones dinerarias. Esto significa que el deudor de una suma determinada de australes se libera dando, el día del vencimiento de la obligación, la cantidad nominalmente expresada en ella. Además puede ocurrir que la paridad fijada en la ley no se altere, mientras el dólar en el mercado libre se coticie a mayor precio que el que establezca la paridad fijada legalmente, supuesto que no se encuentra comprendida en la cláusula analizada.

28 Un ejemplo de dicha cláusula sería: "Se considera como mínimo el valor del austral convertible en dólares billetes estadounidenses uno (\$ 1) igual a australes convertibles diez mil (A. 10.000), que en el supuesto que la paridad superara dicho valor, se tomará el nuevo valor que se coticie para esta nueva paridad."

3. Canon cuotativo

Se entiende por canon cuotativo el precio que se fija en una suma proporcional al resultado de una explotación comercial o profesional²⁹. En este caso no existe una suma determinada, sino determinable de dinero que resulta ajena a las disposiciones de los arts. 7.º y 10 de la Ley n.º 23.928. También puede pactarse el llamado "contrato canadiense"³¹, según el cual en base al incremento de los productos que se explotan en el inmueble arrendado, sino de fijar el precio en un tanto por ciento del resultado de la actividad que se desarrolla en el inmueble objeto de la locación. Este tipo de precio, cuya validez ha sido aceptada por la doctrina³⁰ y jurisprudencia, sólo resulta aplicable naturalmente a los inmuebles destinados a comercio o ejercicio de profesionales liberales, mas no a los destinados a vivienda. También puede pactarse el llamado "contrato canadiense"³¹, según el cual se estipula que el locatario además del precio cierto en dinero o de un porcentaje en las ganancias, deberá abonar un adicional en caso de que las ganancias superen un cierto límite.

4. Precio escalonado o progresivo

Las partes, a los efectos de mantener constante el valor locativo pueden pactar un precio escalonado o progresivo, sea mensual, trimestral, semestral o anual. La doctrina se mostró dividida en un principio, sobre la admisibilidad de tales cláusulas, pues se sostuvo que atentaban a lo dispuesto en el art. 1507 del C.C. sobre la invariabilidad del precio. Sin embargo, en la actualidad no sólo no se discute su validez³², pues se considera que el mencionado artículo es dispositivo, sino que incluso fué "sugerida" por el Dr. Cavallo en distintas oportunidades a través de los medios de difusión. En la práctica se pueden plantear problemas cuando el escalonamiento previsto supera con creces el índice inflacionario o el aumento del valor en plaza del inmueble, o a la inversa, en caso en que la inflación supere ampliamente el aumento previsto. Con respecto al primer caso se propuso que los aumentos no podían ser mayores a los que resultasen de aplicar los índices publicados por el INDEC³³. Sin embargo, en la práctica, no se establecen al respecto ninguna previsión³⁴. Igual circunstancia se presenta con los otros casos que hemos mencionado. Nosotros pensamos

29 Alterini, *Desindexación. El retorno al Nominalismo*, Buenos Aires, 1991. p. 137.

30 Alterini, ob. cit., p. 137, doctrina y jurisprudencia citada en la nota nº 175.

31 Véase al respecto Borda, *Contratos*, Buenos Aires, 1979, p. 739.

32 Conf. Mosset Iturraspe, Lorenzetti, *Derecho Monetario*, Santa Fé, 1989, p. 286; Alterini, ob. cit., p. 177, Salgado, ob. cit., p. 53.

33 Mosset Iturraspe, Lorenzetti, ob. cit., p. 286.

34 Ej. de esta cláusula sería: "El precio de esta locación se fija en la suma de australes convertibles dos millones cien mil (2.100.000) mensuales para el primer semestre, australes convertibles dos millones quifientos mil (2.500.000) mensuales para el segundo semestre..."

que en el supuesto de producirse un desequilibrio excesivo, la parte perjudicada podrá intentar la vía de la resolución del contrato por imprevisión, si es que se cumplen los demás requisitos del art. 1198 C.C. Tratándose de inmuebles destinados a vivienda, el locatario podrá, en virtud de lo establecido en el art. 8.º de la Ley n.º 23.091, rescindir el contrato. Dicha solución sin embargo no es óptima, pues por un lado el locatario deberá, salvo pacto en contrario, indemnizar al locador y por el otro no soluciona el problema de vivienda.

IV. *Actualización del precio conforme a la Ley n.º 23.091, retorno al nominalismo y desindexación conforme a la Ley n.º 23.928*

1. *Actualización del precio locativo*

La Ley n.º 23.091 prevía la posibilidad de que las partes establecieran cláusulas de actualización de los alquileres, a fin de que los mismos se mantuvieran constantes durante toda la vigencia del contrato. A tal fin debían utilizarse los índices oficiales de los institutos de Estadísticas y Censos de la Nación o de las Provincias. No obstante, establecía la ley, que serían válidas las cláusulas de ajuste relacionadas al valor mercadería del ramo de explotación desarrollado por el locatario en el inmueble arrendado³⁵. La moneda extranjera estaba entonces prohibida como cláusula de ajuste. Este régimen ha sido derogado parcialmente por la ley de convertibilidad, al establecer en su art. 7.º, en su segundo párrafo, la prohibición de toda actualización monetaria. Quedaba vigente, sin embargo, la posibilidad de actualizar los valores locativos, conforme al valor mercadería del ramo de explotación desarrollado por el locatario en el inmueble arrendado, conforme a lo establecido por el art. 5.º del decreto reglamentario de la Ley 23.928, n.º 529/91³⁶, el que a su turno fué derogado por el Decreto n.º 559/91, del 23 de Mayo de 1991.

2. *Retorno al nominalismo*

El art. 7.º de la ley de convertibilidad reza:

“El deudor de una obligación de dar una suma de determinada de australes, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuera su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1.º del

35 Art. 3º, Ley nº 23.091; Véase igualmente Stratta/Stratta, la Ley nº T-1.985/D, p. 796.

36 Dicho artículo establecía: “Aquellas obligaciones dinerarias que se ajusten por la evolución del precio de un solo producto o correspondan a la cuota parte del precio de un solo producto, tienen los efectos de una permuta y no se encuentran alcanzadas por los arts. 7º, 9º, § 10º de la ley”.

mes de Abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral.”

Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contraviniere lo dispuesto ⁸⁷.

a. *Concepto*

La ley impone en su primera parte el retorno al nominalismo ⁸⁸. Este principio implícito en el art. 619 del Código de Velez Sarsfield, prescribe que el deudor de una suma determinada de dinero se libera pagando exactamente la misma suma (nominal) a la que se obligó, o, en otras palabras, no se tiene en cuenta el valor del dinero, su posible devaluación o depreciación, sino el monto nominal del mismo. Vemos entonces que el riesgo de una posible pérdida del valor adquisitivo de la moneda lo asume el acreedor. El nominalismo en nuestro país había sido abandonado por la jurisprudencia prácticamente en todo tipo de relaciones patrimoniales a raíz del proceso inflacionario ⁸⁹, sosteniéndose que con la actualización monetaria no se persigue otorgarle un plus al acreedor, sino simplemente mantener incólume su derecho de propiedad, derecho que se encuentra amparado por nuestra Constitución Nacional. Es por ello que en los hechos el principio nominalista fué reemplazado por el valorismo, principio según el cual no se tiene en cuenta el monto nominal de la moneda sino el poder adquisitivo de la misma. Según el valorismo el riesgo de una posible devaluación lo asume el deudor. La ley pretende entonces revertir esta situación, imponiendo el retorno al nominalismo. Este principio, según nuestro criterio, debe aplicarse no sólo a las obligaciones de dar sumas de australes, sino también a todas aquellas obligaciones de dinero, por lo que también quedan incluidas las de dar sumas de moneda extranjera ⁴⁰. Por otra parte, el principio no se aplica a

37 Dicho artículo debe ser complementado con el art. 1º del decreto reglamentario n° 529/91 que reza: “Para la aplicación de la prohibición general de indexación dispuesta en los arts. 7º, 8º y 10º de la Ley n° 23.928 corresponde considerar el 1º de Abril de 1991, como si fuera el día de pago efectivo previstos en los mecanismos de ajuste derogados o inaplicables. A partir de esa fecha, las sumas de dinero resultantes quedarán convertidas a australes nominales en una relación UNO a UNO”.

38 Véase igualmente el art. 1º del decreto reglamentario mencionado.

39 Al respecto véase Fallos de la S. C. J. N. “Jujuy Pcia. de vs. Estado Nacional” de fecha 14/4/87 y Chaco Pcia. de c/ Cia. Azucarera las Palmas” de fecha 26/3/87.

40 Wayar, *La Convertibilidad del Austral*, Jujuy 1991. Existen al respecto opiniones que sostienen que la ley sólo habla de australes no haciendo mención a las monedas extranjeras, por lo que el valorismo se seguiría aplicando a las obligaciones pactadas en otras monedas que no fueran australes (basta ver López de Zavalla, ob. cit. Apéndice). Sin embargo, interpretando teleológicamente la ley, sobre todo teniendo presente lo establecido en el nuevo art. 617 del C. C., nosotros consideramos que el principio nominalista se aplica también al régimen de las obligaciones en moneda extranjera.

todas las relaciones patrimoniales, sino sólo a aquéllas en que la obligación consiste *ab initio* en dar sumas de dinero, es decir se encuentran excluidas las deudas de valor ⁴¹.

En el derecho alemán el nominalismo es el principio general aceptado tanto por la doctrina cuanto por la jurisprudencia ⁴². Larenz ⁴³ afirma que el nominalismo rige, si bien con limitaciones, como un principio no escrito del derecho (dispositivo) (*als ein ungeschriebener Grundsatz des (dispositiven) Recht*), porque el legislador partió de este principio tanto en el derecho de las obligaciones, cuanto en el derecho monetario ⁴⁴.

Los casos que escapan al nominalismo o son una excepción al mismo serían los siguientes: 1.º Las obligaciones de valor (Wertschulden) ⁴⁵. Estas obligaciones se deben pagar en dinero, pero no se encuentran fijadas en una suma determinada de dinero (Wertbetrags — o Summenschuld), sino en una suma de dinero que se determinará en base al valor de un bien o de una parte alícuota de un patrimonio. La deuda de valor en algún momento se transforma en una deuda de dinero. Lo decisivo no radica, sin embargo, en esta circunstancia, sino en el momento o el tiempo en que se determinará y fijará la deuda de dinero a pagar. En este caso el peligro de la devaluación monetaria no es soportada por el acreedor, pues su crédito quedará determinado en el momento del pago. Dentro de este tipo de obligaciones se encuentran: a) La obligación legal de pagar alimentos (gesetzlichen Unterhaltspflichten). Si bien el deber alimentario según la ley (§ 1612) no debe pagarse en natura sino a través de una renta dineraria, ella se determina en base a las necesidades de vida del beneficiario (§ 1610), o según criterios equivalentes (§ 1361, Párr. 1). El dinero a pagar depende principalmente del poder adquisitivo del mismo al momento de calcularse las necesidades del benefi-

41 Al respecto véase Alterini, Atilio Anibal, las deudas de valor no están alcanzadas por la Ley n.º 23.928 de convertibilidad del austral, en: *Revista La Ley del 30 de Abril de 1991*, pp. 4 y ss. Conf. Larenz, ob. cit., p. 174.

42 La Jurisprudencia aceptó el mismo incluso en la época de la hiperinflación alemana (1922 y 1923), para las deudas dinerarias de ejecución instantánea, reconociendo sólo excepciones para las obligaciones de cumplimiento diferido a largo plazo. Así el Superior Tribunal Imperial (Reichsgericht, RGZ 107, 78, 87 y ss) aceptó la posibilidad de repotenciar las deudas de dinero en los casos mencionados basándose en el principio de buena fé (Treu und Glauben) establecido en el § 242 del BGB. El Superior Tribunal consideró que el acreedor no tenía derecho a reclamar una repotenciación total de su crédito, tomando como parámetro el valor del oro u otro tipo de valor equivalente, mas sí a una suma justa para ambas partes que en consideración a la situación de los intereses en juego, a la situación económica, y en particular a la depreciación monetaria. Es decir, algo análogo a lo que ocurre con el instituto de la imprevisión en nuestro derecho.

43 Ob. cit., p. 164.

44 Larenz, ob. cit., p. 168.

45 Conf. Larenz, ob. cit., p. 176.

ciario ⁴⁶. b) En la sociedad conyugal, cuando el cónyuge no es heredero, tiene derecho a reclamar una compensación por las ganancias obtenidas durante la vigencia de la sociedad conyugal (§ 1371 (2) BGB). Para calcular si existe derecho a compensación se debe comparar el patrimonio final con el inicial. Si el patrimonio final es mayor que el inicial existe una "Ganancia" (Zugewinn). El Tribunal Federal Alemán ⁴⁷ ha afirmado que debe considerarse la pérdida del valor adquisitivo para determinar si hay o no ganancia. Para ello utiliza los índices del costo de la vida a fin de actualizar el valor del patrimonio inicial de la sociedad conyugal. c) El mismo principio ha sostenido la jurisprudencia con relación a la obligación de restituir gastos que hubiese realizado un co-heredero ⁴⁸. d) El BGB en el § 582a, párrafo 3, con relación al arrendamiento rural con inventario ha previsto que debe tenerse en consideración el valor de los bienes inventariados a los efectos de las acciones que pudieran surgir entre las partes. e) En algunos casos se ha tenido en consideración en valor del dinero a los efectos de reconocer un derecho de actualización monetaria derivado de la mora del deudor. 2.º) Cuando se producen grandes desproporciones entre las prestaciones en los contratos bilaterales de largo plazo, tal como mencionaremos *infra*, la jurisprudencia aplica en algunos supuestos la cláusula *Rebus sic stantibus* (Fortfall der Geschäftsgrundlage), reponiendo la relación de equivalencia de las prestaciones.

b. Actualización de obligaciones dinerarias

El artículo 7.º de la ley de convertibilidad en su segunda parte establece, como vimos, que en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, *indexación por precios*, *variación de costos* o *repotenciación de deudas*, cualquiera fuera su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1.º de mes de Abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad

⁴⁶ Cosa distinta acontece en Alemania con los convenios privados sobre jubilación. Ellos sí bien tienden, en la regla, a asegurar al jubilado una suma de dinero para subvenir a sus necesidades, dicha obligación se considera como una obligación de dar suma de dinero y por lo tanto sujeta al principio nominalista. Es por ello que los Tribunales negaron en un principio la posibilidad de actualizar dichos créditos atendiendo a la devaluación encubierta del marco, a no ser que se hubiese estipulado una cláusula de estabilización. Esta situación se mantuvo hasta el año 1973, fecha en que tanto el Tribunal Supremo del Trabajo (Bundesarbeitsgerichtshof) y el Superior Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) sostuvieron que la empresa obligada en caso de aumento del costo de vida superior a un 40% estaban obligados, de conformidad al principio de buena fé, a renegociar la suma a pagar. En la actualidad se encuentra vigente el § 16 de la Ley de Mejoramiento de Atención a los Jubilados (Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung) del año 1974, según la cual cuando la empresa se encuentra obligada a pagar una jubilación, debe cada 3 años actualizar la jubilación en base a criterios de justicia. Si la empresa niega la actualización o el trabajador considera que no fué debidamente actualizada, tiene la posibilidad de recurrir a la justicia para que en definitiva el juez decida la cuestión.

⁴⁷ Véase BGH, 61, 385.

⁴⁸ Véase BGH, NJW 75, 1831.

del austral. La ley procura de esta forma evitar por un lado que la expectativa inflacionaria genere inflación, y por el otro lograr en la población una mayor confiabilidad con relación a la moneda nacional⁴⁹. Sin embargo la doctrina no es conteste que este fin loable se logre a través de una aplicación a ultranza del nominalismo. Así se ha sostenido⁵⁰ que las cláusulas de estabilización no generan de por sí inflación, y que se confunde con el segundo argumento (confianza en la moneda) la causa con el efecto, pues el hecho de permitir las cláusulas de estabilización no lesionan el crédito a la moneda nacional, sino que al contrario, es el descrédito de la moneda nacional lo que produce que las partes utilicen cláusulas de estabilización⁵¹.

Aplicando el art. 7.º de la ley de convertibilidad con relación a las locaciones debemos concluir que en el futuro el precio de las mismas no puede ser indexado o actualizado, derogándose el art. 2.º de la Ley n.º 23.091⁵². A los efectos de prevenirse de un posible rebrote inflacionario deberá recurrirse a uno de los mecanismos mencionados *ut supra* u otros análogos, que mencionaremos a continuación, para fijar el precio.

En el derecho alemán⁵³ las cláusulas de estabilización (Wertsicherungsklauseln) fueron frecuentemente utilizadas durante la década del '20. La deuda se pactaba en Marcos (Reichsmark) pero estableciéndose como cláusula de ajuste el valor de una determinada cantidad de oro fino (Cláusula valor oro — *Goldwertklausel* —) o el valor de una especie determinada (por ej. carbón) o el de una moneda extranjera (Valutaschuld). Es decir, no se utilizaban estas cláusulas como cláusulas esenciales del contrato. Esta situación se prolongó hasta la década del '40, época en que fueron prohibidas por la legislación de la primera postguerra. Esta prohibición estuvo vigente hasta la ley de reforma al sistema monetario (Währungsreform), que entró a regir el 20 de Junio de 1948. Según el § 3, párrafo 2 de la ley monetaria se pueden establecer cláusulas de estabilización, sólo con la autorización de la autoridad competente. Hasta la decisión sobre la procedencia o nó de la cláusula la misma es inválida. Si la autorización es otorgada, la validez se retrotrae al momento de la celebración del negocio. Reglamentando esta ley el Banco Federal Alemán dictó el 9-6-1978 una "Resolución sobre Principios a aplicar en los Pedidos de Autorización del § 3 de la ley monetaria" (Grundsätze über Entscheidung über Genehmigungsanträge). Según esta Resolución no serán

49 Conf. Larenz, ob. cit., p. 171.

50 Medicus, Schuldrecht, Allgemeine Teil, München 1988, p. 87.

51 Por este motivo el Tribunal Federal Alemán (BGH) ha interpretado que la prohibición de pactar cláusulas de actualización constituyen una excepción a la libertad contractual y debe ser, por lo tanto, interpretada restrictivamente, tal como lo vemos infra. Véase igualmente López de Zavallía, ob. cit., quien considera que esta disposición implica una irrazonable limitación a la autonomía privada.

52 La derogación se complementa con el art. 1º del Decreto nº 959/91 ya mencionado que derogó el art. 5º del Decreto nº 529/91.

53 Sobre la historia de la moneda alemana puede verse Palandt, Kommentar des BGB, München 1981, pp. 217 y ss.

autorizadas entre otras las cláusulas de actualización en los contratos de mutuo, en los alquileres sobre piezas o edificios, a no ser que el plazo de la locación ascienda a 10 años o sea celebrado en forma vitalicia, o aquellas basadas en el valor del marco, etc. Estas limitaciones, sin embargo, han sido interpretadas restrictivamente por la jurisprudencia. Ella considera que una serie de cláusulas de estabilización no se encuentran subsumidas en el § 3 de la ley monetaria, y por lo tanto pueden ser libremente pactadas. Entre ellas se pueden mencionar las siguientes:

1.^a Cláusula de Tensión (Spannungsklausel): Estas son cláusulas a través de las cuales el monto del salario o de una jubilación se fija en proporción a los sueldos o salarios de un grupo similar de empleados o funcionarios ⁵⁴.

2.^a Similar a la cláusula anterior es aquella en la cual se establece que el precio a pagar por un bien o servicio será el que se pague al momento del cumplimiento de la prestación por similar bien o servicio. Por ej. el precio de la cosa comprada que será entregada con posterioridad se fija según el precio que tenga la cosa en el mercado al momento de la entrega o según la lista de precios del vendedor que en ese momento esté vigente. En materia de locación se podría fijar el arriendo en base al precio de alquiler que tenga en plaza un inmueble de similares características al momento del pago de cada mensualidad. No sería válida, en cambio, la fijación del precio futuro en base al precio de otro bien o servicio que no tuviese relación con el bien o servicio objeto del contrato. Por ej. que se fijara el precio de la locación con relación al salario de un funcionario ⁵⁵.

3.^a Reserva de fijación de la prestación (Leistungsvorbehalt o Leistungsbestimmungsvorbehalte): Por esta cláusula se entiende la posibilidad de fijar nuevamente la prestación debida por el acreedor o un tercero o un árbitro, en el caso de que se produzca un cambio en los valores de productos similares, o en el salario de funcionarios, el costo de la vida u otro parámetro. Para que esta cláusula no se encuentre sujeta a autorización se exige que la nueva fijación no se produzca en forma automática, sino que el legitimado para hacerlo debe analizar todas las circunstancias (no sólo por ej. el aumento del costo de la vida, si este parámetro fué tomado, sino también tratándose de una locación el aumento del costo del alquiler de un inmueble similar) y debe fijar, si corresponde, el contenido de la prestación según criterios de equidad.

4.^a Dudosa es la validez sin autorización de las llamadas cláusulas basadas en el costo o elementos de costos (Kosten oder Kostenelementenklauseln). Estas cláusulas permiten a la empresa aumentar el precio de la prestación prometida, si se produce antes de la entrega, un aumento en sus costos o en determinados costos (por ej. costo de salario o de

54 Larenz, ob. cit., pp. 172 y ss; Medicus, ob. cit., p. 88; Palandt, ob. cit., p. 218.

55 Medicus, ob. cit., p. 88; Palandt, ob. cit., p. 218.

materiales). Estas cláusulas son consideradas por el Banco Federal como sujetas a autorización. La Jurisprudencia y la doctrina sostienen, sin embargo, que las mismas no la requieren en el caso de que cláusula de elementos de costos tenga presente el aumento del elemento con relación al precio total o final del producto. Por ej. si aumenta el costo del salario (tomado como parámetro) en un 10%, mientras que los restantes costos sólo en un 5%, y los salarios representan un 50% del costo total del producto, el precio sólo puede ser aumentado en un 7,5% y no en un 10% ⁵⁶.

5.ª Cláusula de Participación de ganancia (Beitteilungsklauseln): Según ella se fija el precio de la contraprestación de acuerdo a la ganancia del deudor, como por ej. cuando se determina que el precio del arriendo o alquiler ascenderá a un 5% de las ganancias que obtenga el locatario (canon cuotativo). Como esa suma de dinero crece con la pérdida del poder adquisitivo, aumenta también el precio a pagar por el alquiler ⁵⁷.

Además de estas cláusulas existe un principio fijado por el Tribunal Federal Alemán ⁵⁸ según el cual, dadas circunstancias especiales, interpretadas según el principio de buena fé, el acreedor de una suma de dinero tiene una acción para obtener una modificación del contrato, en el caso de que las partes hayan pactado una cláusula de estabilización no autorizable ⁵⁹. Si no fué prevista una cláusula de estabilización y el desequilibrio se produce con posterioridad a la celebración del contrato, existe la posibilidad de aplicar dentro de márgenes muy estrechos el instituto de la imprevisión o de la caída de las bases del negocio (Wegfalls der Geschäftsgrundlage).

c. Efectos de la mora en el pago de los arriendos

La ley de convertibilidad aclara igualmente que la prohibición de repotenciación se aplica haya o no mora por parte del deudor. Ello no quiere decir que da lo mismo cumplir o nó con el pago del precio, pues el acreedor puede reclamar en caso de retardo culpable en el cumplimiento de la obligación el pago de intereses moratorios, que son aquéllos que compensan la privación del uso del dinero ⁶⁰. También las partes pueden pactar un interés punitivo que cumple una función sancionatoria frente al incumplimiento. Ambos tipos de intereses pueden coexistir ya que cumplen funciones diversas. Una cuestión interesante que se plantea

56 Larenz, ob. cit., p. 173.

57 Medicus, ob. cit., p. 88.

58 Véase BGH, NJW 1973, p. 1.498.

59 Medicus, ob. cit., p. 88.

60 En el derecho alemán el interés moratorio legal fijado en el § 246 del BGB asciende al 4% anual. En el caso de comerciantes rige el § 343 y ss. del HGB que lo fija en el 5%. En la actualidad se fija contractualmente el interés aproximadamente en un 8% anual. En nuestro derecho consideramos que debe aplicarse analógicamente el art. 565 del C. de C.

es saber si a falta de cláusula penal el acreedor puede reclamar desvalorización monetaria como daño producido por la mora u otros daños. En la doctrina alemana⁶¹ se afirma que en caso de mora en deudas de sumas de dinero el acreedor siendo una empresa puede reclamar como daño el interés que tendría que haber pagado si hubiese tomado un crédito bancario. Todo acreedor puede igualmente reclamar, en principio, la pérdida del poder adquirido de la moneda como lucro cesante. Decimos en principio porque la pérdida abstracta del valor del dinero no es indemnizable, sino que se debe probar que el acreedor hubiese actuado de tal forma que de haber contado con el dinero en tiempo no hubiese sufrido la devaluación. El mismo principio se aplicaría en caso de que la mora se hubiese producido con relación a los intereses. En nuestro derecho compartimos la opinión de Alterini⁶² en el sentido de que fuera de los casos previstos en el C.C. u otros especiales no es posible reclamar, conforme al C.C. leído a la luz de la ley de convertibilidad, más que los intereses moratorios.

Por otro lado si el locatario no paga dos meses consecutivos de alquileres, el locador puede poner en funcionamiento la facultad rescisoria establecida en el art. 5.º de la Ley n.º 23.091, a través de la cual puede obtener el desalojo del inmueble locado.

V. *Desindexación del precio locativo*

La Ley n.º 23.928 no sólo prohíbe la indexación del valor locativo, sino también establece un sistema de desindexación del precio en su art. 9.º, artículo que debe ser interpretado conforme a las disposiciones del Decreto Reglamentario 529/91⁶³ y de la Resolución del Ministerio de Economía n.º 313/91. El art. 9.º de la ley establece:

“En todas las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la convertibilidad del austral, en las que existan prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, o en aquellas de ejecución continuada y con prestaciones y contraprestaciones periódicas, el precio, cuota o alquiler a pagar por el bien, obra, servicio o período posterior a ella, se determinará por aplicación de los mecanismos previstos legal, reglamentaria o contractualmente, salvo que dicho ajuste fuera superior en más de un doce por ciento (12%) anual al que surja de la evolución de la cotización del austral en dólares estadounidenses entre su origen o el mes de Maio de 1990, lo que fuere posterior, y el día 1.º del mes de Abril de 1991, en las condiciones que determine la reglamentación. En este último caso la obligación de quien debe pagar la suma de dinero, se cancelará con la cantidad de australes que corresponda a la actualización por la evolución del dólar esta-

61 Larenz, ob. cit., p. 353; Medicus, ob. cit., p. 84.

62 Ob. cit., pp. 106 y ss.

63 Cuyo art. 5º fué derogado tal como lo mencionamos supra.

dounidense por el período indicado, con más un doce por ciento (12%) anual, siendo inoponibles las estipulaciones o condiciones originales.”

A su turno los arts. 2.º y 3.º del decreto reglamentario prescriben:

Art. 2.º “Entiéndese por “origen” a los fines del artículo 9.º la base considerada a los efectos de la actualización, indexación, repotenciación o variación de costos.”

Art. 3.º “A los efectos de la comparación entre los mecanismos de ajuste y el dólar estadounidenses previstos en el art. 9.º de la Ley n.º 23.928 deberá utilizarse el mismo origen. Cuando el origen o base de la actualización corresponda a un período superior a un día sea que fuere semanal, mensual o por cualquier otra unidad de tiempo, a los efectos de la comparación se promediarán las cotizaciones del dólar estadounidenses correspondientes a dichos períodos, ese promedio será la base u origen de la actualización por dólares.

Deberá emplearse para el cálculo el tipo de cambio comprador del Banco de la Nación Argentina al cierre del día o días correspondientes. Para la determinación del plus de hasta un doce por ciento (12%) anual se considerará un año calendario de 365 días.”

Por último la Resolución 313/91 establece en sus artículos 1.º y 2.º lo siguiente:

Art. 1.º “Para aquellos contratos vigentes al 1.º de Mayo de 1990, que previeran la indexación de los montos de pago una vez transcurridos dos (2), tres (3) o más meses, y cuyo valor establecido en el instrumento contractual original correspondiente al mes de Mayo de 1990 hubiera sido igual al del mes o meses anteriores, se considerará como valor del mes de mayo, para la actualización por dólares, el que resulte de aplicar el último reajuste anterior a ese mes el proporcional de la actualización que hubiere correspondido entre ese mes y el de Mayo de 1990.

Art. 2.º El valor correspondiente al mes de Abril de 1991 será el menor entre el valor actualizado al mes de Mayo de 1990 obtenido según el procedimiento indicado en el artículo anterior y ajustado por el coeficiente de variación del dólar más el proporcional de hasta el doce por ciento (12%) anual y el que resulte según el contrato al mes de Abril de 1991.”

La ley tomando como modelo La Ley de Reforma Monetaria Alemana de 1948, el plan austral y planes similares que se instrumentalizaron en países vecinos⁶⁴, establece un sistema de desagio o desindexación para

64 Como en Brasil el Plan Cruzeiro. Véase al respecto Jansen, “A Reforma Monetária Cruzeiro”. *Revista de Informação Legislativa*, Março 1991, pp. 19 y ss.

determinadas obligaciones dinerarias⁶⁵. La redacción del art. 9.º ha generado múltiples dificultades interpretativas sobre todo para determinar cuáles son las relaciones jurídicas incluidas en la misma⁶⁶, y cómo se calcula el desagio dispuesto. Sin embargo, no existen dudas acerca de que mismo encuentra aplicación al contrato de locación en curso de ejecución. En cuanto al cálculo del desagio tanto el Decreto Reglamentario n.º 529 de 1991, cuanto comunicados y la Resolución 313/91 del Ministerio de Economía aclararon a través de sus disposiciones y tablas de coeficiente de ajuste para la desindexación de los alquileres, cómo debía procederse a la determinación del precio. La Resolución n.º 313/91 dispuso la duda que había surgido con relación a si debía tomarse el precio efectivamente pagado en Maio de 1990, o lo que resultaba más equitativo, tomar-se el precio que hubiese correspondido pagar en Maio de haberse actualizado en ese mes el valor de la locación, cuestión que quedó resuelto en este último sentido.

Dijimos que la Ley n.º 23.928 tomó como paradigma la Ley de Reforma Monetaria Alemana de 1948. En efecto, dicha ley quitó el curso legal al marco (Reich Mark) sustituyéndole por el marco alemán (Deutsche Mark). También estableció la conversión de las obligaciones monetarias constituidas antes del día fijado para la reforma del sistema monetario, esto es antes del 21 de Junio de 1948, expresadas en Reich Mark o que según los preceptos hasta entonces vigentes debían cumplirse en dicha moneda. La conversión o desagio se establecía en una proporción de 10 a 1 (§ 16, I). No obstante ciertas obligaciones expresadas en Reich Mark, tanto como los salarios, sueldos, alquileres, pensiones, rentas u otras prestaciones periódicas con vencimiento posterior al 20 de Junio de 1948, como así también las obligaciones surgidas de acuerdos entre socios, coherederos, cónyuges u otros se convertían en marcos en proporción de 1 a 1 (§ 18). Por último estableció que no eran convertibles y por lo tanto no realizables los créditos contra el Reich o el Partido Nacional Socialista de los Trabajadores y algunas otras instituciones y corporaciones públicas citadas en la ley (§ 14).

Tampoco eran convertibles, al igual que en nuestro país, las deudas de valor⁶⁷. Es así que no fueron sujetas a desagio las siguientes obligaciones: a) de pagar daños y perjuicios, aún cuando los mismos se tradujeran en una suma de dinero. b) La obligación de un heredero de pagar los bienes que correspondiesen a la porción legítima (§ 2316 BGB). c) Las obligaciones derivadas de enriquecimiento sin causa fueron tratadas por la jurisprudencia como obligaciones de dinero, cuando la suma a restituir se encontraba determinada al momento de dictarse la ley de desagio. Por

65 La desindexación se produce sobre la base de la cláusula dólar, lo que en materia de locaciones es criticable, pues dicha cláusula de actualización estaba prohibida por la Ley n.º 23.091.

66 Al respecto véase López de Zavalla, *ob. cit.*

67 Véase Larenz, *ob. cit.*, pp. 174-175.

lo tanto se pagaban a una equivalencia de 10 a 1. Si su determinación se había producido con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, se consideró que debían ser tomadas como una deuda de valor y por lo tanto no sujeta al mismo.

D. Conclusiones

La Ley n.º 23.928 introdujo importante reforma no sólo al sistema monetario, sino también en las relaciones contractuales particulares, y en especial en el contrato de locación. Ellas se traducen principalmente en la posibilidad de contratar en moneda extranjera, la prohibición de indexación, y en la desindexación de los arriendos. Estas modificaciones pueden afectar derechos de raigambre constitucional, por lo que no sería de extrañar que se formulen planteos destinados a obtener la declaración de inconstitucionalidad en casos concretos, a pesar de lo establecido en el art. 13 de la ley que establece que la misma es de orden público y que ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos. Por otro lado, es probable que a través de la aplicación de la desindexación el precio de algunas locaciones se torne excesivamente oneroso para el locador y se accione en virtud del art. 1.198 del C.C., pues la ley puede ser considerada como un hecho extraordinario e imprevisible⁶⁸. Ante esta situación hubiese sido conveniente que el legislador hubiera previsto la posibilidad de plantear judicialmente el reajuste, en caso de que el precio resultante fuera demasiado bajo y no hubiese acuerdo de partes.

Desde el punto de vista práctico la ley produjo la disminución de la oferta de inmuebles, ante la incertidumbre por parte de los locadores de los términos de la misma, de la suerte del plan de estabilización y del mercado inmobiliario en general. Del éxito del plan o de las decisiones judiciales que pudieran surgir reconociendo validez al precio de las locaciones en dólares puede ser que esta situación se revierta. No se nos escapa que si se reconoce el pacto en dólares puede ocurrir una corrida cambiaria que torne excesivamente oneroso el contrato, pues los sueldos e ingresos de la población en general no se fijan en aquella moneda. Sin embargo, el Código Civil a través del instituto de la imprevisión puede solucionar los casos que se presenten, pues evidentemente una corrida cambiaria y el fracaso de la ley de convertibilidad sería también un acontecimiento extraordinario e imprevisible. Ello sin dejar de apuntar que el locatario tendrá en sus manos el instituto de la rescisión unilateral del contrato previsto en la Ley n.º 23.091, que lo ayudará, sin embargo, a solucionar el problema contractual concreto mas no a resolver su problema habitacional.

68 Véase al respecto Mosset Iturraspe, *La Frustración del Contrato*, pp. 206 y ss.; López de Zavallía, ob. cit.; Los considerandos del Decreto Reglamentario n.º 529/91 manifiesta que la ley de convertibilidad constituye un acto soberano del Estado.

Considerações sobre o Direito Autoral Chinês

N. P. TEIXEIRA DOS SANTOS
Professor da UFRJ

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *A tradição chinesa.*
3. *No século XX.*
4. *Na República Popular da China: a Lei de 7 de setembro de 1990.*
5. *Conclusão.*

1 — *Introdução*

Tudo indica que o direito autoral brasileiro esteja desativado. Desde a grande reforma administrativa, quando o Governo Collor extinguiu o Ministério da Cultura, também desapareceu o Conselho Nacional de Direito Autoral. O CNDA foi criado pela Lei n.º 5.988, de 1973, e tinha suas atribuições bem definidas nos arts. 116 e seguintes. Suas vagas eram sucessivamente preenchidas por autênticos representantes dos autores e dos usuários de obras intelectuais, bem como pelos maiores autoralistas brasileiros. O CNDA vinha cumprindo sua missão com as limitações que um país continental e subdesenvolvido permite. Sua extinção, e o fato de estarmos vivos, não provam a sua ineficácia; provam o desconhecimento de um trabalho sério e sua contribuição para a história do nosso direito autoral. O vazio ora existente, este prova a incapacidade de se criar um organismo mais eficaz. Espera-se que Sérgio Paulo Rouanet, novo Secretário de Cultura, intelectual e oriundo da carreira diplomática, reconheça a importância dessa matéria e dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Zelar pelo fiel cumprimento das leis, tratados e convenções é a primeira atribuição do Conselho (art. 117, I).

Também a ausência de títulos nos catálogos de nossas editoras demonstra o grande desinteresse pelo direito autoral. A Revista dos Tribunais, que

sempre acrescentou à nossa bibliografia livros valiosos, deixou de fazê-lo. O Professor Antônio Chaves havia proposto um tratado em oito volumes; não passou do primeiro, publicado pela Forense. A corajosa segunda edição do nosso *A Fotografia e o Direito do Autor* (São Paulo, LEUD, 1990) não vende nem teve ressonância. É desalentador o silêncio existente.

O texto legal em vigor é de 1973, e há alguns anos já vem demonstrando cansaço. O Conselho, ainda sob a vice-presidência de Hildebrando Pontes Neto, provocou sua discussão oferecendo um anteprojeto em 1988. No Parlamento, o Deputado José Genoíno apresentou o Projeto de Lei n.º 2.148/89, que mereceu emenda da Deputada Bete Mendes, mas não prosperou. Por sua vez, o Senador Luís Viana ofereceu o Projeto de Lei n.º 249/89, que recebeu pareceres favoráveis mas teve sua discussão protelada.

Como entre nós nada mais aconteceu, vamos ver o que vem ocorrendo na China.

2 — *A tradição chinesa*

O vínculo existente entre o autor e sua obra encontra na China um reconhecimento secular.

No século IX (dinastia Tang) a reprodução indiscriminada de calendários e de retratos de Buda fez com que fosse “proibido imprimir calendários”. Graças à constante evolução tecnológica em matéria de reprodução, obteve-se no século X uma obra-prima gráfica em madeira, 9 *escritos*, que logo foi proibida de ser deformada ou mutilada. Essa noção de salvaguarda da integridade de uma obra sobreviveu na China durante séculos. No século XIII, dois textos jurídicos foram promulgados em consequência da publicação de quatro obras escritas por célebres letrados. O conteúdo desses dois textos é o seguinte:

- as quatro obras são frutos da criação dos autores, e qualquer pirataria é proibida;
- qualquer reprodução dessas obras é ilegal;
- a reprodução dessas obras com interesse material será objeto de processo e punida com destruição.¹

¹ Cfr. ZHANG, Lixin. “La législation du droit des oeuvres de l'esprit en République Populaire de Chine”. In: *Revue Internationale du droit d'Auteur*. Nº 147, jan. 1991, pp. 384-7.

3 — *No século XX*

A Lei de 1910 era correta e muito boa para seu tempo. Compreendia 55 artigos, protegia as obras literárias e artísticas, as brochuras, as obras de caligrafia, as fotografias, as esculturas e os modelos. Limitava a duração da proteção (vida do autor e mais 30 anos), exigia o registro da obra e protegia os direitos morais. Falava das limitações e das sanções aplicáveis em casos de violação.

Dois anos depois o regime Quing caiu, mas os textos de 1915 e 1928 foram fortemente influenciados pela lei anterior, e vigoraram até 1949, quando da fundação da República Popular da China. A Constituição chinesa sempre afirmou que o Estado encorajaria os cidadãos a criar obras que servissem aos interesses do país e da sociedade, contribuindo para o desenvolvimento cultural e científico. Aos cidadãos cabia o direito de serem remunerados por suas criações. Conforme as concepções ideológicas reinantes, o Estado oferecia às diversas categorias de autores empregos apropriados e salário fixo, aos quais se acrescentava uma remuneração a título de recompensa e complemento eqüitativo. Aos autores ainda eram oferecidos auxílios materiais, facilidades de transporte e de moradia para que melhor pudessem pesquisar e reunir material que permitisse suas criações. No curso da revolução cultural chinesa tal sistema nem sempre funcionou, até que foi suspenso por injunções políticas.

Em 1979 começa a obra de modernização do país. A fim de encorajar os novos criadores, vários regulamentos foram baixados num esforço de favorecer a pesquisa universitária, a tarefa dos tradutores e o aprimoramento das publicações. Em 3 de junho de 1980 a China se torna membro da *Organização Mundial da Propriedade Industrial*.

4 — *A Lei de 7 de setembro de 1990*

A Constituição da República Popular da China, adotada em 1982,² preocupou-se particularmente com as responsabilidades do Estado no desenvolvimento cultural (arts. 19 a 24), e o art. 47 garante ao cidadão a liberdade de produzir pesquisas científicas, exteriorizar criações literárias e artísticas, assim como outras atividades culturais. O direito civil reconheceu a

² Essa foi a última revisão. O texto básico é de 1954, e já tinha sido revisto em 1875 e 1978.

propriedade intelectual e a protegeu tanto nos seus aspectos morais como intelectuais.

No dia 1.º de junho de 1991 entrou em vigor uma nova lei sobre direitos autorais, lei que foi adotada em 7 de setembro de 1990 pelo Comitê Permanente da 7.ª Assembléia Popular Nacional, em sua 15.ª sessão. Tem início uma nova era da história do direito autoral chinês.

Assim diz o novo texto:

“Art. 1.º — A presente lei é redigida de acordo com a Constituição, com vistas a proteger os direitos dos autores, favorecer a criação e a difusão de obras literárias, artísticas e científicas, assim como os direitos conexos aos dos autores, favorecer a criação e a difusão de obras que possam contribuir para solidificar a civilização socialista no plano espiritual e material e promover o desenvolvimento da cultura e das ciências socialistas.”

A sua estrutura obedece ao modelo-padrão estabelecido pelas organizações internacionais. Mas com algumas peculiaridades que vale a pena anotar.

a) Vejamos a questão da titularidade, que é sempre uma questão disputada na doutrina. O art. 11 dispõe que “o autor de uma obra é o cidadão que a criou”, e “o direito de autor sobre uma obra pertence a seu autor”. No entanto, tendo em vista o sistema social da China, o direito autoral deve se estender não somente às pessoas físicas mas também às entidades; sendo ou não uma pessoa jurídica. Como diz SON MUWEN em artigo publicado em número recente da revista *Le Droit d’Auteur*:

“As criações de certos autores provêm de suas atividades habituais e profissionais nas entidades para as quais elas trabalham; elas dependem inteiramente das fontes econômicas e materiais dessas entidades. Além disso, as obras assim criadas refletem a vontade dessas entidades. Eis as razões pelas quais o art. 9.º dispõe que a expressão ‘titulares de direito autoral’ refere-se (independentemente dos autores) a outros cidadãos e entidades, sejam ou não pessoas jurídicas, e gozarão dos direitos autorais previstos na presente lei.”³

3 *Le Droit d’Auteur*, OMPI, févr. 1991, pp. 45-54.

O art. 11 acrescenta:

“Quando uma obra é criada por encomenda e sob a direção e responsabilidade de uma entidade, seja ou não pessoa jurídica, esta é considerada como o autor da obra.”

E se houve uma encomenda, o art. 17 esclarece:

“A titularidade de direito autoral sobre uma obra feita por encomenda provém do contrato estabelecido entre o autor e o encomendante. Na falta de contrato ou de estipulação explícita, o direito autoral pertence ao encomendante.”

b) Outra questão que merece ser sublinhada é a relação de obras protegidas, onde já se lêem os programas de computador (*softwares*), embora para estes a lei faça referência a um regulamento especial (art. 53). A relação é redigida com muito mais técnica e eficiência que o texto brasileiro. Como é correto, ela não exaure as possibilidades, é exemplificativa. Veja-se como é perfeita:

“Art. 3.º — Na presente lei o termo *obras* refere-se às obras literárias, artísticas, bem como às obras de ciências exatas e sociais, de engenharia e outras, expressas sob as seguintes formas: 1) obras escritas; 2) obras orais; 3) obras musicais, dramáticas, de *quyi*⁴ e coreográficas; 4) obras de belas-artes e obras fotográficas; 5) obras cinematográficas, televisivas e videográficas; 6) desenhos industriais, obras de estética industrial e suas descrições; 7) mapas, plantas e outras obras gráficas; 8) *softwares*; 9) outras obras previstas em leis e regulamentos administrativos.”

c) Generoso é o art. 12, que permite livremente a adaptação, tradução, anotação ou arranjo de uma obra preexistente, contanto que o exercício desse direito não prejudique o direito autoral contido na obra original. Parece, portanto, que independe de autorização, no que diverge do nosso texto (art. 30). Mas o art. 12 deve ser interpretado ao lado dos arts. 34 e 37, que exigem pagamento aos titulares do direito autoral sobre as obras originais. Enfim, os advogados chineses precisam viver.

d) A obra cinematográfica está protegida em seus diversos aspectos. Isso demonstra que ela existe, e nos deixa curiosos. Quando chegará a nós o cinema chinês?

⁴ *Quyi* designa uma representação tradicional que se assemelha às variedades.

e) A fixação do prazo de proteção da obra fotográfica sempre ocasiona um problema. Na lei brasileira ele foi estabelecido em 60 anos a partir de sua conclusão. Contra isso já nos manifestamos em obra publicada (*A Fotografia e o Direito do Autor*, antes mencionada). Primeiro porque ninguém sabe quando uma fotografia está concluída. E como elas não são datadas e nem é necessário o registro, como contar o prazo? Ora, os velhos fotógrafos poderão perder a propriedade de suas fotos de juventude, o que não é justo acontecer quando mais eles precisam de proteção. O direito chinês diz que o prazo expira em 31 de dezembro do quinquagésimo ano depois de sua primeira publicação; no entanto, "a obra que não for publicada nos 50 anos seguintes à sua criação, não será protegida" (art. 21). É difícil escolher a melhor regra.

f) Dirimir litígios por meio de arbitragem, antes de instaurar processos, é uma tradição chinesa cada vez mais apreciada.⁶ A nova lei não deixa de estimulá-la — ver arts. 48 e 49.

5 — Conclusão

O que se vê, é a China ingressando aos poucos no Ocidente. Obediente a um socialismo mitigado, a nova China vai se distanciando das posições radicais que há tão pouco tempo caracterizavam seu perfil de país onde a onipotência do Estado invadia qualquer tipo de propriedade. Onde a ideologia do Estado determinava o caráter da obra intelectual. Onde o artista devia estar a serviço do Estado, senhor do bem e do mal. O Mao-Tsé-Tung pertence agora a um passado tão remoto quanto o dos mandarins. Eis que os novos tempos devolvem ao autor uma velha e exclusiva propriedade: sobre sua obra intelectual, propriedade que vai durar a sua vida e da qual seus sucessores vão se beneficiar ainda por 50 anos. Dá voltas o mundo!

5 Comissão Popular de Mediação é o organismo encarregado de resolver conflitos que surjam nas massas populares. Seu caráter difere das repartições administrativas e dos órgãos judiciais. Não aplica medidas coercitivas, mas realiza um trabalho de mediação através do bom senso. Se as partes recusam o acordo, o caso é levado aos tribunais populares. Sua competência abrange causas civis de pequeno valor, e casos criminais leves. Uma vez concluída a mediação, lavra-se uma ata que fixa os termos do acordo e entrega-se uma cópia a cada parte. Em 1986 havia 858.000 comissões desse tipo em todo o país, ano em que 6.087.000 mediadores resolveram 7.307.600 conflitos. Assim foi que diminuiu consideravelmente o número de processos judiciais, e se trouxe grande benefício à população, que é de 147.404.375 habitantes (estat. de 1989).

Suíça: 700 Anos - Modelo de Federalismo e Democracia

RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA
Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito "Milton Campos". Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Jornalista

SUMÁRIO

1. *Introdução*. 2. *O Federalismo*. 2.1. *Os Cantões*. 2.2. *As Autoridades Federais*. 2.2.1. *A Assembléa Federal*. 2.2.2. *O Conselho Federal*. 2.2.3. *O Tribunal Federal*. 3. *A Democracia*. 4. *A Landsgemeinde*. 5. *Conclusão*. 6. *Bibliografia*.

1. *Introdução*

Há 700 anos atrás, tendo como cenário de fundo os picos nevados dos Alpes Centrais, refletidos nas águas azuis do Vierwaldstattersee, o Lago dos Quatro Cantões, os homens do Vale de Uri, a gente do Vale de Schwyz e a comunidade do vale inferior de Unterwalden firmavam, "em nome de Nosso Senhor", um pacto perpétuo de defesa mútua e não-agressão. Assim, no início do mês de agosto de 1291, em dia que, posteriormente, convencionou-se ser o *dia 1.º*, nascia a *Confédération Suisse*.

Daquela ano até 1815, através de guerras, revoluções, reformas e contra-reformas, outros pactos e novos tratados, o antigo território dos helvécios se foi transformando, qual colcha de retalhos, no território dos suíços, tendo, a Oeste, os Montes Juras e, a Leste, o Maciço Alpino. Entre eles, numa das paisagens mais belas do mundo, a *Mittelland*, fértil planície, limitada, ao Norte, pelo Lago Constança e, ao Sul pelo Lago de Lemán.

Palestra proferida, em Belo Horizonte, no dia 12-8-91, na abertura da exposição "Suíça Face a Face", integrante das comemorações dos 700 anos da Suíça.

Hoje, com seus 20 cantões e 6 semicantões, organizados sob uma Constituição Federal, datada *originariamente* de 1848, a Nação Suíça, bem estruturada num verdadeiro Estado de Direito, apresenta-se aos mestres e estudiosos do Direito Constitucional Comparado e da Teoria Geral do Estado como um vasto e notável campo de pesquisas.

Embora não seja a *criadora* das duas instituições, a Suíça é um exemplo perfeito de Federalismo e de Democracia. Ao lado do progresso industrial, do desenvolvimento tecnológico e da modelar economia, os suíços aperfeiçoaram ao máximo a forma de Estado inventada pelos norte-americanos em 1787, com base sobretudo nos escritos dos “federalistas” HAMILTON, MADISON e JAY, e a forma de Governo de que já falava Aristóteles, há cerca de 300 anos antes de Cristo.

2. O Federalismo

Há sete séculos atrás, conforme já referido, a Suíça nascia como uma *Confederação*, eis que formada, através de pactos, pela união de cantões que, embora unidos, conservavam suas soberanias individuais e suas constituições próprias. E como tal, até o fim do século XVIII o país dos helvécios “era um estranho amálgama de pequenos Estados”, como relata AUBERT, em sua magnífica *Petite Histoire Constitutionnelle de la Suisse*.

Em 1798, tentou-se a criação de um Estado Unitário com a promulgação da “Constituição da República Helvética”, de 12 de abril, transformando-se os cantões em departamentos administrativos, à maneira da França. Justamente por ter sido imposta por influência dos franceses e por querer implantar uma centralização política que chocava os sentimentos cantonais de independência, tal experiência levou os suíços a “*temps de souffrance et d’humiliation*” (AUBERT, *ob. cit.*).

Iniciada em 1882, como uma forma intermediária entre a Confederação — que mantinha os cantões soberanos — e Unitarismo — que submetia os mesmos cantões a um governo central — a “federalização” da Suíça iria se concretizar definitivamente em 1848, com a Constituição de 12 de setembro. Aí, então, à maneira americana, os cantões cederam sua soberania à União, conservando para si autonomia política e administrativa.

Embora continuando a se chamar “*Confédération Suisse*”, o país passou a ser uma verdadeira “*federação*”. A manutenção do nome antigo se explica, segundo ANTOINE FAVRE, em seu clássico *Droit Constitutionnel Suisse*. “*par les habitudes du langage, et aussi par le souci de respecter une*

tradition et de manifester à l'égard de l'étranger la continuité de la vie juridique du pays”.

Revista inteiramente em 29 de maio de 1874 e emendada em várias ocasiões posteriores, até 1985, a atual “Constituição Federal da Confederação Suíça” adota evidentemente, a separação montesquiana dos órgãos do Poder, estruturando, assim, o Estado helvético, em dois planos harmônicos de governo: o federal e o cantonal.

2.1. Os Cantões

O artigo 1.º enumera os Estados-Membros da Federação. São os cantões de Zurique, Berna, Lucerna, Uri, Schwyz, Glaris, Zoug, Fribourg, Soleure, Schaffhouse, Saint-Gall, Grisons, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève e Jura e os semicantões de Haut-Unterwald, Bas-Unterwald, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Appenzell-Rhodes-Extérieures, Appenzell-Rhodes-Intérieures.

O artigo 3.º, embora usando o antigo termo “soberania”, na verdade confere “autonomia política e administrativa” aos cantões, ao estabelecer que eles “são soberanos na medida em que sua soberania não seja limitada pela Constituição Federal, e, como tal, exercem todos os direitos que não sejam reservados ao poder federal”.

O artigo 8.º ratifica a forma federativa de Estado, ao dizer que “somente a Confederação tem o direito de declarar a guerra e concluir a paz”, assim como o de fazer, com Estados estrangeiros, alianças e tratados, nomeadamente alianças aduaneiras e de comércio.

A mesma característica federativa contém o artigo 9.º ao declarar que “excepcionalmente os cantões conservam o direito de concluir, com Estados estrangeiros, tratados sobre assuntos relativos à economia pública e a relações de vizinhança e de política; no entanto, esses tratados não devem conter nada que seja contrário à Confederação ou aos direitos de outros cantões.”

OSWALD SIGG, em sua didática obra *As Instituições Políticas da Suíça*, explica:

“Os cantões suíços não são meras circunscrições administrativas e, sim, verdadeiros pequenos Estados autônomos que, juntos formam a Confederação Helvética. Esse anseio de manter a autonomia cantonal se chama *federalismo*. É o princípio básico da vida política suíça e influi de maneira considerável na repartição das atribuições estatais entre a Confederação e os cantões.”

2.2. As Autoridades Federais

Dos artigos 71 ao 114, a Constituição Suíça cuida das três grandes autoridades federais: a *Assembléia Federal*, *Conselho Federal* e o *Tribunal Federal*.

2.2.1. A Assembléia Federal

A Suíça tem na Assembléia Federal o órgão supremo político-legislativo da União. Duas câmaras compõem tal Assembléia: o *Conselho Nacional* e o *Conselho dos Estados*.

O primeiro é, sem dúvida, a Câmara Baixa, sendo "composto por 200 deputados do povo suíço" (art. 72 da Constituição), eleitos por sufrágio direto e proporcional à população dos cantões, por uma legislatura de quatro anos.

A Câmara Alta, com 46 componentes, representa, em número fixo e igualitário, as unidades da Federação. Cada cantão nomeia dois deputados e cada semicantão nomeia um. O sistema legislativo suíço é, portanto, na União, puramente "bicameral federal", pois não há diferença de idade mínima exigida para os candidatos às duas câmaras. (Como ocorre, por exemplo, no Brasil, onde o sistema é bicameral federal *conservador*, justificando a existência de uma Câmara Alta chamada Senado).

Além das atribuições legislativas, o Parlamento suíço tem a importante atribuição política de formar o "Governo" Federal, eleger os membros do Tribunal Federal e nomear o General do Exército (somente em época de guerra, já que durante a paz, não há generais na Suíça...).

Uma curiosidade da Federação suíça: os deputados da Câmara Baixa são pagos pelos cofres da União e os deputados da Câmara Alta recebem de seus próprios cantões. Isso para bem caracterizar a representação cantonal.

2.2.2. O Conselho Federal

A Constituição da Suíça estabelece no artigo 95 que a suprema autoridade diretorial e executiva é exercida por um Conselho Federal, composto de sete membros. Os membros de tal Conselho são designados para quatro anos de governo pela Assembléia Federal. Não há chefe de governo na Suíça, pois a administração (a função executiva) é exercida em conjunto pelo Conselho Federal, um órgão colegiado.

A fim de exercer as funções de Chefe de Estado, mormente no papel protocolar de representante da nação e na função prática de presidir as reuniões do Conselho, a mesma Assembléia escolhe um dos conselheiros para ocupar, por um ano, o cargo de "Presidente da Confederação".

Os Conselheiros Federais são, ao mesmo tempo, e com muita importância, os Chefes dos Departamentos do Executivo (comparáveis aos nossos Ministérios). Estes são os departamentos do Governo suíço, que, por serem somente *sete*, equivalem a "superministérios":

a) *Departamento de Relações Exteriores*: política exterior, direito internacional, planejamento e desenvolvimento, ajuda humanitária.

b) *Departamento do Interior*: determinadas tarefas culturais a cargo da União, escolas politécnicas federais, meteorologia, obras públicas, florestas, saúde, seguros sociais, proteção ao meio-ambiente, estatística, cultura e ciência.

c) *Departamento de Justiça e Polícia*: justiça, polícia, controle de estrangeiros, advocacia federal, seguros, registro de patentes, proteção civil, fomento dos recursos do país.

d) *Departamento Militar*: defesa nacional.

e) *Departamento de Finanças*: finanças federais, funcionalismo federal, tributos, alfândega, álcool, cereais, pesos e medidas.

f) *Departamento de Economia Pública*: economia exterior, indústria, artes e ofícios, trabalho, agricultura e pecuária, questões conjunturais, previsão econômica para época de guerra, habitação.

g) *Departamento de Transportes, Comunicações e Energia*: transportes, aviação civil, águas, energia, ferrovias federais, correios, telefones e telegrafo.

Vê-se que o sistema de governo dos helvécios é mesmo *sui generis*, não podendo ser enquadrado no presidencialismo, no parlamentarismo ou no semipresidencialismo.

2.2.3. O Tribunal Federal

A Constituição Suíça, no art. 64, n.º 3, determina, que "a organização judiciária, o processo e a administração da justiça continuam a pertencer aos cantões tal como anteriormente".

Porém o art. 106 estabelece que o órgão judiciário mais alto da Suíça é o *Tribunal Federal*, com sede em Lausanne. OSWALD SIGG (ob. cit.) explica “que o fato de Lausanne ter sido escolhida, em 1874, como sede do Tribunal Federal não se deve ao acaso e, sim, à intenção clara de se deixar patente, inclusive geograficamente, sua independência com relação aos órgãos sediados em Berna, o Governo e o Parlamento. De outro lado, se quis atribuir à Suíça francesa um elemento importante do Estado, para cimentar desta maneira a aliança federal com as regiões de minorias linguísticas”.

O art. 107, n.º 1, estatui que os 30 juízes do Tribunal Federal e os seus 15 suplentes são designados pela Assembléia Federal, a qual cuidará para que nele estejam representadas as três línguas oficiais da Confederação.

[Segundo o art. 116 da Constituição, as línguas *nacionais* da Suíça são o alemão (falado por 65% da população), o francês (18%), o italiano (10%) e o rético ou romanche (1%) e que as línguas *oficiais* são o alemão, o francês e o italiano.]

Uma lei federal determina que os componentes do Tribunal Federal são escolhidos para um mandato de seis anos (podendo ser reconduzidos), durante os quais não poderão ocupar outro cargo público (federal ou cantonal) ou exercer qualquer profissão.

As principais competências do Tribunal Federal, evidenciando muito bem a sua natureza nacional, são conhecer e julgar os litígios:

a) entre a Confederação e os cantões;

b) entre a Confederação, por um lado, e corporações ou particulares, pelo outro lado, quando essas corporações ou particulares forem os queixosos e quando o litígio atingir o alcance determinado pela legislação federal;

c) entre cantões;

d) entre cantões, por um lado, e corporações ou particulares, pelo outro lado, quando uma das partes o requerer e o litígio atingir o alcance determinado pela legislação federal.

PIER FELICE BARCHI, em *Les Institutions Politiques* (da série “A La Rencontre de la Suisse”) destaca a grande importância do Tribunal Federal na garantia da aplicação uniforme do direito nacional, principalmente

se se levar em conta que o direito substantivo suíço é federal, mas o direito processual é cantonal, variando bastante de cantão para cantão.

3. A Democracia

Dentro da classificação tradicional das formas de Governo, podemos dizer, sem sombra de dúvida, que a Suíça é uma *república democrática indireta ou representativa*, eis que o povo helvético participa efetivamente das decisões dos três órgãos do poder estatal através de seus representantes eleitos pelo voto direto, como no caso da Assembléia Federal, ou pelo voto indireto, como acontece no Conselho Federal e até mesmo no Tribunal Federal.

Em se tratando do Conselho Federal (o órgão executivo colegiado já referido), vale a pena mencionar, o *interessante sistema adotado informalmente* em sua composição, a fim de que a democracia se torne ainda mais evidente. Desde 1959, ali se consagra a “fórmula mágica”, que consiste em distribuir suas sete cadeiras pelos quatro partidos políticos mais importantes no cenário nacional: duas para os *radicais democratas*, duas para os *democratas cristãos*, duas para os *socialistas* e uma para os *democratas de centro*. Conforme alerta DIETER FAHRNI, em sua *História da Suíça*, tal sistema permite que 80% dos eleitores estejam representados no governo. Ainda informalmente, procura-se distribuir as cadeiras por representantes das quatro línguas nacionais e evita-se que um mesmo cantão tenha mais de um conselheiro.

Todavia, na Suíça, a democracia se faz ainda mais patente na *iniciativa popular* e no *referendum*, nobres institutos da democracia semidireta ali adotados com salutar freqüência.

Pela *iniciativa popular* (também chamada petição popular ou iniciativa constitucional), cem mil cidadãos suíços, no mínimo, podem propor, através de abaixo-assinado, colhido no prazo máximo de 18 meses, uma emenda constitucional à Assembléia, que pede parecer do Conselho Federal. Com parecer favorável ou contrário do conselho, o projeto será submetido à votação da Assembléia. Com votação favorável ou contrária da Assembléia, ainda terá a proposta de emenda que ser submetida a votação popular e a aprovação das assembleias dos cantões.

Pelo *referendum*, o povo sanciona ou veta uma legislação já elaborada pela Assembléia Federal. Segundo os autores suíços, ali se adotam dois

tipos de *referendum*: o obrigatório e o facultativo. No primeiro caso, a própria lei, em virtude da gravidade do assunto por ela tratado, contém cláusula que condiciona a sua vigência à resposta afirmativa na consulta popular. Já o *referendum* facultativo é pedido pelo povo no período de *vacatio legis*. A Assembléia pode ou não aceitar o pedido e realizar ou não a consulta. Não realizada, a lei entra em vigor no prazo determinado. Realizada a consulta com resposta afirmativa, obviamente que a lei entra em vigor no prazo marcado. Negativa a resposta ao *referendum*, consubstancia-se o "veto popular indireto".

4. A *Landsgemeinde*

Mas, sem dúvida, que, entre o elenco das instituições suíças evidenciadoras da *democracia*, nenhuma é tão interessante como a *Landsgemeinde*, que, segundo PETER DÜRRENMATT, não é apenas um "folclore" político e, sim, a última manifestação viva e autêntica, no mundo, da *democracia direta*. "A forma perfeita do exercício da soberania popular", como a considerava JEAN-JACQUES ROUSSEAU, o notável "citoyen de Genève".

No cantão de Glaris e nos quatro semicantões de Unterwalden e Appenzell, no fim de abril ou começo de maio, quando a primavera distribui cores na paisagem alpina, realiza-se solenemente a *Landsgemeinde*. Os cidadãos dessas comunidades montanhesas, reúnem-se ao ar livre, numa praça circular, o "Ring", para num simples e, ao mesmo tempo, tão soberano, levantar de mão, eleger ou confirmar suas autoridades, como o "Landammann" (governador do cantão), os principais funcionários públicos, os legisladores cantonais e os juízes, e ainda para aceitar ou rejeitar nova legislação ou para discutir os assuntos principais do cantão.

A *Landsgemeinde* é mais velha que a própria Confederação, pois, de acordo com HANS TSCHANI, em seu *Profil de la Suisse*, os homens que concluíram há 700 anos, em 1291, a Aliança Perpétua, certamente ratificaram o seu pacto por uma dessas assembléias populares.

Não há regulamentos escritos para as *Landsgemeinden*. A tradição, consubstanciada em antigos usos e costumes, dirige o espetáculo. Antigamente permitida só aos homens, pouco a pouco a *Landsgemeinde* foi sendo aberta às mulheres.

E esse talvez seja o único ponto em que a democracia helvética merece reparo: a inexplicável dificuldade que as mulheres suíças têm tido

para verem seus direitos reconhecidos em pé de igualdade com os homens. No plano federal, a isonomia já foi conquistada plenamente, é verdade. Mas em alguns cantões e pequenas comunidades, ainda há certa resistência.

O processo da Landsgemeinde divide-se em duas partes: o desfile de abertura e as deliberações do "ring". As autoridades cantonais tomam parte na "procissão" inicial, acompanhadas por destacamentos militares. Em Appenzell, o encontro é aberto com o canto solene da "Ode à Dieu":

"Près de moi je sens Ta main.

Tu me gardes dans mes luttés,

me relèves quand je bute,

Tu me montres le chemin."

É um engano pensar-se que, conservada em apenas cinco *Estados suíços*, com um número de habitantes relativamente pequeno, e também, em pequeninas aldeias, a Landsgemeinde seja própria de populações menos *adiantadas*. O *cantão de Glaris*, para citar um deles, é uma das regiões mais industrializadas da Suíça, e foi ali que, em 1864, a Landsgemeinde votou a primeira lei de proteção ao trabalho em todo o continente europeu. O fato de que essas reuniões sejam realizadas com uma grande dose de cerimônia, atraindo turistas e visitantes de todo o mundo, pode também nos levar à conclusão errônea de que elas constituem um simples "festival" político.

Na verdade, apesar de substituída pelas urnas nos demais cantões suíços, a Landsgemeinde impressiona pelo ar de seriedade que dela emana. Em nossos dias, conforme muito bem diz PETER DÜRRENMATT (ob. cit.), quando o Estado é ameaçado pelo anonimato (mesmo numa república federal como a Suíça, com suas manifestações de democracia indireta e semidireta), já que ele é visível ao cidadão através de formulários, balcões, guichês (e das abomináveis filas), é muito importante que, uma vez por ano, ele se apresente vivo, na procissão das autoridades e na cerimônia do "ring" e que o indivíduo, verdadeiro soberano, possa expressar sua opinião e eleger seus líderes, levantando a mão entre seus iguais.

5 Conclusão

Os suíços questionam a si próprios: — "Como é que os outros nos vêem? Seremos só conhecidos pelos Alpes, pelo queijo suíço e pelo choco-

late? Pelos nossos precisos relógios e maquinária suíça? Ou pelos bancos que atraem o capital de todo o mundo?"

Pode ser até verdade que muitas pessoas só conheçam a Suíça pelos fatores turísticos, industriais e financeiros acima mencionados.

Mas também é verdade que todos aqueles, mestres e alunos, praticantes ou teóricos, que se dedicam ao estudo da História, do Direito Constitucional e da Ciência Política, sabem muito bem que, ao lado das maravilhas oferecidas pelo país, a Suíça, como *Estado*, é um perfeito laboratório onde o federalismo e a democracia, levados a sério, foram capazes de fazer com que pessoas falando línguas diferentes, professando religiões diversas, conservando costumes variados, se tornassem uma população homogênea, no sentido de formarem uma nação e um povo, que, sobretudo, ama a liberdade, tão bem simbolizada pela figura lendária de GUILHERME TELL.

6. *Bibliografia*

- AUBERT, J. F. *Petite histoire constitutionnelle de la Suisse*. Berne, Franche Éditions, 1974.
- BARCHI, Pler Felice. Les institutions politiques. In: *A La rencontre de la Suisse*. Lausanne, Office suisse d'expansion commerciale, 1982.
- CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. V. 1. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1977.
- DÜRENMATT, Peter. The Landsgemeinde: more than political folklore. *Gazette*, revista mensal da Swissair, jul./77.
- FAHRNI, Dieter. *Historia de Suíza*. Zurich, Pro Helvetia, 1983.
- FAVRE, Antoine. *Droit constitutionnel suisse*. 2ª ed. Fribourg, Éditions Universitaires, 1970.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Dez dias na Suíça*. Belo Horizonte: Liv. Montezuma, 1977.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. Belo Horizonte: Liv. Del Rey, 1985.
- SIGG, Oswald. *Las instituciones políticas de Suíza*. Zurich, Pro Helvetia, 1983.
- SUIÇA (Constituição). Constituição da Confederação Suíça. In BRASIL. Senado Federal. *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Brasília, 1987.
- TSCHANI, Hans. *Profil de la Suisse*. Lausanne, Spes, 1972.

O Centenário da Faculdade de Direito de Belo Horizonte

SILVEIRA NETO

Professor de Teoria Geral do Estado da
Faculdade de Direito da UFMG. Jornalista.
Doutor em Direito

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Instituição republicana.* 3. *Fundação da Faculdade.* 4. *A Faculdade funciona.* 5. *O apoio oficial.* 6. *Contribuição popular.*

1. *Introdução*

O ano de 1992 marca um importante acontecimento da História cultural de Minas: o centenário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

A importância da Casa de Afonso Pena, como é comumente chamada, não se mede apenas pelos fatos que nela têm ocorrido, em sua atuação interna, desde 1892, mas, sobretudo, pela sua inserção nos maiores acontecimentos da História Mineira.

A fundação da Faculdade não foi um fato isolado: fez parte de um contexto político bem definido — a consolidação da Primeira República em Minas. Os fundadores eram elementos de elite, faziam parte da velha aristocracia de origem rural. Formados nas Faculdades de Direito e Medicina do Rio e São Paulo, eram homens cultos, versados em autores estrangeiros, cujas idéias muitos deles procuraram transplantar para as nossas Alterosas. O Congresso Constituinte de 1891, de que resultou a nossa primeira Constituição republicana, mostra tendências avançadas no campo do Direito Político. Olinto de Magalhães, constituinte, propôs que Minas fosse dividida, como a Suíça, em cantões independentes: seria a União Cantonal

Mineira. Há cem anos, também propôs que aqui vigorasse o *referendum* ou plebiscito, o que só foi acolhido recentemente, na Constituição de 1988. O Deputado Arthur Itabirano também queria o *referendum* e o chamado mandato imperativo, como funcionou até a Revolução Francesa.

Havia idéias progressistas e avançadas, mas prevaleceu o sentido pragmático e o bom senso de Afonso Pena, elemento moderador, que conseguiu evitar a maioria dos exageros dos constituintes de 1891.

A Faculdade surgiu da iniciativa e do idealismo dessa elite mineira. Entretanto, contou com o apoio do povo das cidades e de todo o interior.

Na época, a Faculdade simbolizava a libertação cultural de Minas, que dependera, até então, dos bacharéis formados em São Paulo para ocupar os pontos de comando da política mineira.

2. *Instituição republicana*

Alguns líderes, como o próprio Afonso Pena, tinham sido monarquistas convictos, mas eram homens práticos e sabiam que a república era fato consumado. Não adiantava ter saudosismo. Importante era consolidar a república. A verdade é que essa elite tratou de adaptar a nova forma de governo à realidade mineira.

Minas precisava de bacharéis em direito. Precisava de juizes, de promotores, para as comarcas. Na época, pontificavam, pela sua influência junto ao povo, os médicos e os bacharéis em direito. Estes, de modo geral, estudavam na Faculdade de Direito de São Paulo.

Com a nossa independência, em 1822, os políticos sentiram a necessidade dos bacharéis. Três anos após a Constituição do Império, em 1824, criaram-se as duas primeiras Faculdades de Direito do país, a de Olinda e a de São Paulo. Era preciso consolidar o novo Estado, organizar o seu Governo, as suas instituições políticas, a sua administração; foi, sobretudo, o homem do direito o responsável por essa função.

Em Minas, com a república, o bacharel em direito teve função similar. Assim como o jurista organizou o Estado brasileiro, no século passado, também desempenhou o mesmo papel na organização da república em Minas. E o fez com senso prático, embora com algumas experiências que não deram certo, em vista da transplantação de instituições avançadas, inspiradas nos Estados Unidos e na Europa.

Minas foi um Estado Federal em miniatura, em vista da estrutura que lhe deu a Constituição de 1891.

Houve uma descentralização, pelo menos sob o aspecto formal, da organização político-administrativa. O municipalismo foi a tônica; não houve

apenas a autonomia do município, mas do próprio distrito; Minas foi um Estado distritalista.¹

Para criar a República Mineira, precisava-se também de instrumentos adequados: a fundação da Faculdade de Direito, em 1892, foi um deles; em 1898, a criação do Partido Republicano Mineiro, o P.R.M.²

5. *Fundação da Faculdade*

Começou com uma reunião na residência do senador estadual Levindo Lopes, presidida por Afonso Pena, em 11 de maio de 1892. Foi um trabalho demorado, que culminou em 10 de dezembro do mesmo ano, com a instalação oficial, em Ouro Preto. Não era uma instituição oficial, mas uma Faculdade Livre de Direito, criada embora pelos homens mais importantes da política mineira.

A essa primeira reunião de 11 de maio compareceram Gonçalves Chaves, Francisco Veiga, Melo Franco, Borja de Almeida, Donato da Fonseca, Afonso Arinos, Rebelo Horta, Arnaldo de Oliveira e Camilo de Brito. Apesar de não estarem presentes à reunião, outros cidadãos eminentes se comprometeram a colaborar na fundação e funcionamento da Escola.

Era importante a organização de um patrimônio da Faculdade e se criou uma Comissão, integrada por Camilo de Brito e Borja de Almeida.

A Comissão dos Estatutos foi constituída por Francisco Veiga, Arnaldo de Oliveira e Afonso Arinos.

Através do *Minas Gerais*, o órgão oficial do Governo do Estado, podemos acompanhar a fundação da Faculdade. Noticiou o fato com destaque e frisou:

“Felicitemos aqueles distintos cavalheiros pelo intento louvável e patriótico que revelaram na iniciativa da fundação de um curso dessa natureza em Minas, onde por tantos motivos se faz necessário para nossos jovens patricios, que em grande número procuram outros Estados da República, a fim de se habilitarem no importantíssimo ramo de conhecimentos das ciências sociais e jurídicas.”³

1 Sobre o assunto, vide o nosso ensaio *Instituições Republicanas Mineiras*, 1978, Editora LEMT.

2 Entre outras fontes sobre a História da Faculdade de Direito, citamos: *Memória Histórica*, Revista da Faculdade de Direito, Ano X, 1958/59; *Dados para uma História da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Misabel de Abreu Machado Derzi, Vol. I, 1978.

3 *Minas Gerais*, 13-5-1892, nº 21.

Numa reunião de 4 de dezembro, tudo pronto para a instalação da Faculdade, ficou decidido que a mesma seria a 10 seguinte.

O corpo docente, com as respectivas disciplinas, ficou assim formado:

Filosofia e História do Direito — Augusto de Lima.

Direito Público e Constitucional — Sabino Barroso.

Direito Romano — Rebelo Horta.

Direito Civil — (1.^a e 2.^a cadeiras) — Antônio Gonçalves Chaves e Melo Franco.

Direito Comercial — (1.^a e 2.^a cadeiras) — Donato Fonseca e Henrique Sales.

Direito Criminal — Afonso Pena.

Medicina Legal — Silviano Brandão.

História do Direito Nacional — Camilo de Brito.

Processo Civil, Criminal e Comercial — Levindo Lopes.

Tratado das Gentes, Diplomacia e História dos Tratados — João Pinheiro.

Noções de Economia Política e Direito Administrativo — Francisco Veiga.

Ciência das Finanças e Contabilidade — Afonso Pena.

Legislação Comparada sobre Direito Privado — Antônio Pádua Rezende.

Hermenêutica Jurídica e Prática Forense — Souza Jiquiriçá.⁴

Foi um dia de festa em Ouro Preto, com concerto musical, baile e iluminação das casas.

Segundo o órgão oficial, cerca de cem pares festejaram o nascimento da Faculdade, em animado baile.

“Desde o saguão da entrada, onde duas excelentes bandas de música tocavam no começo da noite, notava-se o capricho e bom gosto que presidiu à ornamentação; profusão de luzes, de flores, de folhagens, davam ao prédio um ótimo aspecto.”⁴

As festas de instalação da Faculdade Livre de Direito, em Ouro Preto, em 10 de dezembro de 1892, marcaram um momento de glória na História de Minas.

⁴ Minas Gerais, de 10 e 12-12-1892.

4. *A Faculdade funciona*

A Faculdade não tinha prédio próprio. Isso não impediu o seu imediato funcionamento, a partir de 1893. O governo cedeu o prédio da Faculdade de Farmácia para sede provisória; foi nesse prédio, também, que se realizaram as sessões da Assembléia Constituinte de 1891.

Em janeiro de 1893, o *Minas Gerais* publicou o seguinte edital:

"Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais. As inscrições para as matrículas nesta Faculdade acham-se abertas desde 2 de janeiro até 2 de fevereiro próximo, começando neste último dia o funcionamento das aulas.

Os preparatórios exigidos são os mesmos instituídos para a admissão das faculdades oficiais.

O aluno pagará a taxa fixa de duzentos e cinquenta mil réis para o curso de cada série, sendo o pagamento feito em duas épocas — por ocasião da matrícula e por ocasião de efetuar os respectivos exames.

No curso de notariado, a taxa dos exames será de cinquenta mil réis.

A taxa a pagar pela matrícula de uma ou duas matérias de diferentes séries é proporcional à taxa fixada para cada série; a taxa correspondente a mais de duas matérias de diferentes séries é a mesma que a da matrícula e inscrição de qualquer série completa.

Secretaria de Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais, aos dois de janeiro de 1893.

O secretário,

Afranio de Melo Franco."

O horário provisório das aulas foi publicado em fins de fevereiro. A Faculdade começava a funcionar.

5. *O apoio oficial*

Embora a Faculdade tenha sido fundada como uma entidade privada, contou, de imediato, com o apoio oficial, em vista da atuação dos seus fundadores, homens do governo, a começar por Afonso Pena.

Em 22 de julho de 1893, Afonso Pena, então Presidente do Estado, sancionou a Lei n.º 62, que concedia à Faculdade uma subvenção anual de setenta contos de réis, quantia significativa para a época. Entre as condições para uso dessa verba, exigia-se que só podia ser recebida se a Escola continuasse como Faculdade livre; também poderia o Presidente do Estado fazer sindicância para a correta aplicação desse auxílio.

O exemplo do governo estadual foi seguido por inúmeras Câmaras Municipais, que votaram verbas para a formação do patrimônio da Faculdade. Antes mesmo da instalação da Escola, em setembro de 92, a Câmara Municipal de Ouro Preto contribuiu com a importância de um conto de réis. Nos anos seguintes, outras Câmaras fizeram o mesmo. Com isso, após alguns anos, depois de se transferir para Belo Horizonte, a nova Capital, a Faculdade de Direito contava com razoável patrimônio privado, o qual foi respeitado por ocasião de federalização da Universidade.

6. Contribuição popular

A Faculdade de Direito empolgou os mineiros. Ao apelo dos fundadores, acudiu a contribuição popular, oriunda de todas as regiões do Estado. As importâncias vinham das cidades grandes e dos lugarejos, e até mesmo do Rio. O *Minas Gerais*, de 1893, publicava, constantemente, as listas de contribuintes; não eram apenas pessoas gradas, mas cidadãos humildes, em suas limitadas condições financeiras, também levaram a sua cooperação.

A cidade de Januária, sob a liderança do comendador Lindolfo Caetano, fez uma subscrição, tendo resultado uma contribuição de quase seiscentos mil réis, só a Câmara Municipal forneceu duzentos mil réis.

Em São Domingos do Prata, o juiz e o promotor fizeram um movimento e conseguiram a contribuição de quatrocentos e nove mil réis.

Da histórica cidade de Paracatu veio a importância de um conto de réis.

Seria longo falar de todas as contribuições vindas do interior de Minas. Mostram, simplesmente, o apoio do povo ao empreendimento. Os mineiros compreenderam que Minas precisava de uma Faculdade para formar bacharéis mineiros para cuidar dos interesses do Estado. Doravante, os jovens vocacionados para o Direito não precisavam mais deslocar-se para São Paulo para conseguir o seu diploma.

Um século da Faculdade de Direito muito representa na História Republicana de Minas; a data do seu centenário, através de análises e pesquisas sobre a sua existência, servirá para situá-la como uma das mais importantes instituições jurídicas do País.

Lei Portuguesa Sobre Autonomia das Universidades

LEI N.º 108/88, DE 24 DE SETEMBRO

Autonomia das universidades

A Assembleia da República decreta, nos termos dos artigos 164.º, alínea d), 167.º, alínea e), e 169.º n.º 2, da Constituição, o seguinte:

ARTIGO 1.º

Missão da universidade

1 — As universidades são centros de criação, transmissão e difusão da cultura, da ciência e da tecnologia, que, através da articulação do estudo, da docência e da investigação, se integram na vida da sociedade.

2 — São fins das universidades:

- a) a formação humana, cultural, científica e técnica;
- b) a realização de investigação fundamental e aplicada;
- c) a prestação de serviços à comunidade, numa perspectiva de valorização recíproca;
- d) o intercâmbio cultural, científico e técnico com instituições congêneres nacionais e estrangeiras;
- e) a contribuição, no seu âmbito de actividade, para a co-
operação internacional e para a aproximação entre os povos, com especial destaque para os países de expressão oficial portuguesa e os países europeus.

3 — Às universidades compete a concessão de graus e títulos académicos e honoríficos, de outros certificados e diplomas, bem como a concessão de equivalência e o reconhecimento de graus e habilitações académicos.

ARTIGO 2.º

Democraciedade e participação

As universidades devem garantir a liberdade de criação científica, cultural e tecnológica, assegurar a pluralidade e livre expressão de orientações e opiniões, promover a participação de todos os corpos universitários na vida académica comum e assegurar métodos de gestão democrática.

ARTIGO 3.º

Natureza jurídica da universidade

1 — As universidades são pessoas colectivas de direito público e gozam de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa, financeira e disciplinar.

2 — A cada universidade é reconhecido o direito de elaborar os seus estatutos, com observância do disposto na presente lei e demais legislação aplicável.

3 — Os estatutos referidos no número anterior são homologados, no prazo de 60 dias, por despacho do membro do Governo com tutela sobre o sector da educação e publicado no *Diário da República*.

4 — A recusa da homologação dos estatutos só pode fundar-se na inobservância da Constituição ou das leis, ou na inconformidade do processo da sua elaboração com o disposto na presente lei.

5 — Decorrido o prazo previsto no n.º 3, o reitor, ouvido o senado universitário, manda publicar os estatutos no *Diário da República*.

6 — As unidades orgânicas gozam também de autonomia científica, pedagógica, administrativa e financeira, nos termos dos estatutos da respectiva universidade.

7 — Aos estabelecimentos de ensino superior universitário não integrados em universidades aplicam-se os princípios e as regras de autonomia consagrados na presente lei e relativos às faculdades e estabelecimentos equivalentes.

8 — Os estatutos dos estabelecimentos referidos no número anterior carecem de aprovação ministerial, devendo adaptar às suas condições específicas as normas gerais definidas na presente lei, nomeadamente as relativas aos órgãos de governo da universidade e as que dizem respeito à concessão de título e graus.

ARTIGO 4.º

Enquadramento institucional

1 — As universidades devem colaborar na formulação, pelo Estado, das políticas nacionais de educação, ciência e cultura, pronunciando-se

designadamente através do Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas, sobre os projetos legislativos que lhes digam directamente respeito.

2 — O Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas assegura a coordenação e a representação global das universidades, sem prejuízo da autonomia de cada uma delas.

3 — As universidades ou as unidades orgânicas podem associar-se para uma melhor prossecução das suas actividades.

4 — As universidades são cuidadas no processo de criação pelo Estado de novas universidades.

ARTIGO 5.º

Reserva de estatuto

1 — Os estatutos da universidade devem conter as normas fundamentais da sua organização interna, nos planos científico, pedagógico, financeiro e administrativo, bem como o regime das autonomias das respectivas unidades orgânicas.

2 — Além das faculdades e estabelecimentos equiparados, os estatutos devem definir as restantes unidades orgânicas da universidade.

ARTIGO 6.º

Autonomia científica

1 — A autonomia científica confere às universidades a capacidade de livremente definir, programar e executar a investigação e demais actividades científicas e culturais.

2 — No âmbito das funções previstas no número anterior, bem como no quadro genérico das suas actividades, podem as universidades realizar acções comuns com outras entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras.

3 — As acções e programas levados a cabo em conformidade com os números antecedentes devem ser compatíveis com a natureza e os fins da universidade e ter em conta as grandes linhas da política nacional, designadamente em matérias de educação, ciência e cultura e relações internacionais.

ARTIGO 7.º

Autonomia pedagógica

1 — No exercício da autonomia pedagógica, e em harmonia com o planeamento das políticas nacionais de educação, ciência e cultura, as universidades gozam da faculdade de criação, suspensão e extinção de cursos.

2 — As universidades têm autonomia na elaboração dos planos de estudo e programas das disciplinas, definição dos métodos de ensino, escolha dos processos de avaliação de conhecimentos e ensaio de novas experiências pedagógicas.

3 — No uso da autonomia pedagógica, devem as universidades assegurar a pluralidade de doutrinas e métodos que garanta a liberdade de ensinar e aprender.

4 — Os problemas específicos do ensino médico e dos estabelecimentos que o ministram são objecto de legislação especial.

ARTIGO 8.º

Autonomia administrativa e financeira

1 — As universidades exercem a autonomia administrativa no quadro da legislação geral aplicável e estão dispensadas de visto prévio do Tribunal de Contas, excepto nos casos de recrutamento de pessoal com vínculo à função pública.

2 — No âmbito da autonomia financeira, as universidades dispõem do seu património, sem outras limitações além das estabelecidas por lei, gerem livremente as verbas anuais que lhes são atribuídas nos orçamentos do Estado, têm a capacidade de transferir verbas entre as diferentes rubricas e capítulos orçamentais, elaboram os seus programas plurianuais, têm capacidade para obter receitas próprias a gerir anualmente através de orçamentos privativos, conforme critérios por si estabelecidos, e podem arrendar directamente edifícios indispensáveis ao seu funcionamento.

ARTIGO 9.º

Autonomia disciplinar

1 — As universidades dispõem do poder de punir, nos termos da lei, as infracções disciplinares praticadas por docentes, investigadores e demais funcionários e agentes.

2 — O regime disciplinar aplicável aos estudantes deve ser definido por lei, sob proposta do Conselho de Reitores, após audição das estruturas representativas dos estudantes.

3 — Das penas aplicadas ao abrigo da autonomia disciplinar há sempre direito de recurso, nos termos da lei.

ARTIGO 10.º

Património das universidades

1 — Constitui património de cada universidade o conjunto dos bens e direitos que pelo Estado ou outras entidades, públicas ou privadas, sejam afectados à realização dos seus fins.

2 — São receitas das universidades:

- a) as dotações que lhe forem concedidas pelo Estado;
- b) os rendimentos de bens próprios ou de que tenham a fruição;
- c) as receitas provenientes do pagamento de propinas;
- d) as receitas derivadas da prestação de serviço e da venda de publicações;
- e) os subsídios, subvenções, participações, doações, heranças e legados;
- f) o produto da venda de bens imóveis, quando autorizada por lei, bem como de outros bens;
- g) os juros de contas de depósitos;
- h) os saldos da conta de gerência de anos anteriores;
- i) o produto de taxas, emolumentos, multas, penalidades e quaisquer outras receitas que legalmente lhes advenham;
- j) o produto de empréstimos contraídos.

ARTIGO 11.º

Financiamento

1 — Cabe ao Estado garantir às universidades as verbas necessárias ao seu funcionamento, nos limites das disponibilidades orçamentais.

2 — Às universidades é reconhecido o direito de serem ouvidas na definição dos critérios de fixação das dotações a conceder pelo Estado, designadamente no tocante aos planos de investimento.

3 — As universidades elaboram e propõem os respectivos orçamentos.

4 — A repartição pelas diferentes instituições universitárias da dotação global que em cada ano o Estado fixar para o ensino universitário deve atender ao planeamento global aprovado para o ensino superior e à situação objectiva de cada universidade, aferida por critérios objectivos fixados em legislação especial e que contemplem, designadamente, os tipos de cursos professados, o número de alunos, a natureza das actividades de investigação, a fase de desenvolvimento das instituições e os encargos das instalações.

5 — As receitas próprias são afectadas à universidade e às suas unidades orgânicas em função dos interesses gerais da instituição e de acordo com os respectivos estatutos.

6 — As universidades podem elaborar, no decurso de cada ano económico, os orçamentos suplementares destinados a reforçar verbas inscritas no orçamento privativo ou alterar rubricas desse orçamento.

ARTIGO 12.º

Isenções fiscais

As universidades e as suas unidades orgânicas estão isentas, nos termos que a lei prescreve, de impostos, taxas, custas, emolumentos e selos.

ARTIGO 13.º

Apresentação de contas

As universidades apresentam as suas contas a exame e julgamento do Tribunal de Contas.

ARTIGO 14.º

Relatório anual

1 — As universidades, bem como as respectivas unidades orgânicas, devem elaborar obrigatoriamente um relatório anual circunstanciado das respectivas actividades, do qual devem constar, designadamente:

- a) referência aos planos de desenvolvimento e à sua execução;
- b) análise de gerência administrativa e financeira;
- c) indicação dos objectivos prosseguidos pela gerência e da medida em que foram alcançados;
- d) inventariação dos fundos disponíveis e referência ao modo como foram utilizados;
- e) descrição dos movimentos de pessoal docente e não docente;
- f) elementos sobre a admissão, a frequência e o sucesso escolares.

2 — Aos relatórios a que se refere o presente artigo deve ser assegurada a devida publicidade.

ARTIGO 15.º

Meios necessários ao exercício da autonomia

1 — Cada universidade deve dispor dos meios humanos e técnicos necessários ao exercício da autonomia.

2 — Cabe às universidades o recrutamento e promoção dos seus docentes e investigadores, bem como do restante pessoal, nos termos da lei.

3 — Para além do pessoal referido no estatuto das carreiras docente universitária e de investigação e nos quadros anexos às respectivas leis orgânicas, as universidades podem contratar, em termos a definir por lei e nos respectivos estatutos, individualidades nacionais e estrangeiras para o exercício de funções docentes ou de investigação, bem como outro pessoal para o desempenho de actividades necessárias ao seu funcionamento.

4 — As contratações a que se refere o número anterior não conferem, em caso algum, a qualidade de funcionário público ou de agente administrativo.

5 — As universidades e as unidades orgânicas dotadas de autonomia podem alterar os respectivos quadros de pessoal, desde que tal alteração não se traduza em aumento dos valores totais globais.

6 — Os quadros de pessoal são periodicamente revistos e carecem de aprovação governamental, desde que impliquem aumento dos quantitativos globais.

ARTIGO 16.º

Órgãos de governo das universidades

1 — O governo das universidades é exercido pelos seguintes órgãos:

- a) a assembléia da universidade;
- b) o reitor;
- c) o senado universitário;
- d) o conselho administrativo.

2 — Os estatutos das universidades podem prever a constituição de órgãos que repartam as funções do senado universitário e do conselho administrativo.

3 — Ao senado universitário e aos órgãos que, nos termos do número anterior, repartam as suas competências podem ser agregadas, em condições a definir pelos estatutos, individualidades de sectores da sociedade relacionadas com a universidade.

4 — Os estatutos das universidades e das respectivas unidades orgânicas podem prever a existência de um conselho consultivo ou equivalente que assegure uma relação permanente com a comunidade, definindo a respectiva composição e competência.

ARTIGO 17.º

Composição da assembleia da universidade

1 — A composição da assembleia da universidade é definida pelos respectivos estatutos, nos limites do disposto nos números seguintes.

2 — A representação dos diferentes corpos na assembleia da universidade deve respeitar os seguintes critérios:

a) representação, por eleição, dos professores, dos restantes docentes, dos investigadores, dos estudantes e dos funcionários;

b) paridade entre os docentes e os estudantes eleitos;

c) equilíbrio na representação das unidades orgânicas, independentemente da sua dimensão.

3 — São membros da assembleia, por inerência:

a) o reitor;

b) os vice-reitores;

c) os pró-reitores, caso existam;

d) as individualidades que presidirem aos órgãos de gestão das unidades orgânicas definidas pelos estatutos;

e) as individualidades que presidirem aos órgãos de governo de outros estabelecimentos integrados;

f) o presidente de cada associação de estudantes ou, nas universidades em que haja apenas uma associação, um representante desta por cada unidade orgânica;

g) o administrador ou funcionário administrativo de categoria mais elevada;

h) o vice-presidente dos serviços sociais.

ARTIGO 18.º

Competências da assembleia da universidade

Compete, designadamente, à assembleia da universidade:

a) discutir e aprovar, por maioria absoluta dos votos expressos, os estatutos da universidade;

b) aprovar, por maioria de dois terços dos votos expressos, as alterações aos estatutos;

c) eleger o reitor, dar-lhe posse e decidir sobre a sua destituição.

ARTIGO 19.º

Reitor

1 — O reitor é eleito pela assembleia da universidade, em escrutínio secreto, de entre os professores catedráticos de nomeação definitiva, nos termos estabelecidos pelos estatutos de cada universidade.

2 — O reitor cessante comunica, no prazo de cinco dias, o resultado do acto eleitoral ao membro do Governo com tutela sobre o sector da educação, que procede à nomeação do reitor eleito no prazo máximo de 30 dias.

3 — O Ministro da Educação só pode recusar a nomeação do reitor com base em vício de forma do processo eleitoral.

4 — O reitor toma posse perante a universidade, de acordo com as formalidades previstas nos estatutos.

5 — O reitor é coadjuvado por vice-reitores e pró-reitores por ele escolhidos nos termos da legislação vigente e dos estatutos da universidade.

6 — Os vice-reitores são nomeados pelo reitor.

7 — Os vice-reitores podem ser exonerados a todo o tempo pelo reitor e cessam automaticamente funções com a cessação do mandado do mesmo.

8 — O mandato do reitor e dos vice-reitores tem a duração de quatro anos, podendo ser renovado nos termos dos estatutos.

ARTIGO 20.º

Competência do reitor

1 — O reitor representa e dirige a universidade, incumbindo-lhe, designadamente:

a) propor ao senado as linhas gerais de orientação da vida universitária;

b) homologar a constituição e empossar os membros dos órgãos de gestão das faculdades ou unidades orgânicas que constituem a universidade, só o podendo recusar com base em vício de forma do processo eleitoral;

c) presidir, com voto de qualidade, ao senado e demais órgãos colegiais da universidade e assegurar o cumprimento das deliberações por eles tomadas;

d) velar pela observância das leis e dos regulamentos;

e) superintender na gestão académica, administrativa e financeira, mormente no que respeita a contratação e provimento do pessoal, a júris de provas académicas, a atribuição de regências, remunerações, abonos, licenças e dispensas de serviço, sem prejuízo da capacidade de delegação, nos termos dos estatutos;

f) comunicar ao membro do Governo com responsabilidade pelo sector da educação todos os dados indispensáveis ao exercício da tutela, designadamente os planos de desenvolvimento e relatórios de actividade;

g) definir e orientar o apoio a conceder aos estudantes no quadro dos serviços sociais e das actividades circum-escolares;

h) reconhecer, em todas as circunstâncias previstas na lei, a urgente conveniência de serviço no provimento de pessoal.

2 — Cabem-lhe ainda todas as competências que por lei ou pelos estatutos não sejam atribuídas a outras entidades da universidade.

3 — De acordo com os estatutos e ouvido o senado, o reitor pode delegar nos órgãos de gestão das unidades orgânicas as competências que se tornem necessárias a uma gestão mais eficiente.

ARTIGO 21.º

Incapacidade do reitor

1 — Quando se verifique a incapacidade temporária prolongada do reitor, assume as suas funções o vice-reitor por ele designado.

2 — Caso a situação de incapacidade se prolongue por mais de 90 dias, o senado deve pronunciar-se acerca da designação e da oportunidade de um novo processo eleitoral.

3 — Em caso de vagatura, renúncia ou reconhecimento pelo senado da situação de incapacidade permanente do reitor, deve aquele órgão determinar a sua substituição pelo professor decano da universidade, que organiza um novo processo eleitoral no prazo máximo de 30 dias.

ARTIGO 22.º

Responsabilidade do reitor

1 — Em situação de gravidade para a vida da instituição, a assembleia da universidade, convocada por um terço dos seus membros, desde que representados elementos dos diferentes corpos, pode deliberar, por maioria de dois terços dos seus membros efectivos, a suspensão do reitor do exercício das suas funções e, após processo legal, a sua destituição.

2 — A decisão da assembleia de suspender ou destituir o reitor deve ser precedida por igual decisão do senado, aprovada por maioria de dois terços dos seus membros efectivos.

ARTIGO 23.º

Incompatibilidades

1 — O exercício dos cargos de reitor e de vice-reitor tem lugar em regime de dedicação exclusiva.

2 — Os reitores e vice-reitores estão dispensados da prestação de serviço docente, sem prejuízo de, por sua iniciativa, o poderem prestar.

ARTIGO 24.º

Composição do senado universitário

1 — A composição do senado universitário é definida pelos estatutos de cada universidade, nos limites do disposto nos números seguintes.

2 — A representação dos diferentes corpos no senado universitário deve respeitar os princípios gerais consagrados no art. 17.º

3 — Podem ainda integrar o senado universitário representantes dos interesses culturais, sociais e económicos da comunidade, designados pela forma prevista nos estatutos, em número não superior a 15% da totalidade dos seus membros.

4 — O senado pode funcionar em plenário e por secções.

5 — Para efeitos de exercício do poder disciplinar é constituída uma secção permanente, integrada por representantes de todos os corpos, nos termos definidos pelo estatuto da universidade.

ARTIGO 25.º

Competência do senado

Compete ao senado universitário:

- a) aprovar as linhas gerais de orientação da universidade;
- b) aprovar os planos de desenvolvimento e apreciar e aprovar o relatório anual das actividades da universidade;
- c) aprovar os projectos orçamentais e apreciar as contas;
- d) aprovar a criação, suspensão e extinção dos cursos;

e) aprovar as propostas de criação, integração, modificação ou extinção de estabelecimentos ou estruturas da universidade;

f) definir as medidas adequadas ao funcionamento das unidades orgânicas e serviços da universidade;

g) pronunciar-se sobre a concessão de graus académicos honoríficos;

h) instituir prêmios escolares;

i) exercer o poder disciplinar, em conformidade com o disposto no art. 9.º da presente lei;

j) fixar, nos termos da lei, as propinas devidas pelos alunos dos vários cursos ministrados na universidade, assim como as propinas suplementares relativas a inscrições, realização ou repetição de exames e outros actos de prestação de serviços aos alunos.

l) ocupar-se dos restantes assuntos que lhe forem cometidos por lei, pelos estatutos ou apresentados pelo reitor.

ARTIGO 26.º

Conselho administrativo

1 — A composição do conselho administrativo é estabelecida nos estatutos da universidade, sendo obrigatória a participação do reitor, de um vice-reitor, do administrador ou do funcionário administrativo de categoria mais elevada e de um representante dos estudantes.

2 — Compete ao conselho administrativo a gestão administrativa, patrimonial e financeira da universidade, sendo-lhe aplicável a legislação em vigor para os organismos públicos dotados de autonomia administrativa e financeira e, bem assim, o disposto na presente lei.

3 — De acordo com os estatutos e ouvido o senado, o conselho administrativo pode delegar nos órgãos próprios das faculdades, unidades orgânicas equivalentes ou outros estabelecimentos as competências consideradas necessárias a uma gestão mais eficiente.

ARTIGO 27.º

Órgãos de gestão das unidades orgânicas

1 — As actividades dos órgãos de gestão das faculdades ou unidades orgânicas equivalentes devem decorrer com plena transparência e democraticidade, de modo a assegurar a todos os seus membros uma participação real nas tomadas de decisão e um acompanhamento eficaz da gestão, bem como a sua fiscalização.

2 — Sem prejuízo do disposto nos estatutos das universidades, os órgãos de gestão das faculdades ou das unidades orgânicas equivalentes incluem obrigatoriamente:

- a) A assembleia de representantes;
- b) O conselho directivo;
- c) O conselho pedagógico e o conselho científico, ou o conselho pedagógico-científico.

ARTIGO 28.º

Tutela

1 — O poder de tutela sobre as universidades é exercido pelo departamento governamental com responsabilidade pelo sector da educação, tendo em vista, fundamentalmente, a garantia da integração de cada universidade no sistema educativo e a articulação com as políticas nacionais de educação, ciência e cultura.

2 — Compete, designadamente, à instância tutelar:

- a) homologar os estatutos de cada universidade e as suas alterações, nos termos do disposto na presente lei;
- b) aprovar, tendo em vista a respectiva adequação à política educativa, quando tal se justifique, o número máximo de matrículas anuais, sob proposta das universidades;
- c) autorizar a criação, integração, modificação ou extinção de estabelecimentos ou unidades orgânicas das universidades;
- d) aprovar as propostas de orçamento dependentes do Orçamento do Estado;
- e) apreciar os projetos de orçamentos plurianuais e de planos de desenvolvimento a médio prazo, bem como o balanço e o relatório de actividades dos anos económicos findos, na perspectiva da atribuição dos meios de financiamento público;
- f) autorizar a alienação de bens imóveis;
- g) autorizar o arrendamento, a transferência ou a aplicação a fim diverso dos imóveis do Estado que estejam na posse ou usufruto das universidades ou dos seus estabelecimentos;
- h) autorizar a aceitação de liberdades sujeitas a modos ou condições que envolvam acções estranhas às atribuições e objectivos dos estabelecimentos universitários;
- i) conhecer e decidir dos recursos cuja interposição esteja prevista em disposição legal expressa.

ARTIGO 29.º

Aprovação dos estatutos

1 — Os estatutos de cada universidade são aprovados, nos 180 dias posteriores à entrada em vigor da presente lei, por uma assembleia que, nas universidades com a estrutura definida pelo Decreto-Lei n.º 781-A/76, de 28 de outubro (*), tem a seguinte composição:

- a) O reitor;
- b) Os vice-reitores;
- c) O administrador ou o funcionário administrativo de categoria mais elevada na universidade;
- d) O vice-presidente dos serviços sociais;
- e) dois representantes eleitos pelos funcionários da reitoria, dos serviços centrais e dos serviços sociais;
- f) um representante por cada associação de estudantes ou, nas universidades em que haja apenas uma associação, um estudante de cada unidade orgânica, por aquele designado;
- g) representantes por cada unidade orgânica nos seguintes termos:

I) os presidentes do conselho directivo e da assembleia de representantes;

II) os presidentes dos conselhos científicos e pedagógicos;

III) dois doutores eleitos pelos seus pares;

IV) três docentes ou investigadores não doutorados, eleitos pelos seus pares;

V) cinco estudantes, eleitos pelo corpo discente;

VI) um funcionário, eleito pelos seus pares.

2 — Nas restantes universidades, a composição da assembleia, a aprovar pelo reitor, deve sofrer as modificações exigidas pela estrutura da instituição, mantendo-se, no entanto, as proporções relativas entre os seus diversos corpos.

3 — A proposta de estatutos é elaborada pelo senado universitário ou, nos casos em que não esteja constituído, pelo órgão de governo da universidade que desempenhe as respectivas funções.

(*) Este decreto-lei encontra-se publicado no Suplemento — agosto a dezembro (vol. III). 1976 —, a p. 236.

4 — A aprovação dos estatutos carece de maioria absoluta dos membros da assembleia referida no presente artigo.

ARTIGO 30.º

Revisão e alteração dos estatutos

1 — Os estatutos da universidade podem ser revistos:

a) quatro anos após a data de publicação ou da respectiva revisão;

b) em qualquer momento, por decisão de dois terços dos membros da assembleia da universidade em exercício efectivo de funções.

2 — As alterações aos estatutos carecem de aprovação por maioria absoluta dos membros da assembleia da universidade em exercício efectivo de funções.

ARTIGO 31.º

Regime de instalação

1 — O regime de instalação aplicável às instituições universitárias a criar não pode exceder o prazo de dois anos.

2 — Às instituições universitárias em regime de instalação há mais de dois anos à data da entrada em vigor da presente lei são aplicáveis as disposições nela previstas, designadamente quanto a prazos para a elaboração e aprovação dos estatutos e eleição dos respectivos órgãos de governo.

ARTIGO 32.º

Avaliação das universidades

Para efeitos do disposto no artigo 49.º da Lei n.º 46/86, de 14 de outubro, e tendo em conta o disposto na presente lei, o Governo deve apresentar na Assembleia da República uma proposta de lei sobre o regime de avaliação e acompanhamento da actividade das universidades.

ARTIGO 33.º

Disposição transitória

1 — Os titulares dos órgãos de governo das universidades em funções à data da entrada em vigor da presente lei concluem o mandato para o qual forem eleitos.

2 — Os titulares referidos no número anterior cujo mandato cesse antes da homologação dos novos estatutos permanecem em funções até à eleição dos novos órgãos de governo das universidades, designados nos termos da presente lei.

ARTIGO 34.º

Norma revogatória

É revogada toda a legislação que contrarie o disposto na presente lei, nomeadamente:

a) o artigo 54.º do Regulamento da Junta Nacional de Educação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26.611, de 19 de maio de 1935;

b) os artigos 60.º e 61.º, ambos do Decreto-Lei n.º 781-A/76, de 28 de outubro;

c) a alínea h) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 188/82, de 17 de maio, bem como todas as demais disposições que relativamente às universidades, prescrevem a obrigatoriedade de reposição dos saldos das dotações atribuídas no Orçamento do Estado.

ARTIGO 35.º

Âmbito de aplicação

A presente lei aplica-se exclusivamente às universidades públicas.

ARTIGO 36.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no dia imediato ao da sua publicação.

Aprovada em 20 de julho de 1988.

O Presidente da Assembleia da República, *Vitor Pereira Crespo*.

Promulgada em 30 de agosto de 1988.

Publique-se.

O Presidente da República, *Mário Soares*.

Referendada em 7 de setembro de 1988.

O Primeiro-Ministro, *Anibal António Cavaco Silva*.

Lei Chinesa Sobre Direito Autoral ¹

Tradução: N. P. TELXEIRA DOS SANTOS
Professor da UFRJ

CAPÍTULO PRIMEIRO

Disposições gerais

Art. 1.º — A presente lei é redigida de conformidade com a Constituição, com vistas a proteger os autores de obras literárias, artísticas e científicas, assim como os direitos conexos aos dos autores, favorecer a criação e a difusão de obras que possam contribuir para consolidar a civilização socialista sob o plano espiritual e material, e promover o desenvolvimento da prosperidade da cultura e das ciências socialistas.

Art. 2.º — Conforme a presente lei, as obras dos cidadãos chineses e das entidades chinesas, sejam ou não pessoas jurídicas, publicadas ou não, são protegidas pelo direito autoral.

Conforme a presente lei, as obras de estrangeiro publicadas pela primeira vez em território da República Popular da China são protegidas pelo direito autoral.

São protegidas pelo direito autoral as obras de um estrangeiro publicadas fora do território da República Popular da China, que estejam protegidas pelo direito autoral em virtude de um acordo concluído entre o país de origem do estrangeiro e a China, ou em virtude de um tratado internacional do qual os dois países participem.

1 Lei adotada em 7 de setembro de 1990, pela 15ª sessão do Comitê permanente da 7ª Assembléia Popular Nacional, e que entrou em vigor em 1º de junho de 1991, tal como vem publicada na Revista *Droit d'Auteur*, OMPI, fev. 1991.

Art. 3.º — Na presente lei o termo *obras* refere-se às obras literárias, artísticas, bem como às obras de ciências exatas e sociais, de engenharia e outras, expressas sob as seguintes formas:

- 1) obras escritas;
- 2) obras orais;
- 3) obras musicais, dramáticas, de *quyi*² e coreográficas;
- 4) obras de belas-artes e obras fotográficas;
- 5) obras cinematográficas, televisivas e videográficas;
- 6) desenhos industriais, obras de estética industrial e suas descrições;
- 7) mapas, plantas e outras obras gráficas;
- 8) *softwares*;
- 9) outras obras previstas nas leis e regulamentos administrativos.

Art. 4.º — As obras cuja publicação ou difusão seja ilegal não estão protegidas pela lei.

O titular de um direito autoral não deve, enquanto exercer seu direito, violar a Constituição e as leis, nem causar prejuízo ao interesse público.

Art. 5.º — Não são regidos pela presente lei:

- 1) leis, regulamentos, resoluções, decisões e ordens dos órgãos do Estado; outros documentos de caráter legislativo, administrativo ou judiciário; suas traduções oficiais;
- 2) relatos de acontecimentos de atualidade;
- 3) calendários, tabelas matemáticas, fórmulas e formulários de uso corrente.

Art. 6.º — As modalidades da proteção do direito autoral sobre as obras do folclore serão estabelecidas separadamente pelo Conselho de Negócios do Estado.

Art. 7.º — As obras científicas ou técnicas protegidas pela lei sobre patentes, a lei sobre contratos em matéria de tecnologia ou leis similares, são regidas pelas disposições dessas leis.

Art. 8.º — A direção da administração do direito autoral do Conselho de Negócios do Estado fica encarregada da administração do direito autoral em todo o país. A direção da administração do direito autoral do governo

² *Quyi* designa uma representação que se assemelha às variedades, espécie de revista musical.

popular de cada província, região autônoma ou municipalidade, dependente diretamente das autoridades centrais, fica encarregada da administração do direito autoral em seu setor administrativo.

CAPÍTULO II

Do direito autoral

PRIMEIRA SEÇÃO

Dos titulares do direito autoral e de seus direitos

Art. 9.º — O termo “titulares do direito autoral” refere-se:

- 1) aos autores;
- 2) aos outros cidadãos ou entidades sejam ou não pessoas jurídicas, e gozarão dos direitos autorais previstos na presente lei.

Art. 10 — O termo “direito autoral” refere-se aos direitos ligados à personalidade e aos direitos patrimoniais seguintes:

- 1) o direito de publicação, quer dizer, o direito de tornar uma obra pública ou não;
- 2) o direito à paternidade, quer dizer, o direito de reivindicar a qualidade de autor, e de ver seu nome associado à obra;
- 3) o direito de modificação, quer dizer, o direito de modificar a obra
- 4) o direito à integridade, quer dizer, o direito de se opor a qualquer ou de autorizar alguém a fazê-lo; deformação ou mutilação da obra;
- 5) o direito de exploração e o direito de remuneração, quer dizer, o direito de explorar a obra pela reprodução, representação ou execução direta, radiodifusão, exposição, difusão, realização cinematográfica, televisiva ou videográfica, adaptação, tradução, anotação, compilação ou qualquer outra forma, e o direito de autorizar alguém a explorar a obra pelos meios precitados em troca de uma remuneração.

SEGUNDA SEÇÃO

Da titularidade do direito autoral

Art. 11 — Salvo outra disposição da presente lei, o direito autoral sobre uma obra pertence a seu autor.

O autor de uma obra é o cidadão que a criou.

Quando uma obra foi criada por encomenda e sob a direção e responsabilidade da entidade, seja ou não pessoa jurídica, esta será considerada a autora da obra.

O cidadão ou entidade, seja ou não pessoa jurídica, cujo nome seja associado a uma obra, será considerado, na ausência de prova em contrário, como sendo o autor da obra.

Art. 12 — O direito autoral sobre uma obra criada por adaptação, tradução, anotação ou arranjo de uma obra preexistente pertence àquele que fez a adaptação, a tradução, a anotação ou o arranjo, contanto que o exercício desse direito não prejudique o direito autoral contido na obra original.

Art. 13 — O direito autoral sobre uma obra em colaboração criada por dois ou mais co-autores pertence conjuntamente a esses co-autores. Uma pessoa que não tenha tomado parte na criação da obra não pode reivindicar a qualidade de co-autor.

Cada co-autor goza de um direito de autor distinto sobre sua contribuição numa obra em colaboração na qual as contribuições de cada um possam ser distinguidas e exploradas separadamente, contanto que o exercício desse direito não prejudique o direito autoral contido na obra em colaboração em seu conjunto.

Art. 14 — O autor de uma compilação goza do direito autoral sobre sua obra, contanto que o exercício desse direito não prejudique o dos autores das obras preexistentes incluídos na compilação.

Os autores das obras incluídas numa compilação, que possam ser exploradas separadamente, têm o direito de exercer separadamente seu direito autoral.

Art. 15 — O diretor, o dialoguista, o libretista, o compositor, o diretor de fotografia e os outros autores de uma obra cinematográfica, televisiva ou videográfica, gozam do direito de paternidade sobre essa obra, sendo que os demais direitos relativos ao direito autoral serão exercidos pelo produtor da obra.

Os autores do cenário, das músicas e das outras obras incluídas numa obra cinematográfica, televisiva ou videográfica, que possam ser exploradas separadamente, têm o direito de exercer separadamente o seu direito autoral.

Art. 16 — Uma obra criada por um cidadão no exercício de suas funções a serviço de uma entidade, seja ou não pessoa jurídica, é considerada como uma obra criada no âmbito de seu emprego. O direito autoral sobre essa obra pertence a seu autor, sob a reserva das disposições da segunda alínea do presente artigo, sendo certo que a entidade considerada tem um direito de prioridade para explorar a obra no âmbito de

suas atividades profissionais. Durante os dois anos seguintes à conclusão da obra, o autor não pode autorizar um terceiro a explorar essa obra, do mesmo modo que a entidade, sem o consentimento do autor.

Nos casos seguintes, o autor de uma obra criada no âmbito de seu emprego goza do direito de paternidade, e a entidade, seja ou não pessoa jurídica, goza dos outros direitos concernentes ao direito autoral, e pode atribuir uma recompensa ao autor:

1) desenhos industriais, obras de estética industrial e suas descrições, *softwares*, mapas e outras obras criadas no âmbito de um emprego, principalmente com a ajuda dos meios materiais e técnicos da entidade, seja ou não pessoa jurídica, e sob sua responsabilidade;

2) obras criadas no âmbito de um emprego e para as quais as leis, regulamentos administrativos ou contratos atribuem o direito autoral à entidade, seja ou não pessoa jurídica.

Art. 17 — A titularidade do direito autoral sobre uma obra feita por encomenda provém do contrato estabelecido entre o autor e o encomendante. Na falta de contrato ou de estipulação explícita, o direito autoral pertence ao encomendante.

Art. 18 — A transferência da propriedade do original de uma obra de belas-artes não transfere o direito autoral sobre ela; no entanto, proprietário do original de uma obra de belas-artes goza do direito de expô-la.

Art. 19 — Quando o direito autoral sobre uma obra pertence a um cidadão, o direito de explorá-la e o direito à remuneração relativos à obra transmitem-se, depois de sua morte, conforme as disposições da lei sobre sucessões e nos limites da duração da proteção prevista pela presente lei.

Quando o direito autoral sobre uma obra pertence a uma entidade, seja ou não pessoa jurídica, o direito de explorá-la e o direito a remuneração, depois de modificada ou dissolvida a entidade, e nos limites da duração da proteção prevista pela presente lei, são devolvidos à entidade, seja ou não pessoa jurídica, que o suceda em seus direitos e obrigações ou, na falta de sucessor, ao Estado.

TERCEIRA SEÇÃO

Da duração da proteção

Art. 20 — O direito à paternidade, o direito de modificação e o direito à integridade da obra de um autor não são limitados no tempo.

Art. 21 — O prazo da proteção do direito da publicação, do direito de exploração e direito à remuneração relativos à obra de um cidadão,

compreende a vida do autor e cinquenta anos depois de sua morte, e expira em 31 de dezembro do quinquagésimo ano depois de sua morte. No caso das obras em colaboração, o prazo de proteção expira em 31 de dezembro do quinquagésimo ano depois da morte do último co-autor.

O prazo de proteção do direito de publicação, do direito de exploração e do direito à remuneração relativos a uma obra que pertença a uma entidade, seja ou não pessoa jurídica, ou relativos a uma obra criada no âmbito de um emprego, cujo direito autoral (exceto o direito à paternidade) pertença a uma entidade, seja ou não pessoa jurídica, é de cinquenta anos, e expira em 31 de dezembro do quinquagésimo ano depois da primeira publicação da obra; no entanto, a obra que não for publicada nos cinquenta anos seguintes à sua criação não será mais protegida pela presente lei.

O prazo de proteção do direito de publicação, do direito de exploração e do direito à remuneração relativos a uma obra cinematográfica, televisiva, videográfica ou fotográfica é de cinquenta anos e expira em 31 de dezembro do quinquagésimo ano depois de sua primeira publicação; no entanto, a obra que não for publicada nos cinquenta anos seguintes à sua criação não será mais protegida pela presente lei.

QUARTA SEÇÃO

Dos limites dos direitos

Art. 22 — É permitido utilizar uma obra sem autorização do titular do direito autoral e sem lhe pagar uma remuneração, contanto que seja feita menção ao nome do autor e ao título da obra, e que não se cause prejuízo aos outros direitos conferidos pela presente lei ao titular do direito autoral, nos seguintes casos:

1) utilização de uma obra publicada para estudo, pesquisa ou divertimento pessoal do usuário;

2) citação, de forma apropriada, de uma obra já publicada, com o fim de comentá-la, ou apresentá-la, ou fazer uma demonstração;

3) utilização de uma obra já publicada por ocasião de noticiários nos jornais, periódicos, emissões radiofônicas ou televisivas, ou em filmes de atualidades ou documentários;

4) reimpressão por jornais ou periódicos, ou redifusão por estações de rádio ou de televisão, de editoriais ou de comentários publicados por outros jornais ou periódicos, estações de rádio ou de televisão;

5) publicação nos jornais ou periódicos, ou radiodifusão por estações de rádio ou de televisão, de discursos pronunciados em reunião pública,

salvo se o autor tenha interditado expressamente essa publicação ou radio-difusão;

6) tradução ou reprodução de um pequeno número de exemplares de uma obra já publicada, por professores ou pesquisadores, para o ensino escolar ou pesquisa científica, com a condição de que a tradução ou reprodução não seja publicada ou difundida;

7) utilização de uma obra publicada por um órgão do Estado no cumprimento de suas funções oficiais;

8) reprodução em um exemplar de uma obra conservada por uma biblioteca, um arquivo, um memorial, um museu, uma galeria de arte ou uma instituição semelhante, para fins de exposição ou de conservação;

9) reprodução ou execução direta a título gratuito de uma obra já publicada;

10) realização de esboços, desenhos, fotografias ou fixações em vídeo de uma obra artística instalada ou exposta ao ar livre em local público;

11) tradução de uma obra publicada em língua *han* em línguas das minorias nacionais para publicação e difusão no interior do país;

12) transliteração e publicação em braile de uma obra já publicada. As limitações dos direitos acima mencionados aplicam-se também aos direitos dos editores, dos intérpretes ou dos executantes, dos produtores de fonogramas, de videogramas e de estações de rádio e de televisão.

CAPÍTULO III

Do contrato de licença de direito autoral

Art. 23 — Salvo exceções previstas pela presente lei, toda pessoa que explore uma obra criada por outro deve firmar um contrato com o titular do direito autoral, ou obter sua autorização.

Art. 24 — O contrato deve conter as cláusulas fundamentais seguintes:

- 1) o modo de exploração da obra prevista pela licença;
- 2) o caráter exclusivo ou não exclusivo do direito de exploração conferido pela licença;
- 3) o prazo de duração da licença;
- 4) o montante e o modo de pagamento da remuneração;

- 5) as responsabilidades em caso de desrespeito do contrato;
- 6) toda e qualquer cláusula que as partes julgarem necessárias.

Art. 25 — Sem autorização do titular do direito autoral, nenhum direito não expressamente concedido no contrato poderá ser exercido pela outra parte.

Art. 26 — O prazo de validade do contrato não pode exceder de dez anos. O contrato pode ser renovado quando expirar esse prazo.

Art. 27 — As tarifas de remuneração para utilização de obras serão estabelecidas pela direção da administração do direito autoral do Conselho de Negócios do Estado, com o concurso de outras instituições interessadas.

A remuneração também pode ser paga conforme as estipulações do contrato.

Art. 28 — Os editores, os intérpretes ou executantes, ou produtores de fonogramas e de videogramas, as estações de rádio e de televisão e outras entidades que tenham adquirido, de conformidade com a presente lei, o direito de explorar uma obra alheia, não devem prejudicar o direito à paternidade, o direito de modificar, o direito à integridade da obra nem o direito à remuneração dos interessados.

CAPÍTULO IV

Da edição, da representação ou execução, do registro sonoro ou vídeo e da radiodifusão

PRIMEIRA SEÇÃO

Da edição dos livros, jornais e periódicos

Art. 29 — O editor que publica um livro deve firmar um contrato de edição com o titular do direito autoral, e pagar-lhe uma remuneração.

Art. 30 — O editor se beneficia, durante o prazo do contrato, do direito exclusivo de publicar a obra que o titular do direito autoral lhe tenha concedido com esse fim. O prazo desse direito exclusivo de publicação do qual se beneficia o editor, segundo os termos do contrato, não pode exceder de dez anos. O contrato é renovável ao término de sua duração.

Durante o prazo previsto no contrato, o direito exclusivo de publicação da obra, concedido ao editor, é legalmente protegido e a obra não pode ser publicada por terceiro.

Art. 31 — O titular do direito autoral deve entregar sua obra no prazo previsto no contrato. O editor publica-a conforme os originais, nas condições de qualidade e no prazo previstos no contrato.

O editor assume a responsabilidade civil prevista no art. 47 da presente lei se ele não publica a obra no prazo previsto no contrato.

No caso de reimpressão ou de reedição da obra, o editor deve informar ao titular do direito autoral e pagar-lhe uma remuneração. Se uma edição se esgota, o titular do direito autoral tem o direito de pôr fim ao contrato se o editor recusa fazer uma reimpressão ou uma reedição.

Art. 32 — O titular do direito autoral que submeteu o manuscrito de sua obra a um editor de jornais ou de periódicos e não tenha recebido resposta a propósito da publicação nos quinze dias (se se tratar de um editor de jornais), ou nos trinta dias (se se tratar de um editor de periódicos) a contar da data do recebimento, pode submetê-lo a outro editor de jornais ou de periódicos, salvo convenção em contrário entre as partes.

Após a publicação de uma obra num jornal ou num periódico, os outros jornais ou periódicos podem, na ausência de reserva expressa do titular do direito autoral, reimprimi-la, publicar trechos ou imprimi-la como obra de referência, mas devem pagar uma remuneração ao titular do direito autoral conforme a tarifa estabelecida.

Art. 33 — Um editor de livros pode modificar ou abreviar uma obra com a autorização do titular do direito autoral.

Um editor de jornais ou de periódicos pode acrescentar a uma obra modificações ou cortes de caráter redacional, mas toda modificação do conteúdo da obra requer autorização do autor.

Art. 34 — Para publicar uma obra criada por adaptação, tradução, anotação, arranjo ou compilação de obras preexistentes, o editor paga uma remuneração tanto aos titulares do direito autoral sobre as obras criadas por esses meios, como aos titulares do direito autoral sobre as obras originais.

SEGUNDA SEÇÃO

Da representação ou execução

Art. 35 — O intérprete ou executante (ou grupo de artistas) que utiliza uma obra não publicada, criada por outro, para uma representação ou execução, deve obter autorização do titular do direito autoral e pagar-lhe uma remuneração.

O intérprete ou executante que utiliza uma obra publicada, criada por outro, para uma representação ou execução de caráter lucrativo, não é obrigado a pedir autorização do titular do direito autoral, mas deve

pagar-lhe uma remuneração conforme a tarifa estabelecida; essa obra não pode ser utilizada se o titular do direito autoral a interdita.

O intérprete ou executante que utiliza uma obra criada por adaptação, tradução, anotação ou arranjo de uma obra preexistente para uma representação ou execução de caráter lucrativo, paga uma remuneração tanto ao titular do direito autoral sobre a obra criada por adaptação, tradução, anotação ou arranjo, como ao autor da obra original.

Os arts. 37 e 40 aplicam-se à representação ou execução de uma obra criada por outro, por um intérprete ou executante, se a representação ou execução for utilizada para a produção de um fonograma, de um videograma ou de uma emissão de rádio ou de televisão.

Art. 36 — O intérprete ou executante goza, em consequência de seu trabalho, do direito:

- 1) de reivindicar sua qualidade de intérprete ou executante;
- 2) de proteger sua criação contra qualquer deformação;
- 3) de autorização à radiodifusão direta;
- 4) de autorizar o registro de fonogramas ou videogramas com fins lucrativos, e de receber em contrapartida uma remuneração.

TERCEIRA SEÇÃO

Dos fonogramas e dos videogramas

Art. 37 — O produtor de fonogramas que utiliza uma obra alheia não publicada deve obter a autorização do titular do direito autoral e pagar-lhe uma remuneração. Ele não tem necessidade da autorização do titular do direito autoral quando utiliza uma obra publicada, mas deve pagar-lhe uma remuneração conforme a tarifa estabelecida. Essa obra não pode ser utilizada se o titular do direito autoral a interdita.

O produtor de videogramas que utiliza uma obra alheia deve obter a autorização do titular do direito autoral e pagar-lhe uma remuneração.

O produtor de fonogramas ou de videogramas que utiliza uma obra criada por adaptação, tradução, anotação ou arranjo de uma obra preexistente, paga uma remuneração tanto ao titular do direito autoral sobre a obra criada por adaptação, tradução, anotação ou arranjo, como ao titular do direito autoral sobre a obra original.

Art. 38 — O produtor de fonograma ou de um videograma deve concluir um contrato com os artistas intérpretes ou executantes e pagar-lhes uma remuneração.

Art. 39 — O produtor de fonogramas ou de videogramas goza do direito de autorizar a reprodução e a distribuição desses fonogramas ou

videogramas e de receber uma remuneração. A duração desses direitos é de cinquenta anos e expira em 31 de dezembro do quinquagésimo ano depois da primeira publicação do registro.

O produtor de fonogramas ou de videogramas autorizado a produzir e a distribuir um fonograma ou um videograma paga também uma remuneração ao titular do direito autoral e ao intérprete ou executante conforme a tarifa estabelecida.

QUARTA SEÇÃO

Da radiodifusão por uma estação de rádio ou de televisão

Art. 40 — A estação de rádio ou de televisão que utiliza uma obra alheia não publicada, para a produção de um programa, deve obter a autorização do titular do direito autoral e pagar-lhe uma remuneração.

A estação de rádio ou de televisão que utiliza uma obra alheia publicada, para a produção de um programa, não tem necessidade de autorização do titular do direito autoral, mas essa obra não pode ser utilizada se o titular do direito autoral a interdita. Além disso, uma remuneração é paga conforme a tarifa estabelecida, salvo disposição contrária da presente lei.

A estação de rádio ou de televisão que utiliza uma obra criada por adaptação, tradução, anotação ou arranjo de uma obra preexistente, para produção de um programa, paga uma remuneração tanto ao titular do direito autoral sobre a obra criada por sua adaptação, tradução, anotação ou arranjo, como ao titular do direito autoral sobre a obra original.

Art. 41 — A estação de rádio ou de televisão que produz um programa deve fazer um contrato com os intérpretes ou executantes, e pagar-lhes uma remuneração.

Art. 42 — Uma estação de rádio ou de televisão goza, com relação ao programa que ela produz, do direito:

- 1) de radiodifundi-lo;
- 2) de autorizar outrem a difundi-lo e receber uma remuneração em contrapartida;
- 3) de autorizar outrem a reproduzi-lo e difundi-lo, e receber uma remuneração em contrapartida.

A duração da produção dos direitos previstos na alínea precedente é de cinquenta anos, e expira em 31 de dezembro do quinquagésimo ano depois da primeira radiodifusão do programa.

O produtor de fonogramas ou de videogramas autorizado a reproduzir e a difundir um programa de rádio ou de televisão, paga também uma

remuneração ao titular do direito autoral e ao intérprete ou executante, conforme a tarifa estabelecida.

Art. 43 — A estação de rádio ou de televisão que difunde, sem fins lucrativos, um fonograma publicado, não é obrigada a pedir autorização ao titular do direito autoral, ao intérprete, ao executante ou ao produtor de fonogramas, nem a pagar-lhe uma remuneração.

Art. 44 — A estação de televisão que difunde uma obra cinematográfica, televisiva ou videográfica, produzida por outrem, deve obter autorização de seu produtor e pagar-lhe uma remuneração.

CAPÍTULO V

Da responsabilidade civil

Art. 45 — As seguintes infrações acarretam para seu autor, segundo o caso, a obrigação legal de cessar a infração, suprimir seus efeitos, apresentar desculpas publicamente, ou pagar uma indenização pelos prejuízos causados:

- 1) publicação de uma obra sem autorização do titular do direito autoral;
- 2) publicação, a título individual, de uma obra em colaboração sem autorização dos outros co-autores;
- 3) menção de seu nome em obra alheia, com o fim de obter reputação ou vantagens, por quem não tenha tomado parte na criação da obra;
- 4) deformação ou mutilação de uma obra criada por outrem;
- 5) exploração de uma obra sem autorização do titular do direito autoral (protegido pelas disposições da presente lei), por meio de representação ou execução, radiodifusão, exposição, distribuição, produção cinematográfica, televisiva ou videográfica, adaptação, tradução, anotação, compilação ou qualquer outro meio;
- 6) exploração de uma obra criada por outrem sem pagamento da remuneração prevista na tarifa estabelecida;
- 7) radiodifusão de uma representação ou execução direta sem autorização do intérprete ou executante;
- 8) qualquer outra infração ao direito autoral e aos direitos conexos ao direito autoral.

Art. 46 — As seguintes infrações acarretam para seu autor, segundo o caso, a obrigação legal de cessar a infração, suprimir os seus efeitos, apresentar desculpas publicamente ou pagar uma indenização pelos prejuízos causados, e são passíveis de sanções por parte de uma repartição

que administre o direito autoral, tal como o confisco das receitas ilegais obtidas com a infração, ou uma multa:

- 1) plágio de uma obra criada por outrem;
- 2) reprodução e distribuição, com fins lucrativos, de uma obra sem a autorização do titular do direito autoral;
- 3) publicação de livros cujo direito exclusivo de publicação pertença a outrem;
- 4) reprodução e publicação de um fonograma ou videograma de uma representação ou execução, sem autorização do intérprete ou executante;
- 5) reprodução e publicação de um fonograma ou videograma sem autorização de seu produtor;
- 6) reprodução e difusão de um programa radiofônico ou televisivo sem autorização da estação de rádio ou televisão que o produziu;
- 7) fabricação e venda de uma obra de belas-artes que traga assinatura falsa de um artista.

Art. 47 — Aquele que não cumprir suas obrigações contratuais, ou não as executar de acordo com as condições do contrato, incorre em responsabilidade civil prevista nas disposições pertinentes aos princípios gerais do Código Civil.

Art. 48 — Dúvidas relativas a uma infração ao direito autoral podem ser esclarecidas por um mediador. Em caso de fracasso, ou recusa por uma das partes do acordo proposto pelo mediador, pode haver recurso a um tribunal popular. As partes que não desejarem a mediação podem valer-se diretamente de um tribunal popular.

Art. 49 — Dúvidas relativas a um contrato de direito autoral podem ser esclarecidas por um mediador. Podem também ser submetidas a um órgão de arbitragem sobre direito autoral em virtude de cláusula contratual de arbitragem ou de um acordo escrito de arbitragem, concluído depois da assinatura do contrato.

As partes devem cumprir a sentença arbitral. Em caso de recusa da sentença por uma das partes, a outra parte pode requerer a um tribunal popular a execução forçada.

O tribunal popular, ao decidir sobre a execução forçada de uma sentença arbitral, pode recusá-la, se a julgar contrária à lei. Se o tribunal recusa a execução forçada de uma sentença arbitral, as partes em causa podem pedir que um tribunal popular esclareça a dúvida do contrato.

Na ausência de cláusula contratual de arbitragem ou de acordo escrito sobre a arbitragem concluído depois da assinatura do contrato, as partes podem recorrer diretamente a um tribunal popular.

Art. 50 — Uma parte que se oponha a uma sanção administrativa pode recorrer a um tribunal popular nos três meses seguintes à notificação escrita dessa sanção. Na ausência de recurso e de execução da sanção no prazo pré-citado, a direção da repartição que administra o direito autoral pode pedir sua execução forçada a um tribunal popular.

CAPÍTULO VI

Disposições complementares

Art. 51 — Para os fins da presente lei, os termos *zhuzuoquan* e *banquan* são *sinônimos*³.

Art. 52 — O termo “reprodução”, usado na presente lei, designa a produção de um ou de vários exemplares de uma obra por impressão, reprografia, cópia, litografia, registro sonoro ou vídeo, duplicação de um registro, duplicação de uma obra fotográfica ou outro processo.

A elaboração ou a fabricação de produtos industriais a partir de desenhos industriais, ou de obras de estética industrial e suas descrições, não são atos de reprodução no sentido da presente lei.

Art. 53 — Um regulamento separado será promulgado pelo Conselho de Negócios de Estado para proteger os *softwares*.

Art. 54 — O regulamento de aplicação da presente lei será estabelecido pela direção da repartição encarregada do direito autoral no Conselho dos Negócios de Estado, e entrará em vigor depois da aprovação do dito Conselho.

Art. 55 — Os direitos concedidos pela presente lei aos titulares de um direito autoral, aos editores, aos intérpretes e executantes, aos produtores de fonogramas e de videogramas e às estações de rádio e de televisão, são protegidos pela presente lei se a duração da proteção prevista ainda não houver expirado quando da entrada em vigor da presente lei.

A toda infração ao direito autoral, aos direitos conexos ao direito autoral, e a toda violação de um contrato cometida antes da entrada em vigor da presente lei, aplicam-se as regras ou práticas em vigor no momento respectivo.

Art. 56 — A presente lei entrará em vigor em 1.º de junho de 1991.

³ *Zhuzuoquan* é o termo chinês que significa *direito autoral*, mas cuja tradução literal é “direito sobre uma obra”. *Banquan* é a tradução literal da palavra inglesa *copyright*. Como os dois termos são correntes em língua chinesa, o legislador achou por bem incluir esse artigo na lei.

Código do Trabalho da França

Tradução: JEAN-FRANÇOIS CLEAVER
Tradutor do Senado Federal

CÓDIGO DO TRABALHO

TERCEIRA PARTE *Colocação e emprego*

A — Emprego

(Veja também supra C, trabalho, Livro III, título I a III)

PORTARIA DE 26 DE JULHO DE 1949

Relativa ao processo de compensação da mão-de-obra. (J.O. de 10 de agosto.)

ACORDO NACIONAL INTERPROFISSIONAL DE 10 DE FEVEREIRO DE 1969

Sobre a estabilidade no emprego

(No tocante à extensão e ampliação deste acordo nacional e de suas modificações, ver a Portaria de 11 de abril de 1972 e duas Portarias de 31 de dezembro de 1986, infra, após o art. 30 deste acordo).

(Ver infra o Acordo nacional interprofissional de 20 de outubro de 1986, particularmente o art. 6).

PREÂMBULO

.....

TÍTULO 1.º — GENERALIZAÇÃO DAS COMISSÕES PARITÁRIAS DE EMPREGO

Art. 1.º Com vistas a contribuir para a melhoria da situação do emprego, as partes signatárias resolvem instituir Comissões Paritárias de Emprego, nas diversas profissões, até 31 de maio de 1969.

(NdT: O endereço de todas as entidades mencionadas in extenso pode ser fornecido pelo tradutor.)

2. As Comissões Paritárias de Emprego serão constituídas em nível nacional, em cada profissão ou grupo de profissões. As Comissões Nacionais Profissionais assim instituídas poderão instalar Comissões Regionais Profissionais nas regiões em que a densidade de uma profissão o sugerir ou permitir.

Caso a instituição de uma Comissão Nacional Profissional seja dificultada pelas estruturas da profissão, serão constituídas Comissões Regionais Profissionais.

3. (Aditamento de 21 de novembro de 1974). Considerando que os aspectos regionais são, muitas vezes, determinantes para o emprego, as partes signatárias decidem instalar também, progressivamente, ao nível das regiões de programa, Comissões Interprofissionais Regionais.

Estas comissões deverão ser constituídas até 1.º de janeiro de 1975.

4. As Comissões Paritárias de Emprego compor-se-ão de pelo menos um representante de cada uma das confederações sindicais signatárias deste acordo e de um número de representantes dos empregadores igual ao total dos representantes dos empregados.

Tendo essas comissões membros suplentes, estes receberão os mesmos documentos que os membros titulares.

5. (Aditamento de 21 de novembro de 1974). São funções das Comissões Paritárias do Emprego:

— promover a informação recíproca das organizações signatárias sobre a situação do emprego em sua jurisdição profissional e territorial;

— estudar a situação do emprego, sua evolução ao longo dos meses anteriores e as perspectivas dessa evolução;

— realizar ou promover a realização de quaisquer estudos que visem aprimorar os conhecimentos sobre a realidade do emprego;

— participar do estudo das estruturas de formação, aperfeiçoamento e reciclagem profissional, públicas e privadas, já existentes para os diversos níveis de qualificação, bem como, em articulação com os poderes públicos e as entidades interessadas, procurar garantir a plena utilização, adequação e desenvolvimento dessas estruturas, formulando para tanto qualquer observação ou proposta útil;

— promover, no âmbito das atribuições definidas na alínea anterior, a política de formação nas profissões e regiões de sua jurisdição;

— examinar as condições de atuação dos instrumentos de transferência e reciclagem, participando, quando necessário, dessa atuação;

— realizar qualquer diligência cabível junto a órgãos públicos de colocação com vistas a contribuir para a contratação de formandos.

Será elaborado relatório, com periodicidade mínima anual, sobre a situação do emprego e sua evolução.

Para permitir que as Comissões Paritárias de Emprego tenham mais informações sobre essa situação, qualquer projeto de demissão coletiva por motivos econômicos abrangendo mais de dez empregados do mesmo estabelecimento será comunicado pela diretoria desse estabelecimento às Comissões Paritárias de Emprego, profissionais e interprofissionais, tão logo seja informado o Comitê de Empresa ou Estabelecimento, nos termos do art. 12.

As Comissões Paritárias de Emprego podem, eventualmente, participar da elaboração do Plano Social previsto no art. 12.

Por outra parte, havendo, no Comitê de Empresa ou Estabelecimento, dificuldades relativas a projetos de demissão coletiva por motivos econômicos, poderá o dito projeto ser submetido à Comissão Paritária de Emprego competente, nos termos do art. 12.

Finalmente, se uma demissão coletiva de ordem econômica suscitar problemas de remoção de pessoal, não equacionados a nível da empresa, esses serão submetidos às Comissões Paritárias de Emprego, nos termos do art. 15.

O relatório anual supracitado compreenderá um balanço da atuação havida por ocasião das demissões coletivas porventura submetidas às Comissões Paritárias de Emprego.

As Comissões Paritárias Profissionais de Emprego devem, outrossim, nos termos do acordo de 9 de julho de 1970 sobre a formação e o aperfeiçoamento profissionais, elaborar e atualizar uma relação nominal de cursos, estágios e sessões por elas considerados interessantes para a profissão, selecionados com critérios estabelecidos por elas, entre os quais critérios de conteúdo e de valor pedagógico das formações.

As Comissões Paritárias de Emprego mencionarão as categorias de trabalhadores às quais se destina cada um dos cursos, estágios ou sessões relacionados.

Outrossim, compete às Comissões Paritárias Profissionais de Emprego consideradas a natureza e duração das formações por elas registradas, determinar em que circunstâncias e por que prazo será total ou parcialmente mantida a remuneração além do prazo de quatro semanas ou 160 horas previsto no art. 35 do acordo supracitado, bem como examinar, nesse âmbito, as condições de eventual pagamento de taxas de matrícula

e mensalidades pela empresa em caso de demissão coletiva por motivos econômicos.

Além disso, as Comissões Paritárias Profissionais de Emprego relacionarão os centros ou estabelecimentos de ensino em que poderão os empregados interessados pelo Aditamento de 30 de abril de 1971 ao Acordo de 9 de julho de 1970, pleitear funções de docência, beneficiando-se do disposto nos arts. 7.º e 12 desse aditamento.

6. As comissões definem a periodicidade de suas reuniões, não inferior a uma reunião por semestre.

7. A organização patronal será responsável pelo secretariado da comissão.

8. As Comissões Paritárias de Emprego deverão tomar quaisquer iniciativas cabíveis para estabelecer, em sua jurisdição territorial e profissional, as relações necessárias com as administrações, comissões e comitês oficiais que tenham atribuições em matéria de emprego, como, particularmente, a Agência Nacional do Emprego, a AFPA (Associação Nacional para a Formação Profissional dos Adultos) e os Comitês Regionais de Formação Profissional, Promoção Social e Emprego, bem como com a Associação para o Emprego dos Executivos — APEC —, a Unedic (União Nacional para o Emprego na Indústria e no Comércio) e as Assedic (Associação Nacional para o Emprego na Indústria e no Comércio), com vistas a trocar qualquer informação do seu interesse, particularmente de ordem estatística. As Comissões Paritárias de Emprego tentarão obter a cooperação dessas entidades para sua atuação, oferecendo-lhes a sua colaboração.

9. (Aditamento de 21 de novembro de 1974). As organizações signatárias deste acordo reunir-se-ão anualmente, decorrido um ano a partir de sua assinatura, para examinar a situação do emprego e fazer um balanço de sua aplicação e da atuação das Comissões Paritárias.

TÍTULO II — INFORMAÇÃO E CONSULTA SOBRE PROJETOS DE DEMISSÃO POR MOTIVOS ECONÔMICOS

(Acordo de 20 de outubro de 1986)

10. (Acordo de 20 de outubro de 1986) — I — O intercâmbio de pontos de vista relativos à evolução do emprego deve ser praticado de forma regular no âmbito do Comitê de Empresa ou do Comitê de Estabelecimento. Nessas reuniões, serão fornecidas informações sobre o número de trabalhadores avulsos em exercício, sua lotação e as razões que motivam a utilização desses.

Outrossim, tão logo tenha a diretoria condições de prever o impacto, sobre o emprego, de decisões de fusão, concentração ou reestruturação,

deve informar o Comitê de Empresa ou Estabelecimento, consultá-lo e estudar com ele as modalidades de realização desses projetos, especialmente no que diz respeito à eventual utilização do Fundo Nacional para o Emprego.

Aplica-se a mesma rotina no tocante às conseqüências previsíveis, sobre o emprego, das mutações tecnológicas. Em empresas ou estabelecimentos sujeitos à legislação sobre os Comitês de Empresa, caso essas mutações sejam importantes e rápidas, elaborar-se-á um plano de adaptação que será comunicado, para fins de informação e consulta, ao Comitê de Empresa ou Estabelecimento, junto com os outros elementos de informação relativos à introdução de novas tecnologias. Não havendo disposições convencionais da categoria, este plano inspirar-se-á, especialmente, do disposto no art. 12 (I) deste acordo e no art. 38 do Acordo Nacional Interprofissional de 9 de julho de 1970 sobre formação e aperfeiçoamento profissionais, modificado, permitindo as adaptações necessárias no menor prazo possível. Esse plano também será comunicado ao Comitê de Higiene, Segurança e Condições de Trabalho. O Comitê de Empresa ou Estabelecimento será regularmente informado e periodicamente consultado sobre a realização desse plano.

Caso a empresa seja obrigada a pedir concordata, informará e consultará imediatamente seu Comitê de Empresa.

II — Se o Comitê de Empresa ou Estabelecimento for consultado sobre um projeto de demissão coletiva por motivos econômicos, esta consulta deve constar da pauta.

Para garantir ao Comitê de Empresa ou Estabelecimento uma informação completa e permitir que cumpra efetivamente sua função consultiva, nos termos da lei e do inciso IV do Preâmbulo deste acordo, a diretoria deve, em documento escrito anexo à convocação:

- comunicar as razões econômicas, financeiras ou técnicas que a levaram a apresentar o projeto submetido à apreciação do Comitê;
- precisar o número de empregados habituais, o número de demissões previstas e as categorias profissionais abrangidas;
- comunicar cronograma tentativo de demissões.

Para a aplicação deste título, não havendo na empresa ou no estabelecimento Comitê de Empresa ou Estabelecimento, os delegados dos empregados serão informados e consultados no lugar do dito Comitê.

11. (Acordo de 20 de outubro de 1986). Nos termos da diretiva n.º 75/129 do Conselho das Comunidades Européias, para qualquer projeto de demissão coletiva por motivos econômicos abrangendo ao menos 10 empregados em período contínuo de 30 dias, a diretoria remeterá à autoridade administrativa competente notificação escrita de que constarão as informações previstas no art. 10 (II) supra.

Nas empresas ou estabelecimentos dotados de Comitê de Empresa ou Estabelecimento, essa notificação será realizada a partir do dia da reunião em que, nos termos do art. 10, deve ser consultado o Comitê competente.

12. (Acordo de 20 de outubro de 1986). A diretoria deverá tomar todas as providências cabíveis para evitar demissões por motivos econômicos, limitar o seu número, bem como facilitar a transferência dos empregados cuja demissão não pode ser evitada, na seguinte forma:

I — nas empresas ou estabelecimentos sujeitos à legislação sobre os Comitês de Empresa, se o projeto de demissão por motivos econômicos abranger pelo menos 10 empregados em período contínuo de 30 dias, a diretoria submeterá ao Comitê de Empresa ou Comitê de Estabelecimento um Plano Social anexo à convocação para a reunião prevista no art. 10 (II). Esse plano será comunicado, para fins de informação, à autoridade administrativa competente e à Comissão Paritária de Emprego, e comportará medidas como:

— modificação e/ou redução da jornada de trabalho, desde que exequível e capaz de evitar demissões;

— horário parcial voluntário;

— aplicação de medidas de reciclagem;

— exame das possibilidades de transferência interna ou, se for o caso, externa;

— levantamento das estruturas de formação suscetíveis de facilitar essas reciclagens e transferências;

— ampliação do período de efetivação das demissões, facilitando assim as medidas de transferência;

— medidas suscetíveis de levar em conta problemas específicos de determinados empregados, especialmente os deficientes (nos termos da legislação vigente) e as gestantes;

— realização de balanços avaliativos, oferecendo aos interessados uma visão de sua situação no mercado de trabalho, em função de suas capacidades profissionais adquiridas ou potenciais;

— treinamento em técnicas de busca de emprego;

— apoio às aposentadorias voluntárias e antecipadas, bem como à realização de projetos individuais;

— apoio à volta para o país de origem;

— instalação de estruturas adequadas de informação e aconselhamento dos interessados em matéria de formação, bem como de estruturas de intermediação com entidades como a AFPA (Associação Nacional para a Formação Profissional dos Adultos), a ANPE (Agência Nacional para o

Emprego), a APEC (Associação para o Emprego dos Executivos), as ASSEDIC (Associação para o Emprego na Indústria e no Comércio);

— convênios com o Fundo Nacional do Emprego;

— Convênios de Reciclagem, previstos no Capítulo II do acordo nacional interprofissional de 20 de outubro de 1986.

(Aditamento de 12 de abril de 1988) “Os problemas de reciclagem dos empregados devem sempre ser abordados na primeira reunião do Comitê de Empresa ou Comitê de Estabelecimento”.

A diretoria estudará, no prazo previsto no art. 13 (II), as sugestões porventura formuladas pelo Comitê de Empresa ou Estabelecimento em relação ao Plano Social, fornecendo resposta fundamentada.

Após a segunda reunião do Comitê de Empresa ou Estabelecimento prevista no art. 13 (II), esse prazo perde o efeito suspensivo. No entanto, a demissão só pode ser notificada aos empregados vencido o prazo previsto nesse artigo.

II — Nos casos não previstos no caput do parágrafo I deste artigo, quaisquer que sejam o número de empregados da empresa ou estabelecimento e o número de empregados abrangidos pelo projeto de demissão por motivos econômicos, a diretoria deverá liberar, nos limites definidos no art. 14 do Capítulo II do Acordo Nacional Interprofissional de 20 de outubro de 1986, recursos destinados à implementação dos Convênios de Reciclagem supracitados e examinar de forma apurada as possibilidades abertas pelos Convênios de Auxílios Especiais do Fundo Nacional do Emprego, nos termos do Memorando de 20 de outubro de 1986.

Sendo coletiva a demissão, o Comitê de Empresa ou Estabelecimento, se houver, será consultado a esse respeito.

13. (Acordo de 20 de outubro de 1986) I — Caso o projeto de demissão por motivos econômicos abranja menos de 10 empregados em período contínuo de 30 dias, a demissão de cada empregado com pelo menos um ano de antigüidade, independentemente do número de empregados da empresa ou estabelecimento, deve obedecer processo comportando:

— a convocação do interessado para entrevista prévia, podendo essa convocação ser remetida por carta registrada ou entregue em mãos contra recibo;

— uma entrevista, realizada nos termos do art. L, n.º 122/14 do Código do Trabalho;

— um prazo de sete dias entre a data de entrevista constando da convocação e a notificação da demissão, sendo este prazo de 15 dias em caso de demissão individual de empregado com cargo de chefia;

— a comunicação, na carta prevista no art. L. n.º 22/14-1 do Código do Trabalho, do motivo ou dos motivos econômicos da demissão.

No entanto, caso as condições econômicas tenham levado a empresa ou estabelecimento sujeito à legislação sobre Comitês de Empresa a reiterar demissões por motivos econômicos segundo o processo supracitado e o número total de demissões seja de 30 pessoas em prazo contínuo de seis meses, qualquer nova demissão por motivos econômicos prevista nos seis meses subsequentes deverá obedecer o disposto no art. 12 (I).

11 — Se o projeto de demissão abranger pelo menos 10 empregados em um período contínuo de 30 dias, deve ser observado um prazo preestabelecido máximo entre a notificação à autoridade administrativa competente, prevista na segunda alínea do art. 11, e a notificação da demissão aos empregados interessados, ressalvados os casos de força maior ou de circunstâncias econômicas excepcionais que comportem um caráter de urgência.

O prazo supracitado é de:

— 30 dias, se o número de demissões previstas na empresa ou estabelecimento for 10, no mínimo, e 99, no máximo;

— 45 dias, se o número de demissões previstas for 100, no mínimo, e 249, no máximo;

— 60 dias, se o número de demissões previstas for igual ou superior a 250.

Esse prazo é particularmente destinado à realização de uma segunda reunião do Comitê de Empresa ou Estabelecimento.

Em função dos prazos supracitados, essa reunião deve ser realizada no prazo de, respectivamente, 7 dias, 14 dias e 21 dias, contados da data prevista para a reunião mencionada no art. 10 (II).

Nas empresas ou estabelecimentos não dotados de Comitê de Empresa ou Estabelecimento, deve ser observado um prazo de 30 dias, nos termos da Diretiva n.º 75/129 do Conselho das Comunidades Europeias, entre a notificação prevista no art. 11 deste acordo e a notificação das demissões aos empregados interessados.

É facultado à autoridade administrativa competente reduzir esse prazo, para empresas ou estabelecimentos signatários de acordo coletivo relativo às modalidades de demissão e, particularmente, a certas disposições do art. 12 (I) deste acordo, ou que estejam aplicando as disposições de convenção ou acordo coletivo disciplinando esta matéria.

14. (Acordo de 20 de outubro de 1986). De comum acordo entre a Diretoria e o Comitê de Empresa ou Estabelecimento, ou se o projeto de

demissão por motivos econômicos abranger pelo menos 10 empregados em período contínuo de trinta dias, as dificuldades eventualmente havidas por ocasião do projeto de demissão poderão ser examinadas:

— ou na instância hábil mais próxima do lugar de demissão, pelas organizações sindicais de empregadores e de empregados com representação nas Comissões Paritárias de Emprego, presentes os representantes da diretoria e dos empregados da empresa ou estabelecimento interessado e, eventualmente, das administrações e órgãos com atribuições nessa matéria;

— ou pela Comissão Paritária de Emprego competente que, com vistas a solucionar as dificuldades, poderá tomar qualquer disposição para facilitar uma reunião das partes em instância hábil, bem como solicitar a colaboração dos representantes das administrações e órgãos com atribuições em matéria de emprego, formação ou colocação.

Este exame obedecerá os prazos previstos no art. 13.

As organizações sindicais supracitadas e as Comissões Paritárias de Emprego, profissionais e interprofissionais, deverão articular-se para evitar qualquer superposição de atuações.

TÍTULO III — GARANTIAS OFERECIDAS EM CASO DE REMOÇÃO E DEMISSÃO COLETIVA DE ORDEM ECONÔMICA

15. (Aditamento de 21 de novembro de 1974). Caso não tenha sido evitada demissão coletiva por razões (Acordo de 20 de outubro de 1986) “econômicas”, surgindo problemas de transferência, podem esses problemas ser submetidos às organizações sindicais de empregadores e empregados mencionadas (Acordo de 20 de outubro de 1986) “no art. 14”, bem como às Comissões Paritárias de Emprego competentes:

— de comum acordo entre a Diretoria e o Comitê de Empresa ou Estabelecimento;

— se a demissão abranger mais de 10 empregados lotados no mesmo estabelecimento (sendo eventualmente computado este número em período de 30 dias).

As organizações sindicais ou comissões supracitadas tentarão elaborar um plano que comporte propostas de transferência ou treinamento para a transferência, levando em consideração os diversos regimes de indenização em vigor.

É facultado às organizações sindicais ou comissões supracitadas constituir Comissões Interventoras, formadas por representantes das organizações sindicais ou Comissões Paritárias envolvidas, destinadas a atuar lo-

calmente, ao nível mais próximo possível do local de demissão, com colaboração dos representantes de quaisquer administrações ou organismos, como aqueles enumerados no art. (?) (original ilegível), suscetíveis de contribuir para a transferência, o treinamento, a reciclagem, o aperfeiçoamento e a indenização dos empregados demitidos.

Essas Comissões Interventoras, que só existirão transitoriamente, nos limites do mandato a elas outorgado, exercerão um papel de facilitação, coordenação, assessoramento e orientação.

As organizações sindicais supracitadas e as Comissões Paritárias de Emprego, profissionais e interprofissionais, deverão articular-se para evitar qualquer superposição de atuação.

16. Se uma operação de fusão, concentração ou reestruturação acarretar redução do quadro de empregados, deverá essa redução, tanto quanto possível, ser efetivada mediante afastamentos naturais e voluntários.

Nesse mesmo caso, se a empresa realizar remoções internas, deve procurar evitar que essas acarretem rebaixamento dos empregados, mediante a adaptação de postos de trabalho e a promoção de readaptações e treinamentos, de preferência mediante convênios que ofereçam aos empregados os benefícios da legislação vigente.

17. (Aditamento de 21 de novembro de 1986). Caso a empresa tenha realizado remoções internas com vistas a reduzir o número de empregados abrangidos em demissão coletiva por motivos (Acordo de 20 de outubro de 1986) "econômicos", não sendo possível evitar o rebaixamento de determinados empregados, a empresa garantirá ao trabalhador rebaixado a manutenção de seu nível salarial por prazo igual ao de aviso prévio aplicável em caso de demissão, não inferior a:

— três meses, para os empregados com mais de três anos de antigüidade no dia de efetivação da remoção;

— quatro meses, para os empregados com mais de cinco anos de antigüidade no dia de efetivação da remoção;

— cinco meses, para os empregados com mais de dez anos de antigüidade no dia de efetivação da remoção.

18. (Acordo de 20 de outubro de 1986). Caso o rebaixamento acarrete redução do nível salarial igual ou superior a 5% e o empregado tenha ao menos um ano de antigüidade na empresa, este fará jus à indenização temporária regressiva por um prazo de seis meses, contados do vencimento do prazo previsto no art. 17. No entanto, se a empresa tiver concluído com o Fundo Nacional do Emprego convênio garantindo a seus empregados o auxílio temporário regressivo previsto no art. L, 322-4 do

Código do Trabalho este substitui a indenização temporária regressiva instituída por este artigo.

O valor da indenização temporária regressiva paga durante os seis meses consecutivos ao vencimento do prazo previsto no art. 17 é igual às seguintes percentagens da diferença entre o antigo e o novo salários:

- no primeiro e segundo mês: 80%;
- no terceiro e quarto mês: 60%;
- no quinto e sexto mês: 40%.

O salário-hora antigo é igual à média dos salários-base pagos por 39 horas semanais de trabalho nos três meses antecedentes ao rebaixamento, incluídos os adicionais.

19. Em caso de remoção do empregado para outro estabelecimento da mesma empresa, a antigüidade adquirida no estabelecimento precedente entra no cômputo da antigüidade no novo estabelecimento.

20. Caso a remoção leve o empregado a empregar-se em outro estabelecimento da mesma empresa, esta deve tomar todas as providências que se fizerem necessárias para que o interessado receba o Auxílio de Transferência previsto na Lei de 18 de dezembro de 1963 relativa ao Fundo Nacional do Emprego.

21. O empregado objeto de remoção com rebaixamento fará jus, pelo prazo de um ano, à prioridade de transferência se um posto de igual natureza for desocupado em sua antiga categoria.

22. As empresas devem estudar as possibilidades de transferência suscetíveis de convir aos empregados cuja demissão teve que ser decidida, bem como os meios de formação e reciclagem a que possam recorrer, informando o respectivo Comitê de Empresa ou Estabelecimento.

23. O empregado demitido no marco de demissão (Acordo de 20 de outubro de 1986) "por motivos econômicos" em consequência de operação de fusão, concentração ou reestruturação que encontrar um novo emprego no decorrer do aviso prévio poderá afastar-se sem sofrer desconto correspondente ao restante do prazo de aviso prévio, sem prejuízo da indenização de demissão prevista em lei ou convenção, só podendo a empresa recusar este acordo por necessidade de serviço.

As horas livres para procura de emprego, consuetudinárias ou previstas em convenção coletiva, poderão ser agrupadas de forma definida com a empresa.

24. A assistência prestada pelas Assedic (Associação para o Emprego na Indústria e no Comércio) aos empregados demitidos deve ser

facilitada pelas empresas, que, para tanto, efetuarão todos os contatos necessários com as Assedic competentes.

25. (Acordo de 20 de outubro de 1986). O empregado demitido por motivos econômicos ou que tiver aceito um contrato de reciclagem fará jus à prioridade de readmissão, por um prazo de um ano contado da rescisão contratual, desde que declare optar por essa possibilidade no prazo de dois meses, contados de seu afastamento. Neste caso, a empresa informará ao empregado interessado qualquer liberação de vaga correspondente à sua qualificação.

No entanto, esta disposição não deve ter efeito contrário às obrigações instituídas pela legislação trabalhista em relação às prioridades do emprego.

26. É facultado ao empregado demitido e contratado por outra empresa que não dá férias coletivas anuais obter da nova empresa, a pedido, licença não remunerada, desde que tenha antigüidade inferior a um ano a 1.º de junho do ano em curso e tenha recebido, na última rescisão contratual, férias proporcionais referentes ao mesmo período aquisitivo.

A licença não remunerada prevista neste artigo tem a mesma duração que as férias adquiridas na empresa demitente.

ACORDO NACIONAL INTERPROFISSIONAL DE 20 DE OUTUBRO DE 1986

(Relativo ao emprego)

No tocante à extensão e ampliação deste acordo nacional, ver a Portaria de 31 de dezembro de 1986, supra, após o art. 30 do Acordo Nacional Interprofissional de 10 de fevereiro de 1969;... a extensão e ampliação do aditamento de 12 de abril de 1988 a este acordo, ver duas portarias de 29 de abril de 1988 (Diário Oficial de 30 de abril.)

As empresas devem, em qualquer situação, procurar estabelecer previsões no sentido de traçar uma política ativa e dinâmica de emprego, identificando os problemas decorrentes do impacto das variações conjunturais e da introdução de novas tecnologias sobre o volume e a natureza de seu quadro funcional.

O planejamento rigoroso da formação deveria permitir equacionar, com a maior antecedência possível, as demissões supervenientes, especialmente pela prática dinâmica de operações internas de reciclagem.

Os ramos profissionais procurarão identificar os meios suscetíveis de ampliar o papel das Comissões Paritárias de Emprego, em apoio a essa política.

CAPÍTULO — I

Dá nova redação ao Acordo Nacional Interprofissional sobre a estabilidade no emprego

Art. 1.º Ver, acima, o Acordo Nacional Interprofissional de 10 de fevereiro de 1969, Título II, arts. 10 a 14.

2 a 5. Ver, acima, o Acordo nacional interprofissional de 10 de fevereiro de 1969, arts. 15, 17, 18, 23, 25 e 29.

6. Aplicar-se-á o disposto neste Capítulo aos processos de demissão por motivos econômicos abertos a partir de 1.º de janeiro de 1987, desde que previamente observadas as medidas prescritas pelo Memorando de 20 de outubro de 1986.

CAPÍTULO II

Institui os Convênios de Reciclagem

No texto do Acordo de 20 de outubro de 1986, a expressão “convênio de reciclagem” passa a substituir a expressão “contrato de reciclagem” (Aditamento de 12 de abril de 1988).

7. São instituídos convênios de reciclagem, com vistas a facilitar a transferência de empregados que, devido à extinção de seu emprego, não podem ser conservados na empresa, fornecendo-lhes um treinamento tão adequado quanto possível.

Nos casos de demissão coletiva por motivos econômicos, em que, na forma do art. 12 (I) do Acordo Nacional Interprofissional de 10 de fevereiro de 1969, modificado, é obrigatória a elaboração de um Plano Social, os convênios de reciclagem farão parte das medidas suscetíveis de compor esse plano, vedada qualquer outra medida da mesma natureza.

Nos casos de demissão por motivos econômicos em que não houver obrigação de elaboração de um Plano Social, a diretoria deverá liberar recursos, na forma do art. 12 (II) do acordo supracitado, para a execução dos convênios de reciclagem, vedada qualquer outra medida da mesma natureza, nos limites estabelecidos no art. 14 do Capítulo II do Acordo Nacional Interprofissional de 20 de outubro de 1986.

8. Fazem jus ao convênio de reciclagem os empregados com dois anos de antigüidade, ressalvadas disposições convencionais mais favoráveis.

É facultado a cada empregado interessado, após receber a devida informação individual e escrita, aceitar ou recusar o convênio de reciclagem. Constarão do documento escrito por ele recebido o prazo para res-

posta e a data em que, em caso de anuência, será rescindido seu contrato de trabalho.

Caso a demissão por motivos econômicos abranja menos de dez empregados em período contínuo de trinta dias, essa informação toma a forma de documento escrito, entregue ao empregado interessado na entrevista prevista no art. 13 (I) do Acordo Nacional Interprofissional de 10 de fevereiro de 1969, modificado. O empregado dispõe de um prazo de (Aditamento de 12 de abril de 1988) "vinte e um dias", contados dessa entrevista, para comunicar a sua resposta.

(Aditamento de 12 de abril de 1988). "No sétimo dia consecutivo à entrevista prévia — no décimo quinto, para os titulares de cargo de chefia —, a empresa remeterá ao empregado interessado a carta registrada com aviso de recebimento prevista no art. L, 122-14-1, inciso 3, do Código do Trabalho, de que constarão:

— o prazo disponível para aceitar ou recusar o convênio de reciclagem;

— a informação de que, em caso de recusa, a carta registrada terá valor de notificação da demissão, correndo o aviso prévio a partir do recebimento da mesma, na forma do art. L, 122-14-1 supracitado."

Caso a demissão coletiva por motivos econômicos abranja ao menos dez empregados em período contínuo de trinta dias, o documento acima referido será entregue a cada empregado interessado, imediatamente após a segunda reunião do Comitê de Empresa ou Estabelecimento prevista no art. 13 (II) do Acordo Nacional Interprofissional de 10 de fevereiro de 1969, modificado. O empregado disporá de um prazo de quinze dias, contados da entrega desse documento, para comunicar sua resposta.

(Aditamento de 12 de abril de 1988). "Neste caso, o prazo pode ser ampliado pela empresa, se necessário, para mais completa informação, observados os prazos de conclusão do processo de demissão previstos no Capítulo 1.º deste acordo".

Em qualquer hipótese, a omissão de resposta no prazo previsto importa recusa.

(Aditamento de 12 de abril de 1988). "É sistematicamente proposta a cada empregado interessado a realização, no decorrer do período de reflexão outorgado, de pré-balanço de avaliação e orientação, destinado a assessorá-lo nessa opção. Esse pré-balanço é coordenado pela ANPE (Agência Nacional para o Emprego) e, para os titulares de cargo de chefia, pela APEC (Associação para o Emprego dos Executivos)".

9. O contrato de trabalho do empregado que aceitou convênio de reciclagem proposto pela empresa é automaticamente rescindido, de comum acordo entre as partes.

Efetiva-se a rescisão ao término do prazo de resposta de (Aditamento de 12 de abril de 1988) “vinte e um dias” ou quinze dias de que dispõe o empregado, o qual, no dia seguinte, faz jus ao estatuto estabelecido pelo convênio de reciclagem.

A rescisão dá direito, não obstante o disposto no *caput* deste artigo, à indenização de demissão prevista em lei ou convenção coletiva, calculada com base na antigüidade adquirida se o empregado cumprisse o aviso prévio.

10. Os empregados beneficiários de convênio de reciclagem fazem jus a estatuto particular, até sua transferência e, no máximo, por cinco meses.

Esse estatuto garante que:

— sejam considerados estagiários da formação profissional;

— (Aditamento de 12 de abril de 1988) recebam da Assedic (Associação para o Emprego na Indústria e Comércio), com que têm vínculo, auxílio igual a:

— 83% de seu salário bruto anterior, nos dois primeiros meses;

— 70% de seu salário bruto anterior, nos três meses subseqüentes, não podendo este auxílio ser inferior ao valor do auxílio-desemprego básico a que fariam jus no mesmo período.

“Os empregados beneficiários de convênio de reciclagem contribuem para a aposentadoria complementar nas mesmas formas, base de cálculo e índice que os desempregados que recebem auxílio-desemprego básico”.

11. O salário anterior, base de cálculo do auxílio específico, é igual à média dos salários pagos nos doze meses antecedentes à rescisão pela jornada legal ou convencional de trabalho, incluídos os adicionais.

(Aditamento de 12 de abril de 1988). “A última empresa paga mensalmente à Assedic (Associação para o Emprego na Indústria e o Comércio) quantia igual a um quinto do aviso prévio indenizado devido se o empregado não optar pelo convênio de reciclagem, não podendo a soma desses pagamentos exceder o valor de dois salários ou, se a demissão abranger menos de dez empregados em período contínuo de trinta dias, de dois salários menos quatorze salários-dia. Caso o aviso prévio indenizado corresponda a período superior a dois meses, o excedente será pago ao interessado no ato da rescisão contratual”.

12. (Aditamento de 12 de abril de 1988). “O empregado optante por convênio de reciclagem faz jus à realização de balanço de avaliação e orientação que visa, de uma parte, em complementação ao pré-balanço

e na medida do necessário, avaliar sua habilidade profissional, a necessidade de treinamento e sua aptidão para tal e, por outra parte, permitir o acompanhamento individual pela duração do convênio de reciclagem."

Esses balanços são realizados diretamente pela ANPE (Agência Nacional para o Emprego) (ou pela APEC, no caso dos titulares de cargo de chefia) ou, sob sua coordenação, pela AFPA (Associação Nacional para a Formação Profissional de Adultos) ou entidades profissionais ou interprofissionais qualificadas, em prazo compatível com a efetiva realização do *treinamento*.

Em vista dos resultados desse balanço, comunicados à empresa e ao empregado interessados, a ANPE ou, para os titulares de cargo de chefia, a APEC propõem aos optantes estágios de treinamento de até 300 horas de duração, selecionados entre aqueles oferecidos por agências de formação públicas e privadas em condições de trazer uma contribuição.

As Comissões Paritárias de Emprego, em função da oferta de empregos prevista no setor profissional ou geográfico envolvido, estabelecerão prioridades de formação, em que deverão enquadrar-se, tanto quanto possível, os estágios propostos pela ANPE e a APEC.

É facultado à empresa, se dispuser dos recursos pedagógicos necessários, oferecer estágios de treinamento.

Pela duração do convênio de reciclagem, a empresa participará do acompanhamento do treinamento dos empregados optantes, podendo ela delegar essa responsabilidade à Comissão Paritária de Emprego.

13. Uma célula de reciclagem será responsável pelo *acompanhamento do empregado pela duração do convênio de reciclagem*.

A célula poderá ser composta por representantes de entidades como a ANPE (Agência Nacional para o Emprego), a APEC (Agência Nacional para o Emprego dos Executivos), a AFPA (Associação Nacional para a Formação Profissional de Adultos), as Comissões Paritárias de Emprego, as Assedic (Associação para o Emprego na Indústria e no Comércio), as ASFO (Associação para a Formação e o Treinamento do Pessoal), as FAF (Fundo de Seguro-Formação) e, particularmente, a AGEFOS-PME (Associação para a Gestão do Fundo de Seguro-Formação dos Empregados de Pequenas e Médias Empresas).

A célula ajuda e aconselha o empregado no balanço de avaliação e orientação, bem como na busca de estágio adequado, particularmente de estágios de treinamento em busca de emprego, reatualização e adaptação para emprego qualificado.

A célula procura facilitar a transferência, particularmente por meio de prospecção ativa do mercado de trabalho.

A célula comunica qualquer informação útil à empresa, ao Comitê de Empresa ou Estabelecimento e às diversas instâncias envolvidas, incluídas as Comissões Paritárias de Emprego, garantindo a circulação da informação entre essas.

14. As empresas sujeitas à contribuição para a educação contínua contribuem para o custeio do estágio de treinamento e do balanço de avaliação e orientação, pagando 4.000 FF por empregado optante.

Essa quantia é imputada na contribuição de 0,8% destinada à formação profissional contínua, podendo a empresa escalonar a imputação no exercício corrente e nos dois exercícios subsequentes. Outrossim, é facultado à empresa imputar essa quantia nos "direitos de saque" porventura disponíveis, bem como solicitar a participação dos fundos múltiplos a que tem acesso.

(Aditamento de 12 de abril de 1988). "As quantias correspondentes a todos os encargos sociais que seriam devidos nos dois meses de aviso prévio, eventualmente reduzidos de quatorze dias, mencionados no art. 11, serão pagas pela empresa conforme instruções baixadas pela administração pública".

15. Além da atuação da ANPE (Agência Nacional para o Emprego) e, para os titulares de cargos de chefia, da APEC (Associação para o Emprego dos Executivos), as Comissões Paritárias do Emprego participarão da transferência dos interessados, de acordo com suas atribuições nessa matéria.

A empresa também deverá participar ativamente dessa transferência.

16. (Aditamento de 12 de abril de 1988). "A empresa que admite empregado beneficiário de convênio de reciclagem — desde que ainda não matriculado em estágio de treinamento desse convênio, ressalvados os estágios de treinamento em técnicas de busca de emprego — proporcionar-lhe-á, se houver por bem, treinamento de até 300 horas de duração, sendo esse treinamento financiado pelo antigo empregador e o Estado na forma prevista em caso de convênio de reciclagem, sendo o convênio substituído, nesse caso, pela admissão.

O interessado será admitido mediante contrato de trabalho por prazo indeterminado ou determinado, com o mesmo estatuto que os outros empregados da empresa. Nos primeiros cinco meses, sua remuneração será igual ou superior ao salário mínimo da categoria profissional em que tenha sido admitido ou, em todo caso, ao SMIC (Salário Mínimo Interprofissional de Desenvolvimento).

(Aditamento de 12 de abril de 1988). "Se o empregado beneficiário de Convênio de Reciclagem, em prazo de dois meses, for admitido por

empresa, com contrato de trabalho por prazo igual ou superior a seis meses, a Assedic (Associação para o Emprego na Indústria e o Comércio) ressarcirá ao empregador, *pro rata temporis* contado da admissão, as quantias devidas pelo empregador antecedente em aplicação do segundo inciso do art. 11^o.

17. Os signatários deste acordo reunir-se-ão no decorrer do terceiro trimestre do ano 1988 para estabelecer o balanço da aplicação das medidas relativas ao convênio de reciclagem, em vista de cujos resultados poderá ser alterado o ratio da participação financeira das partes envolvidas.

Decorridos três anos contados da entrada em vigor deste Capítulo, não se concederá mais o benefício de convênios de reciclagem, salvo em caso de prorrogação das disposições deste Capítulo em termos a serem acertados entre os signatários. Para tanto, reunir-se-ão os signatários com antecedência máxima de três meses antes do término da vigência deste acordo.

18. Aplicar-se-á o disposto neste Capítulo aos empregados objeto de processos de demissão abertos a partir de 1.^o de janeiro de 1987, desde que:

— o poder público adote as leis e decretos disciplinando a participação do Estado no custeio dos convênios de reciclagem, bem como as modalidades da cobertura social outorgada aos empregados optantes por esses convênios;

— as confederações signatárias da Convenção de 19 de novembro de 1985 relativa ao seguro-desemprego adotem disposições:

fixando a participação da UNEDIC (União Nacional para o Emprego na Indústria e o Comércio) no custeio do auxílio de reciclagem e do treinamento;

reduzindo em dois meses a duração do benefício de auxílio básico de seguro-desemprego pago aos empregados não transferidos ao término do convênio de reciclagem;

— as partes envolvidas

determinem as modalidades de arrecadação das quantias pagas pelas empresas à Unedic (União Nacional para o Emprego na Indústria e o Comércio) e ao Estado para o custeio do treinamento, bem como os vínculos a serem estabelecidos com diversas entidades suscetíveis de participarem do custeio e implementação desse treinamento;

determinem as modalidades de constituição, instalação e funcionamento das células de reciclagem previstas no art. 13 deste acordo, bem

como o papel a ser desempenhado, quando necessário, pelas Comissões Paritárias das Assedic (Associação para o Emprego na Indústria e o Comércio).

O disposto no Aditamento de 12 de abril de 1988 a este acordo aplica-se aos processos de demissão por motivos econômicos abertos a partir de 1.º de abril de 1988.

19. Este acordo será depositado, em cinco exemplares, na Diretoria Departamental de Trabalho e Emprego de Paris.

Feito em Paris, em 20 de outubro de 1986.

O Conselho Nacional do Patronato Francês, de uma parte, e

A Confederação Francesa Democrática do Trabalho;

A Confederação Geral do Trabalho — Força Operária;

A Confederação Francesa dos Trabalhadores Cristãos, de outra parte.

PORTARIA DE 6 DE MARÇO DE 1987

Dispõe sobre os Convênios de Reciclagem

(Diário Oficial de 28-3-1987)

Art. 1.º Os convênios de reciclagem celebrados pelo Estado, as empresas e os órgãos de gestão mencionados no art. L, 351-21 do Código do Trabalho, em aplicação do art. L, 322-3 do Código do Trabalho, devem ser lavrados na forma do convênio-padrão anexo a esta portaria.

CONVÊNIO DE RECICLAGEM CELEBRADO PELO ESTADO REPRESENTADO, A ASSEDIC REPRESENTADA E O EMPREGADOR

(Designação da empresa signatária e do estabelecimento interessado)

Razão social da empresa

Código APE (Atividade principal exercida)

Endereço da matriz

Código Postal

Número total de empregados da empresa

Nome do estabelecimento interessado

N.º SIRET

Endereço do estabelecimento

Código Postal

Número total de empregados do estabelecimento

Número de empregados a serem demitidos por motivo econômico

Número máximo de eventuais beneficiários do convênio

Acordou-se o seguinte:

Artigo 1.º

O número máximo de eventuais beneficiários deste convênio é fixado em

Obriga-se a empresa a informar à Assedic, no encerramento do prazo de adesão, o número real de optantes pelo convênio e a data de rescisão de seu contrato de trabalho.

Artigo 2.º

Os beneficiários deste convênio receberão proposta de realização de balanço de avaliação e orientação, bem como, se necessário, de estágios de treinamento de até trezentas horas de carga horária cuja utilidade tenha sido demonstrada por esse balanço.

(Portaria de 21 de junho de 1988). "Os beneficiários recebem mensalmente, por um prazo de até cinco meses, auxílio igual à seguinte percentagem da remuneração bruta recebida nos últimos doze meses: 83% nos dois primeiros meses, 70% nos três últimos meses." — Ver nota consecutiva ao art. 4 bis, infra.

Artigo 3.º

Obriga-se a ASSEDIC (Associação para o Emprego na Indústria e o Comércio) a pagar o auxílio previsto no art. 2.º aos empregados que atenderem aos requisitos estabelecidos no regulamento anexo à Convenção de (Portaria de 21 de junho de 1988) "26 de fevereiro de 1988" relativa ao seguro-reciclagem. — Ver nota consecutiva ao art. bis, infra.

Artigo 4.º

Obriga-se a empresa a pagar à Assedic competente, para cada beneficiário do convênio de reciclagem, quantia equivalente a dois meses do aviso prévio a ele devido se não optasse por este convênio.

Essa quantia será acrescida de todos os encargos patronais e salariais calculados em base aos salários, excetuadas as contribuições de seguridade social, diretamente recolhidas aos cofres dos órgãos arrecadadores da seguridade social.

A empresa liquida sua participação efetuando, a favor da Assedic um único pagamento, até o 25 do mês a vencer; ou

cinco pagamentos mensais, cada um no valor da quinta parte da participação.

Os débitos não liquidados no vencimento do prazo de arrecadação podem ser acrescidos dos juros de mora previstos no art. 12 do regulamento anexo à Convenção de (Portaria de 21 de junho de 1988) "26 de fevereiro de 1988", observado o disposto neste artigo. — Ver nota consecutiva no art. 4 bis, infra.

Artigo 4 bis

(Portaria de 21 de junho de 1988). A empresa que demite menos de dez empregados por motivos econômicos se obriga a pagar à Assedic competente, para cada beneficiário do convênio de reciclagem, quantia equivalente a dois meses do aviso prévio indenizado a ele devido se não optasse por este convênio, reduzida do valor correspondente a quatorze dias de salário.

Essa quantia será acrescida de todos os encargos patronais e salariais, calculados em base aos salários, excetuadas as contribuições de seguridade sociais, diretamente recolhidas aos cofres dos órgãos arrecadadores da seguridade social.

A empresa liquida sua participação na forma estabelecida no artigo anterior.

Aplica-se o disposto na Portaria de 21 de junho de 1988 aos convênios de reciclagem vinculados a processos de demissão abertos a partir de 1.º de abril de 1988.

Artigo 5.º

Primeiro caso. — *Empresas não sujeitas à obrigação de custeio.*

A empresa não sujeita à obrigação estabelecida no art. L, n.º 950-1, do Código do Trabalho, para o ano civil antecedente ao ano de celebração do convênio, é isenta da participação de 4.000 F por beneficiário.

Caso a empresa seja, de fato, sujeita à obrigação supramencionada, obriga-se a liquidar sua participação no custeio na forma definida no segundo caso, a seguir.

Segundo caso. — *Empresas sujeitas à obrigação de custeio, com quadro funcional habitual de até cinquenta empregados.*

Obriga-se a empresa a pagar à Assedic (Associação para o Emprego na Indústria e no Comércio) quantia de 4.000 F para cada beneficiário matriculado em estágio de treinamento.

Se a empresa comprovar que esgotou as possibilidades de custeio de sua participação de 4.000 F por beneficiário decorrente da obrigação mencionada no art. L, n.º 950-2 do Código do Trabalho, levando em conta as possibilidades de utilização dos direitos de saque, de créditos mútuos para a formação profissional contínua e de escalonamento previstas no art. L, n.º 950-5 do Código do Trabalho, faz jus ao ressarcimento, pelo Estado, de sua participação de 4.000 F por beneficiário.

Terceiro caso. — *Empresas com quadro funcional igual ou superior a cinquenta empregados.*

A empresa com quadro funcional igual ou superior a cinquenta empregados, assim definida nos arts. L, n.º 431-1 e L, n.º 431-2 do Código do Trabalho, obriga-se a pagar à Assedic a quantia de 4.000 F para cada beneficiário matriculado em estágio de treinamento.

(Portaria de 23 de julho de 1987). “Quarto caso. — *Empresa em concordata ou liquidação judicial.*”

“A empresa em concordata ou liquidação judicial é isenta da participação de 4.000 F por beneficiário, bem como da contribuição prevista no art. 4.º, inciso segundo.”

“A quantia prevista no *caput* do art. 4.º é paga pela Associação para a Gestão do Regime de Seguro dos Débitos Salariais, em conformidade com o disposto nos dois últimos incisos do art. L, n.º 143-11-1 do Código do Trabalho.”

“A empresa declara enquadrar-se nos casos: 1 — 2 — 3 — 4.”

Artigo 6.º

O Estado e a Assedic contribuem para o custeio dos estágios previstos no art. 2.º, na forma prevista na Convenção celebrada pelo Estado, a AGCC e a UNEDIC (União Nacional para o Emprego na Indústria e o Comércio).

A empresa — A Assedic — O Estado.

Obras Publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

Os pedidos a serem atendidos através da ECT deverão ser acrescidos de 50% (cinquenta por cento) de seu valor, para a cobertura das respectivas despesas postais, acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Deixamos de atender pedidos por reembolso postal em virtude de o preço de várias publicações desta Subsecretaria estar abaixo do mínimo exigido pela ECT para remessa através do referido sistema.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

Posto de Venda no Senado Federal: Via nº 2 — Unidade de Apolo I (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à direita deste) — Praça dos Três Poderes — CEP 70165 — Brasília, DF — Telefones: (061) 311-3578 e 311-3579. Fax: (061) 321-7333. Telex: (061) 1357.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. N.º 10, 12, 13/14, 17, 18, 46, 62, 79 a 85, 87 a 111.

Cr\$5.000,00

— Periódico trimestral de pesquisa jurídica. Lançamento: jan./mar. 1964, com circulação ininterrupta.

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.º 1 a 100.

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista

- Conteúdo: índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores (colaboradores); sumários.
- Editado de 10 em 10 números. Índices já publicados: 1 a 10; 1 a 20; 1 a 30; 1 a 40; 1 a 50; 1 a 60; 1 a 70; 1 a 80; 1 a 90; 1 a 100.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL — QUADRO COMPARATIVO

- Texto de 1988 comparado às Constituições de 1946 e 1967 e à Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Índice temático e tabelas.

Cr\$7.000,00

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série, com 6 volumes publicados; edição de 1987.

Cr\$2.000,00

- *Volume 1:* Alemanha (República Democrática); Bulgária; Hungria; Polónia; Romênia; Tchecoslováquia.
- *Volume 2:* Costa Rica; Nicarágua.
- *Volume 3:* Angola; Cabo Verde; Moçambique; São Tomé e Príncipe.
- *Volume 4:* Dinamarca; Finlândia; Noruega; Suécia.
- *Volume 5:* Áustria; Iugoslávia.
- *Volume 6:* Coréia; Filipinas; Suriname.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS. 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986.

Cr\$1.500,00

CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Cr\$1.500,00

— Lei n.º 6.029/90; legislação correlata. Índice temático.

CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989.

Cr\$2.000,00

— *Volume 1*: Anteprojeto de Código de Obrigações — Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).

— *Volume 2*: Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil — revisto (1964).

— *Volume 3*: Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e exercício da atividade mercantil (1964); Títulos de Créditos (1964).

— *Volume 4*: Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).

— *Volume 5*: — *Tomo 1*: Anteprojeto de Código Civil (1972).

Tomo 2: Anteprojeto de Código Civil — revisto (1973); índice temático comparativo (volumes 1 a 5).

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.ª edição — 1987.

Cr\$1.500,00

— Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados.

— Índice temático comparativo.

ESTATUTO DO MENOR E DO ADOLESCENTE

Cr\$2.000,00

— Lei n.º 6.029/90; legislação correlata. Índice temático.

Cr\$2.000,00

OBRAS NO PRELO

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS DO BRASIL

— Textos de 24 Estados, promulgados em 1989. Índice temático comparativo.

REGIMENTOS INTERNOS: SENADO FEDERAL — CÂMARA DOS DEPUTADOS — COMUM (CONGRESSO NACIONAL)

TEXTOS POLÍTICOS DA HISTÓRIA DO BRASIL

PROCESSO LEGISLATIVO

DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO FEDERAL — 1826 A 1993

ANAIS DO SENADO FEDERAL

ANAIS DO CONGRESSO

DECRETOS-LEGISLATIVOS

RESOLUÇÕES DO SENADO FEDERAL

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA
(Números 113 a 116 — jan./mar. a out./dez. 1992)

Cr\$30.000,00

O preço está acrescido de 50% de seu valor para a cobertura das despesas postais.

Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Autorizo a remessa dos números 109 a 112 da Revista de Informação Legislativa para o endereço abaixo discriminado:

Nome:

Endereço:

CEP: Cidade UF:

Data: / / Assinatura:

Obs.: O índice da Revista de Informação Legislativa (nºs 1 a 100) é de distribuição gratuita aos assinantes.

**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
Superior Tribunal de Justiça
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**

Estas Bibliotecas recebem, regular e gratuitamente, todas as obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas.