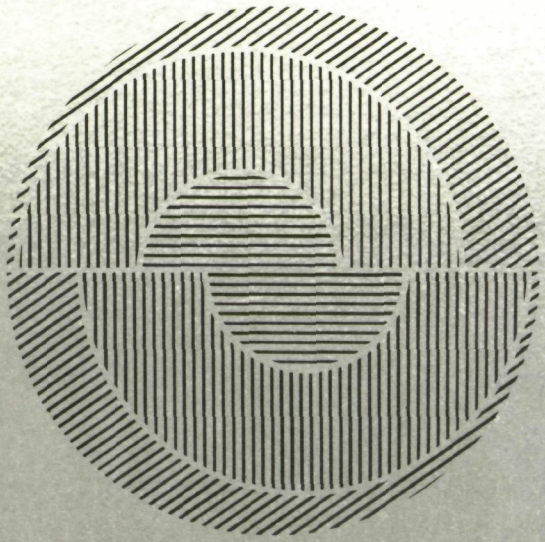
REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1992

ANO 29 • NÚMERO 116

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA
a. 29 n. 116 out./dez. 1992

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas — Senado Federal — Anexo I — Telefone: 223-4897 — 70160-900 — 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

ISSN 0034-835X

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

DIREITO COMPARADO

Constituição: Conceito, Objeto e Elementos (*)

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO
Professor Titular da UnB

SUMÁRIO

1. *Colocação do tema em perspectiva hermenêutica*

Um dos mais ricos achados da hermenêutica filosófica contemporânea foi a descoberta de que a compreensão do sentido de uma coisa, de

* Palestra proferida na OAB-DF, em 13-5-92, no Curso de Direito Constitucional e Administrativo.

um acontecimento ou de um estado de coisas pressupõe um *pré-conhecimento* daquilo que se quer compreender, pelo que toda a interpretação é guiada pela pré-compreensão do intérprete.

Explicando em que consiste essa pré-compreensão e qual a sua importância para a compreensão de algo, *MARTIN HEIDEGGER* — em quem o problema atinge o grau máximo de radicalização — assim resume a idéia:

> "A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a 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 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." *(Ser e Tempo.* Petrópolis, Vozes, 2.ª ed., 1988, Parte I, p. 207).

Noutras palavras, a interpretação de algo *como algo* move-se numa estrutura de antecipação, que corresponde à essência da compreensão, a qual se dá numa estrutura circular o chamado "círculo hermenêutico" —, em que a compreensão do particular supõe ou pressupõe uma compreensão do todo, sendo essa totalidade concebida como contexto histórico, como unidade da vida, como mundo-da-vida ou como totalidade de condição do ser-no-mundo.

Para melhor compreendermos essa forma de colocação do problema da compreensão, vejamos com RICHARD PALMER — um dos mais claros expositores dos problemas hermenêuticos — em que consiste esse círculo, que só aparentemente é vicioso.

> "Compreender — ensina PALMER — é uma operação essencialmente *referencial;* compreendemos algo quando o comparamos com algo que já conhecemos. Aquilo que compreendemos agrupa-se em unidades sistemáticas, ou círculos compostos de partes. O círculo como um todo define a parte individual, e as partes em conjunto formam o círculo. Por exemplo — prossegue PALMER — uma frase como um todo é uma unidade. Compreendemos o sentido de uma palavra individual quando a consideramos na sua referência à totalidade da frase; e,

reciprocamente, o sentido da frase como um todo está dependente do sentido das palavras individuais. Conseqüentemente um conceito individual tira o seu significado de um contexto ou horizonte no qual se situa; contudo, o horizonte constrói-se com os próprios elementos aos quais dá sentido. Por uma interação dialética entre o todo e a parte, cada um dá sentido ao outro; a compreensão é, portanto, circular. E porque o sentido aparece dentro deste *círculo* — arremata PALMER — chamamos-lhe *círculo hermenêutico.*" (Hermenêutica. Lisboa, Edições 70, 1986, pp. 93/94).

Então, para usar as palavras precisas de JOSÉ LAMEGO — figura relevante da moderna filosofia jurídica em Portugal — é dessa totalidade do mundo da compreensão que resulta a pré-compreensão, a qual abre um primeiro acesso à intelecção, na medida em que representa uma *antecipação* de sentido do que se compreende, uma expectativa de sentido determinada pela relação do intérprete com a coisa, no contexto de determinada situação; noutras palavras, a pré-compreensão constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão *(Hermenêutica e Jurisprudência.* Lisboa, Editorial Fragmentos, 1990, pp. 134/135).

O tema da pré-compreensão, que ampliou os horizontes da hermenêutica filosófica contemporânea, teve seu máximo desenvolvimento nos estudos do mais importante discípulo de HEIDEGGER — HANS-GEORG GADAMER — que muitos apontam como o verdadeiro fundador dessa nova hermenêutica.

Em sua obra fundamental — *Verdade e Método* — GADAMER retoma a problemática da pré-compreensão a partir dos estudos de HEIDEGGER, sobretudo de sua descrição do círculo hermenêutico como algo positivo para o processo da compreensão e não como um círculo vicioso, dentro do qual, emparedado, o sujeito cognoscente não tem acesso ao conhecimento do objeto.

Assim, partindo dessa noção de círculo hermenêutico, GADAMER relembra, com HEIDEGGER, que o círculo não deve ser degradado à condição de um círculo vicioso, mesmo que apenas tolerado, pois nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, de certo, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos, mas, ao contrário, na elaboração da posição prévia, da

visão prévia e da concepção prévia, assegurar a cientificidade do tema a partir das coisas mesmas.

Destarte, para GADAMER, o essencial da reflexão hermenêutica de HEIDEGGER não consiste em demonstrar que nos achamos diante de um círculo, mas em ressaltar que esse círculo possui um significado ontológico positivo.

2. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*

Assentes os pressupostos hermenêutico-filosóficos, em geral, sob os quais a matéria pode e, mesmo, deve ser analisada, vejamos como aplicá-los no estudo do *conceito*, do *objeto* e dos *elementos* da Constituição, que compõem a temática desta exposição.

Como esses assuntos pertencem já a um determinado ramo do Direito — o chamado Direito Constitucional —, é de toda a conveniência, pelo menos para fins didáticos, analisar a questão na perspectiva do Direito *em geral*, ou da hermenêutica jurídica *tout court*.

Para tanto, invocaremos os ensinamentos de JOÃO BAPTISTA MACHADO e KARL LARENZ, que, a nosso ver, se destacam entre os estudiosos do tema pela clareza e precisão com que o abordam.

Com efeito, para JOÃO BAPTISTA MACHADO, ao enfrentar o problema da interpretação das leis, o jurista não pode ignorar que, antes mesmo de pôr a funcionar as suas diretivas interpretativo — metodológicas, precisa tomar em conta os pressupostos gerais da interpretação de todo e qualquer texto ou enunciado lingüístico, ou seja, precisa enfrentar o problema, mais geral, da "compreensão" do sentido de um texto. É que, adverte, todo enunciado lingüístico — obviamente também o enunciado das proposições jurídicas — deve ser entendido como um *significante* que, em último termo, aponta ou remete para algo extralingüístico, o *referente*, ou a "coisa" a que ele remete.

Se compreender o texto pressupõe compreender a "coisa" a que ele se refere ou para que ele remete — pois sem essa pré-compreensão o texto não pode fazer sentido para nós —, no que respeita à compreensão das previsões legais, somente as compreendemos porque elas se referem a situações ou relações da vida das quais, pela nossa própria experiência, temos já uma pré-compreensão.

O mais importante — ressalta o lúcido jurista lusitano — é que, para além desses referentes imediatos, representados pelas situações da vida a que remetem os enunciados lingüístico-normativos, existe um outro

"referente", um *referente fundamental*, essa "coisa" que é o Direito e que o legislador nos procura comunicar através dos enunciados das normas.

Por isso — conclui BAPTISTA MACHADO — os textos legais não determinam ou criam "autonomamente" o jurídico, a juridicidade, sendo, antes, já mera expressão ou tradução dessa juridicidade, a qual, por princípio, e como referente último, está para além deles, está *fora deles;* e desse referente, da sua "pré-compreensão", tem o intérprete de partir necessariamente se pretende sequer entender essses textos como "jurídicos", como portadores de um sentido jurídico *(Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, Almedina, 1989, pp. 205/209).

Avançando ainda mais na exploração das virtualidades da pré-compreensão como momento essencial do fenômeno hermenêutico, JOÃO BAPTISTA MACHADO assevera que, se entendermos que o legislador, ao editar uma norma, está a *positivar* a sua visão da ordem jurídica, impõe-se reconhecer que, ao fazê-lo, ele necessariamente haverá de nos remeter para algo que está *fora* desses textos (embora neles pressuposto) e, portanto, para algo de *extrapositivo* ou *transpositivo* — o "referente" ou a "coisa" com a qual temos de relacionar o texto para, nessa relação, apreendermos o seu sentido. Então — conclui — daí se segue que o *positivo* (o texto) nos remete para uma polaridade transpositiva (o Direito ou certa *idéia* do Direito), que está para além do texto e que, talvez, pudéssemos identificar com o Direito Natural ou alguma outra pauta significativa que sirva de *polaridade extrapositiva* para o Direito que é, para o Direito que tem vigência e eficácia *hic et nunc* (op. cit., p. 210).

Em perspectiva semelhante, embora sem procurar um maior aproveitamento filosófico, KARL LARENZ coloca o problema da *estrutura circular do compreender* e a importância da pré-compreensão para a hermenêutica jurídica em geral.

A interpretação de um texto, qualquer que seja a sua natureza — afirma LARENZ — não só tem a ver com o sentido de cada uma das palavras, mas também com o de uma seqüência de palavras e frases, que expressam um contínuo nexo de idéias. Por outro lado, o significado da maioria das palavras revela uma maior ou menor amplitude de variação, mas, em cada contexto, esse significado resulta do posicionamento da palavra na frase e da conexão total de sentido dentro da qual a palavra surge, em determinado lugar do discurso ou do texto. Disso resulta uma especificidade do processo do compreender, conhecida como *círculo hermenêutico,* que LARENZ descreve da forma seguinte:

> "... uma vez que o significado das palavras, em cada caso, só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por

sua vez, em última análise, apenas do significado — que aqui seja pertinente — das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete — e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso — de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, retificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas" *(Metodologia da Ciência do Direito.* Lisboa, Gulbenkian, 2.ª ed. pp. 242/243).

Como a descrição e mesmo a imagem do círculo podem sugerir o encarceramento do intérprete num espaço fechado, dentro do qual o processo hermenêutico retornaria sempre e infrutiferamente ao mesmo lugar, KARL LARENZ — como, de resto, HEIDEGGER e GADAMER também o fizeram — cuida de esclarecer que não se trata de um círculo vicioso, mas de um momento positivo no processo hermenêutico, desde que seja corretamente entendido.

Por isso, adverte que a imagem do círculo não seria adequada se pensássemos que o movimento circular do compreender faria o intérprete retornar sempre ao ponto de partida, numa autêntica tautologia. Será adequada, ao revés, se entendermos que o movimento conduz sempre a um novo e mais elevado estágio da compreensão, pois ainda quando o processo de olhar para a frente e para trás — após várias repetições — apenas venha a confirmar, afinal, a conjuntura de sentido inicialmente suposta ou antecipada pelo intérprete, este já não estará situado no mesmo ponto em que inicialmente se encontrava, pela simples razão de que a sua mera suposição ou idéia, a partir de agora, ter-se-á convertido em certeza (op. cit., p. 243).

Daí que, em reflexão criadora, EMERICH CORETH — Outro notável estudioso da hermenêutica contemporânea — avance na descrição do processo hermenêutico, para afirmar que ele não se desenvolve em círculo, mas em *espiral*, figura geométrica que melhor traduz a idéia de GADAMER sobre o processo da compreensão como tarefa aberta e infinita, que se reitera sem cessar, sempre em busca de novas e mais adequadas interpretações *(Questões Fundamentais de Hermenêutica.* São Paulo, EDUSP, 1973, p. 79).

Para melhor compreendermos como e por que o autor de *Verdade e Método* considerou o processo da compreensão uma tarefa *aberta* e *infi-*

nita, que se retoma sem cessar, sempre na busca de novas e melhores interpretações, para bem entendermos essa colocação, vale a pena transcrever, embora relativamente extensos, os comentários críticos que dedicaram ao tema os mestres italianos GIOVANNI REALE e DARIO ANTISERI, em sua prestigiosa *História da Filosofia*.

No terceiro volume dessa obra, em recensão intitulada HANS GEORG GADAMER e a *Teoria da Hermenêutica*, aqueles estudiosos assim resumem as idéias de GADAMER sobre o círculo hermenêutico e o processo da compreensão:

> "O intérprete não é tábula rasa. Ele se aproxima do texto com o seu *Vorverständnis*, isto é, com a sua pré-compreensão, vale dizer, com os seus pré-juízos ou *Vorurteile*. Com base nessa sua memória cultural (linguagem, teorias, mitos, etc.), o intérprete esboça uma primeira interpretação do texto (que pode ser um texto propriamente dito, antigo ou atual, mas também um discurso pronunciado, um manifesto etc). Ou seja, o intérprete diz: "este texto significa isto ou aquilo, tem este ou aquele significado". Mas esse primeiro esboço de interpretação pode ser mais ou menos adequado, justo ou errado. Então, como fazemos para saber se é ou não adequado esse nosso *primeiro esboço de interpretação?*
>
> "Responde GADAMER, é a análise posterior do texto (do "texto" e do "contexto") que nos dirá se esse esboço interpretativo é ou não correto, se corresponde ou não ao que o texto diz. E, se essa primeira interpretação se mostra em contraste com o texto, "choca-se" com ele, então o intérprete elabora *segundo esboço de sentido*, vale dizer, outra interpretação, que depois põe à prova em relação ao texto e ao contexto, a fim de ver se ela pode se mostrar adequada ou não. E assim por diante, ao infinito, já que a função do hermeneuta é função infinita e possível. Com efeito, cada interpretação se efetua à luz do que se sabe; e o que se sabe muda; no curso da história humana, mudam as perspectivas (ou conjecturas ou pré-juízos) com que se olha um texto, cresce o saber sobre o "contexto" e aumenta o conhecimento sobre o homem, a natureza e a linguagem.
>
> "Por isso, as mudanças, mais ou menos grandes, que ocorrem em nossa pré-compreensão podem constituir, conforme o caso, outras formas de releitura do texto, novos raios de luz lançados sobre ele, em suma, *novas hipóteses interpretativas a submeter à prova*. Eis por que a interpretação é tarefa infinita.

Infinita pela razão de que uma interpretação que parecia adequada pode ser demonstrada incorreta e porque são sempre possíveis novas e melhores interpretações. *Possíveis* porque, a cada vez, conforme a época histórica em que vive o intérprete e com base no que ele sabe, não se excluem interpretações que, precisamente, para aquela época e para o que na época se sabe, são melhores ou mais adequadas do que outras." *(História da Filosofia.* São Paulo, Edições Paulinas, 1991, Vol. III, p. 630).

3. *Conceito, objeto e elementos da Constituição*

De posse desse instrumental teórico — mormente do conceito de *pré-compreensão* —, creio que qualquer noção, ainda a mais elementar, que se pretende ministrar sobre o *conceito,* o *objeto* e os *elementos* da Constituição estará condicionada pela nossa pré-compreensão; como, por outro lado, toda pré-compreensão, até certo ponto, é *irracional* — porque, dentre outros elementos constitutivos, ela é formada pelas nossas pré-suposições, pré-juízos ou pré-conceitos, tanto os legítimos quanto os ilegítimos — torna-se necessário *racionalizá-la* de alguma forma, o que se obtém pela *reflexão crítica* levada a cabo no âmbito da Teoria da Constituição.

Em outras palavras, também constitui tarefa importante, fundamental mesmo, de teoria constitucional submeter a pré-compreensão da Constituição ao tribunal da razão crítica, para distinguir os pré-juízos legítimos dos ilegítimos, os falsos dos verdadeiros e, assim, alcançar uma compreensão da Constituição que se possa considerar verdadeira ou, no mínimo, constitucionalmente adequada.

Por isso, GOMES CANOTILHO afirma que a Teoria da Constituição não se limita à tarefa de "investigação" ou "descoberta" dos problemas políticos constitucionais, nem tampouco à função de elemento "concretizador" das normas da Lei Fundamental, antes servindo, também, para "racionalizar" e "controlar" a pré-compreensão constitucional. *(Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.* Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pp. 80/81).

Assim posta a questão — em termos de pré-compreensão constitucional —, o primeiro e radical problema, cuja solução condicionará a compreensão e o desenvolvimento de tudo o mais, consistirá em saber se devemos conceber uma constituição apenas como *constituição jurídica,* isto é, como simples *estatuto organizatório* ou mero *instrumento de governo,* em que se regulam processos e se definem competências, ou, ao contrário, concebê-la como "constituição política", capaz de se converter num plano normativo-material global, que eleja fins, estabeleça programas e determine tarefas.

Noutras palavras, como resumido pelo mesmo CANOTILHO, a quem se deve estas e outras colocações pertinentes, o que precisamos decidir, antes de mais nada, é se a Constituição há de ser uma lei do Estado e só do Estado, ou um estatuto jurídico de fenômeno político, um "plano global normativo", do Estado e da sociedade (op. cit., p. 12).

Como anotado anteriormente, a resposta a essas indagações — que dizem respeito à natureza e à função de uma lei constitucional — surgirá do debate teorético-jurídico e teorético-político, que se trava no âmbito da Teoria da Constituição, que é, precisamente, por onde e aonde se inicia toda compreensão constitucional.

Advertindo — desde logo — como o faz KONRAD HESSE — de que, em termos de conceito e qualidade da Constituição, a teoria do Direito Constitucional ainda está engatinhando, sem ter alcançado o consenso de uma "opinião dominante" (*"Concepto y Cualidad de la Constitución", in Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 4), com essa advertência, exporemos, a seguir, ainda que resumidamente, algumas das mais recentes e importantes teorias constitucionais, que nos permitirão, afinal, compreender — quase decifrar — os grandes temas e os grandes problemas com que se defronta a Teoria do Direito Constitucional e, afinal, formular, senão um, pelo menos *alguns* conceitos de constituição, que, mesmo sem contarem com a aceitação majoritária da doutrina, nem por isso serão privados de consistência e utilidade.

Trata-se, em última análise, de procurar respostas pelo menos aceitáveis, à luz das diversas experiências constitucionais, para aquelas indagações transcendentais que precedem ou condicionam, criticamente, as opções concretas em torno dos vários modelos constitucionais historicamente conhecidos: que tarefas ou funções devem ser confiadas à constituição de um determinado país? Quais as matérias que têm dignidade constitucional? Deve a Constituição limitar-se a ser uma ordem de competências, uma simples norma de organização, embora Norma Fundamental? Deve, ao contrário, a Constituição conter um bloco de diretivas materiais correspondente às aspirações e interesses de uma sociedade concreta, isto é, sociedade de um espaço e tempo historicamente situados? Em suma, deve a Constituição simplesmente sancionar o existente, ou servir de instrumento de ordenação, conformação e transformações de realidade social e política?

Para ordenar as respostas a essas indagações, adotaremos a seleção de doutrinas levada a cabo por GOMES CANOTILHO — bem mais extensa do que a utilizada por seu mestre KONRAD HESSE — indicando, em conseqüência, como dignas de consideração, as teorias constitucionais expostas a seguir.

3.1. *A Constituição como garantia do "statu quo" econômico e social (E. FORSTHOFF)*

Resumindo o que chama as três idéias fundamentais que condensam a teoria constitucional de FORSTHOFF, GOMES CANOTILHO diz que essa construção doutrinária vê a constituição como garantia do *status quo* econômico e social; é uma teoria da constituição em "busca do Estado perdido"; e, finalmente, é teoria da constituição de um Estado de Direito meramente formal.

Em razão desse enfoque, que ele considera inaceitável, quer quanto aos seus pressupostos, quer quanto às suas conseqüências — porque uma Constituição, materialmente entendida, não pode ser axiologicamente neutra, devendo, antes, ser democrática e social —, em virtude dessa carência, GOMES CANOTILHO considera que as idéias de FORSTHOFF não constituem ponto de partida para a elaboração de uma teoria da constituição "constitucionalmente adequada", isto é, capaz de compreender o Estado de Direito como este deve ser compreendido, ou seja, como Estado de Direito intencionalmente socializante, de que constitui modelo — para ele, CANOTILHO — o Estado português estruturado pela Carta de 1976.

3.2. *A Constituição como instrumento de governo (W. HENNIS)*

Assim compreendida, a constituição não passa de uma "lei processual", em cujo texto se estabelecem competências, regulam-se processos e definem-se limites para a ação política.

Embora contrariando a tendência de grande parte da teoria constitucional contemporânea — que, no dizer de CANOTILHO, onera o barco constitucional como excesso de carga política, econômica e social —, a concepção da constituição como instrumento de governo tem a vantagem de facilitar a sua conversão em ordem fundamental do Estado e habilitá-la a absorver a clássica tensão entre "Constituição" e "realidade constitucional" (op. cit., p. 87).

Trata-se de vantagem que, no entanto, não deve ser superavaliada, porque uma Constituição excessivamente "processual" ou "formal", além de não corresponder — como deve — às necessidades da práxis política, ao limite acaba se convertendo na ordem de domínio dos agentes de uma determinada ideologia, eis que por trás de todo positivismo jurídico e de toda neutralidade estatal, escondem-se, protegidos, aqueles que *positivaram* a Lei Fundamental segundo seus valores, aspirações, interesses ou idéias.

Por isso — arremata CANOTILHO — o problema maior não reside em contrapor uma Constituição como "instrumento de governo" a uma Constituição com "ordem material fundamental de uma comunidade", mas em

precisar o modo como "uma Constituição pode e deve ser uma ordem material" (op. cit., p. 89).

3.3. *A Constituição como "processo público" (P. HÄBERLE)*

Nessa perspectiva — para utilizarmos a linguagem expressiva de HÄBERLE, reproduzida na síntese de Canotilho —, longe de ser um simples "estampido" ou "detonação" originária que começa na "hora zero", a Constituição escrita é, como "ordem-quadro da República, uma lei necessária mas fragmentária, "indeterminada" e "carecida de interpretação"; disso decorre, por outro lado, que a verdadeira Constituição seria sempre o resultado — e resultado temporário — de um processo de interpretação conduzido à "luz da publicidade". Mais ainda, a Constituição é, ela mesma, um processo, donde HÄBERLE insistiu nessa expressão e em outras do mesmo sentido, tais como "compreensão pluralística normativo-processual", "alternativas", "pluralização da legislação constitucional", "pluralidade de intérpretes", "força normativa da publicidade" e outras do mesmo teor.

Noutras palavras — ainda nas expressões de HÄBERLE, reproduzidas por CANOTILHO —, a lei constitucional e a interpretação constitucional republicana aconteceriam numa sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, neles se encontrando momentos de diálogo e momentos de conflito, de continuidade e de descontinuidade, de tese e de anti-tese.

Só assim uma Constituição, entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, será também uma Constituição aberta de uma sociedade aberta.

Essa compreensão, bem se vê, chega a ser fascinante, sobretudo para aqueles que, a pretexto de combaterem o positivismo e a dogmática jurídica, como que "processualizam" a visão do Direito e do Estado, sem se darem conta de que assim agindo dissolvem a normatividade constitucional numa dinâmica absoluta, retirando da Lei Fundamental uma de suas mais importantes dimensões ou finalidades, que é, precisamente, a dimensão ordenadora e conformadora da vida em sociedade.

Por isso, o próprio CANOTILHO, admirador das posições de HÄBERLE, ao fazer o balanço crítico dessa compreensão da Constituição, põe a ressalta de que, caracterizada como processo, a Lei Fundamental apresenta um *déficit normativo* acentuado, pois a pretexto da "abertura" e do "existencialismo atualizador do pluralismo", dissolve a normatividade constitucional na política e na interpretação, chegando quase à conclusão de que a legiferação (Poder Constituinte) e a interpretação constitucional são uma só e mesma coisa (op. cit., p. 476).

3.4. *A Constituição como ordem fundamental e programa de ação que identifica uma ordem político-social e o seu processo de realização (BÄULIN)*

Nesta perspectiva, a Constituição não é um simples instrumento de proteção das relações existentes, mas a norma fundamental em que se projeta e realiza uma sociedade em devir, que indica as mudanças e conformação do sistema político, das relações sociais e da ordem jurídica.

Concretamente, sobre ser a Lei Fundamental do Estado (perspectiva jurídica), é também norma fundamental conformadora da vida social (perspectiva sócio-política), em cujo âmbito se formulam os fins sociais globais mais significativos, se fixam limites às tarefas da comunidade e se ordena o processo político.

Em face desse amplo espectro, a Constituição, para atingir seu desiderato, deve ser, a um só tempo, *ordem fundamental* e *programa de ação*, do que resulta construída, naturalmente, com e pela Constituição, a unidade sócio-política e econômica da sociedade.

Diversamente do que sustentam HÄBERLE e seus seguidores, sob esse enfoque a Constituição continua a ser concebida como constituição aberta, carente de concretização, mas essa concretização, nascida na e com a práxis constitucional, deve conter-se nos limites da própria Constituição, e não descambar para um pluralismo radical, à moda de direito livre, em cujo âmbito torna-se difícil, senão impossível, perceber onde termina a realidade constitucional e começam as práticas inconstitucionais.

3.5. *A Constituição como programa de "integração" e de "representação" nacional (H. KRÜGER)*

Vista como programa de "integração" e de "representação" nacional, a Constituição é entendida, aqui, apenas como Constituição do Estado, do que decorre a opção pela tese de que uma constituição só deve conter aquilo que disser respeito à comunidade, à nação, à totalidade política; tudo o mais, que a moderna constitucionalística denomina "Constituição econômica", "Constituição do trabalho", "Constituição social" etc., é relegado à condição de "Constituições subconstitucionais" ou "Subconstituições".

A opção, bem se vê, advém da compreensão de que a Constituição, para ter estabilidade e duração, não pode constitucionalizar matérias sujeitas a oscilações quotidianas, sob pena de se constitucionalizarem interesses que, por mais relevantes que sejam, dizem respeito a grupos particularizados e não à nação como um todo.

Criticando essa compreensão da Lei Fundamental, GOMES CANOTILHO diz que ela padece dos defeitos do integracionalismo mais extremo

e não contempla os problemas que hoje se colocam a uma Constituição de um Estado Democrático, no plano político e econômico-social (*op. cit.*, p. 112).

3.6. *A Constituição como legitimação do poder soberano, segundo a idéia de Direito (G. BURDEAU)*

Das mais conhecidas e admiradas, a teoria constitucional de BURDEAU tornou-se material de consumo intelectual obrigatório, seja porque limpidamente exposta, seja porque sintetizada em forma de compreensão quase imediata: "a Constituição é o estatuto do poder".

De outro lado, como observam aqueles que a enaltecem, essa teoria tem a vantagem de coligar a concepção de Constituição com a idéia do Estado de Direito, do qual se apresenta como pressuposto, seja em relação aos governantes, porque os priva da condição originária de *donos do poder* — reduzindo-os ao papel de seus agentes —, seja com referência ao próprio poder, que, pela Constituição, tem juridicizado o seu exercício.

A Constituição, pela forma como atua sobre o poder — afirma BURDEAU —, deve ser considerada verdadeiramente criadora do Estado de Direito pois, se antes dela, o poder é um mero fato, resultado das circunstâncias, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas, com a Constituição ele muda de natureza, para se converter em Poder de Direito, desencarnado e despersonalizado (*Traité de Science Politique*. Paris, LGDJ, 1984, Tomo IV, pp. 44/45).

3.7. *A Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade (K. HESSE)*

Trata-se, aqui, de uma das mais respeitadas teorias da Constituição do nosso tempo, embora, a rigor, careça de originalidade.

Com efeito, como deixam entrever os diversos *Escritos* de *Hesse*, consciente de que inexiste uma opinião dominante sobre o conceito e qualidade da Constituição (estrutura e função; natureza e função; sentido e função da lei fundamental), se pretendemos levar a cabo algum trabalho profícuo, ainda que não original, poderemos fazê-lo operando as diversas teorias e extraindo delas a iluminação de determinado aspecto ou dimensão do compreender constitucional, rumo a um conceito sintetizador, tal como, afinal, foi conseguido por KONRAD HESSE.

Para isso, partiu ele, como já vimos, do reconhecimento de que, a par da inexistência daquela opinião dominante, o que antes se via era utilização acrítica de conceitos hauridos de teorias de outras épocas, manifestamente incapazes de dar consciência, teórica e prática, para uma dou-

trina da Constituição temporalmente adequada, isto é, para uma doutrina da Constituição como esta é vivenciada neste final de século XX.

Dessa tomada de posição resultou a sua análise da Constituição levando em conta os aspectos ou dimensões ressaltados pelas doutrinas constitucionais precedentes, algumas das quais resumidamente expusemos linhas acima.

Daí que, a rigor, mais que uma teorização sobre a Lei Fundamental, HESSE tenha levado a efeito uma *descrição* dos diferentes ângulos sob os quais e a partir dos quais se possa chegar à formulação de um conceito de Constituição, se não pacífico, pelo menos não rejeitado de plano pelos seus eventuais opositores.

Assim, para HESSE, a Constituição vem a ser caracterizada ou entendida como a "ordem jurídica fundamental de uma comunidade" ou o "plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais", tarefa cuja realização só se torna possível porque ela: *a)* fixa os princípios diretores segundo os quais se deve formar a unidade política e desenvolver as tarefas estatais; *b)* define os procedimentos para a solução dos conflitos no interior da comunidade; *c)* disciplina a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estatal; *d)* cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica global ("Concepto y Cualidad de la Constitución", in *Escritos de Derecho Constitucional.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 16).

Além das doutrinas aqui apresentadas — em número de sete —, muitas outras poderiam ser expostas, como a de LUHMANN, para quem a Constituição é o "elemento regulativo" do sistema político; a de MODUGNO, que encara a Constituição como norma fundamental, forma de governo e princípio de normação jurídica; a de CARL SCHMITT, que dissolve em quatro um conceito integral de Constituição — absoluto, relativo, positivo e ideal — porque entende não ser possível visualizar a Lei Fundamental apenas sob determinado ponto de vista; a de LASSALLE, para quem a verdadeira Constituição de um país é a soma dos fatores reais de poder que regem a vida desse país; ou, finalmente, a teoria constitucional marxista-leninista, que encara a Constituição como a lei fundamental do Estado socialista, que organiza a vida social e estatal segundo os princípios do chamado socialismo real (DENISOV & KRIRICHENKO).

Mesmo ampliando a lista das teorias constitucionais, ainda assim não lograríamos alcançar a formulação de um conceito genérico e abstrato, que abrangesse, se não a totalidade, ao menos a maioria das cartas políticas de que se tem conhecimento, pela simples razão de que esse hipotético conceito, para ter abrangência tão ampla, acabaria necessariamente esvaziado de qualquer conteúdo e, assim, inviabilizado para fundamentar uma compreensão da Constituição conducente à solução dos problemas concretamente postos pela experiência constitucional.

Diversamente, se o pretendido conceito, para ser denso, ficasse demasiadamente preso a uma só e mesma experiência constitucional, deixaria de valer como conceito, eis que se identificaria com um único objeto, deixando de ser, enquanto conceito, a representação dos traços essenciais abstraídos de uma pluralidade de reproduções ou de representações de vários objetos.

Por isso é que a moderna doutrina constitucional, neste ponto, insiste em afirmar que a Teoria da Constituição, para ser útil à metodologia geral do direito constitucional, deve revelar-se com uma *teoria da constituição constitucionalmente adequada,* o que só se consegue explorando, corretamente, um novo círculo hermenêutico, consistente na interação e na dependência mútua entre a Teoria da Constituição e a experiência constitucional, a primeira favorecendo a descoberta ou investigação das soluções jurídico-constitucionais, e a segunda fornecendo o material empírico indispensável para o desenvolvimento da teoria constitucional.

4. *Conclusão*

A esta altura, à guisa de conclusão e de teste sobre a consistência desta exposição doutrinária — que se fez deliberadamente ampla para abranger os vários pontos de vista sob os quais a temática da palestra pode e deve ser abordada —, vamos analisar, criticamente, o que nos diz sobre o *conceito,* o *objeto* e os *elementos* da Constituição um dos nossos mais respeitados constitucionalistas, o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, para saber, afinal, se as suas idéias, no particular, são *constitucionalmente adequadas,* isto é, se nos permitem compreender a Constituição do Brasil na *lógica de situação* em que ela está inserida, enquanto lei fundamental da Sociedade e do Estado no atual momento de nossa evolução política.

Pois bem, para o mestre paulista, "a Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado" (*Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo, RT, 5.ª ed. 1989, pp. 37/38).

Exposto esse *conceito* de constituição, sobre o qual falaremos adiante, JOSÉ AFONSO DA SILVA aponta como *objeto* das constituições parte do que já se contém no conceito e algo mais, como se vê a seguir: "as constituições têm por *objeto* estabelecer a estrutura do Estado, a organização

de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais" (op. cit., p. 42).

Quanto aos *elementos* das Constituições, após registrar que a doutrina diverge sobre o seu número e caracterização, afirma que a generalidade das leis fundamentais revela, em sua estrutura normativa, *cinco categorias de elementos,* assim definidos: *a*) *elementos orgânicos,* que se contêm nas normas que regulam a estrutura do Estado e do Poder; *b*) *elementos limitativos,* assim denominados porque limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito, consubstanciando o elenco dos direitos e garantias fundamentais: direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos; *c*) *elementos sócio-ideológicos,* consubstanciados nas normas sócio-ideológicas, normas que revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social, intervencionista; *d*) *elementos de estabilização constitucional,* consagrados nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas, premunindo os meios e técnicas contra sua alteração e infringência, a não ser nos termos nela própria estatuídos; e *f*) *elementos formais de aplicabilidade,* consubstanciados nas normas que estatuem regras de aplicação das constituições, assim, o preâmbulo, o dispositivo que contém as cláusulas de promulgação e as disposições transitórias (op. cit., pp. 43/44).

Cotejando essas observações com as diferentes doutrinas expostas ao longo desta explanação, fácil é verificar que o jurista pátrio não pretendeu oferecer *conceito próprio,* nem indicar *objeto* e *elementos* das constituições segundo pontos de vista pessoais, antes se limitando a *descrever* o conteúdo das constituições contemporâneas e a indicar, em nossa atual Carta Política, quais dispositivos exemplificavam as diversas formulações teóricas, tudo de conformidade com a preconizada utilização fecunda do novo círculo hermenêutico, a que nos referimos linhas acima.

Assim fazendo, o mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA não apenas se manteve nos limites de uma teoria da constituição constitucionalmente adequada, como prestou significativa colaboração para colocar em evidência que a nossa experiência constitucional está em sintonia com a das demais sociedades políticas do nosso tempo, profundamente marcadas pela preocupação em consolidar a idéia de que toda constituição, para responder às exigências da sua época, há de ser compreendida não apenas como a lei fundamental do Estado, mas também como o principal instrumento de construção da Comunidade do porvir.

A Revisão Constitucional na Carta de 1988

PAULO BONAVIDES

A expressão reforma constitucional é na tradição do direito positivo brasileiro de quatro Repúblicas constitucionais o gênero de que se inferem num momento mais adiantado de evolução técnica do nosso constitucionalismo as duas modalidades básicas de mudança, a saber, a emenda e a revisão, esta última eixo de uma controvérsia provocada em virtude do singular entendimento com que se busca ultimamente definir o alcance do art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Mas antes de entrarmos diretamente nesse ponto crucial das variações que se pretende impor à Lei Maior mediante o emprego do instrumento revisional, faz-se mister buscar subsídios históricos no constitucionalismo pátrio a fim de justificar a compreensão do que seja uma reforma da Constituição, sobretudo quando a atual Carta estabelece duas técnicas ou meios instrumentais distintos: a emenda e a revisão, sendo a primeira a regra efetiva das mudanças e a segunda exclusivamente o recurso excepcional, transitório e insulado, que só existe no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para os efeitos do art. 2.º do mesmo Ato, conforme intentaremos mais adiante demonstrar.

Vamos primeiramente prosseguir com nossa indagação histórica.

Na primeira Carta republicana de 24 de fevereiro de 1891 só constava a expressão reforma, estampada no art. 90. Não se fazia menção ali uma única vez sequer da palavra revisão.

Dizia-se no *caput* daquele artigo: "A Constituição poderá ser reformada por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembléias dos Estados", ou no parágrafo 1.º: "Considerar-se-á proposta a emenda quando," etc. Era tudo. Nesse ponto o primeiro legislador constituinte da República seguiu de perto a linguagem do constituinte imperial que conhecia apenas a expressão reforma a fim de alterar qualquer artigo da Constituição (artigos 174 e 176 da Carta do Império), sendo inteiramente ignorado o uso dos vocábulos emenda ou revisão.

Semelhantes designações surgem com precisão no Texto Constitucional de 1934, e aliás não se confundem, tendo um significado distinto e rigorosamente estatuído na Lei das Leis da Segunda República.

Com efeito, o art. 178 dessa Constituição enunciava taxativamente todas as matérias que não podiam ser objeto de proposta de emenda, tais como: 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 artigo 178 que dispunha sobre a emenda ou a revisão constitucional.

Os requisitos de rigidez eram mais brandos para a emenda, tanto respeitante a iniciativa quanto a aprovação. Aprovava-se a emenda que fosse aceita em duas discussões por maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois anos consecutivos.

Criava-se, porém, uma segunda hipótese de reforma constitucional, caso a proposta de alteração incidisse sobre a matéria acima enunciada, ou seja, instituia-se a revisão.

Aqui a rigidez era muito maior: a proposta de revisão seria apresentada na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, e apoiada, pelo menos, por dois quintos dos seus membros, ou submetida a qualquer desses órgãos por dois terços das Assembléias Legislativas, em virtude de deliberação da maioria absoluta de cada uma destas. Rezava ainda o Texto Constitucional que se ambos os órgãos, por maioria de votos, aceitassem

a revisão, proceder-se-ia, pela forma que determinassem, à elaboração do anteprojeto, o qual seria submetido na legislatura seguinte a três discussões e votações em duas sessões legislativas numa e noutra casa (art. 178, § 2.º).

Atente-se, desde já, na profundidade da importância que tinha a figura da revisão: mediante ela o poder constituinte de segundo grau ficava capacitado a alterar até mesmo o artigo da Constituição que a estatuía. Uma temeridade, sem dúvida porquanto quebrantava a própria rigidez do sistema constitucional, atropelando uma das mais sólidas garantias de estabilidade das Constituições, ou seja, uma garantia implícita do constitucionalismo contemporâneo e que tem a mesma força das cláusulas pétreas intangíveis.

A revisão desapareceu, a seguir, da nossa ordem constitucional com a queda da Segunda República. Não constou nem do art. 217 da Constituição de 1946, que consagrava unicamente a emenda, nem tampouco dos artigos 49, 50, 51 e 52 da Constituição autoritária de 1967; o primeiro caracteri-menção ocasional da palavra revisão como sinônimo de emenda no Texto Constitucional.

Como se vê, em todo o constitucionalismo republicano só se falou em revisão constitucional como técnica autônoma e fixa na Carta de 1934, à qual ela efetivamente se incorporou como parte do processo legislativo. Nunca se fez uso indiferenciado dos termos emenda e revisão nem houve menção ocasional da palavra revisão como sinônimo de emenda no Texto Constitucional.

A revisão, perfeitamente separada da emenda, e utilizada com mais rigidez ainda na alteração de matéria constitucional propriamente dita, aliás dotada do mesmo sentido com que a introduziu o constituinte de 1934, esteve prevista nos artigos 267 a 272 do célebre Projeto de Antonio Carlos discutido durante a Constituinte imperial de 1823, dissolvida por D. Pedro I.

A rigidez chegava ali a tal ponto que a proposta de revista, ou seja, a revisão em termos contemporâneos, teria primeiro que passar por três legislaturas consecutivas, aprovada por um voto de pelo menos dois terços dos membros de cada Casa Legislativa. Uma vez resolvida a revista, expedir-se-ia, em seguida, um decreto de convocação de uma assembléia especial, que se reuniria exclusivamente para cumprir tal finalidade, dissolvendo-se

ao termo de execução de sua tarefa; enfim, uma verdadeira Constituinte, um colégio primário e soberano de competência haurida na legitimidade do sistema estabelecido.

Na Constituição monárquica que a seguir D. Pedro I outorgou, o termo revista foi substituído pelo de reforma, mas continuou a incidir tão-somente sobre matéria constitucional propriamente dita, a saber, limites e atribuições dos poderes políticos e direitos e garantias individuais. A rigidez, todavia, foi quase a mesma, tanto que, pelo art. 176, se rezava textualmente que, admitida a discussão e vencida a necessidade da reforma constitucional, seria expedida lei, a ser sancionada e promulgada pelo Imperador, em forma ordinária e na qual se ordenaria aos eleitores dos deputados para a seguinte legislatura que nas procurações lhes fosse conferida especial faculdade para a pretendida alteração ou reforma.

Se no constitucionalismo monárquico e, em seguida, no constitucionalismo republicano a revisão sempre entrou na parte permanente da Constituição para matéria básicas de ordem constitucional, e invariavelmente regida por um *quorum* de importância capital e decisiva, como admitir que em 1987-1988 fosse o nosso Constituinte apartar-se dessa linha do precedente histórico, compatível de todo com a nossa tradição constitucional de legitimidade, para erigir a figura da revisão fora do processo legislativo regular, colocando-a no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, além do mais, provida de um *quorum* simplificado de maioria absoluta, inferior ao da emenda, a menos que seu propósito fosse, como efetivamente o é e não poderia deixar de ser, o de vinculá-la ao artigo 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias?.

Para modificações, pois, que não aquelas derivadas da aplicação do artigo 2.º — parlamentarismo e monarquia constitucional, conforme venha a resultar da respectiva consulta plebiscitária —, já existe na Constituição mesma o instituto da emenda. Se o "quorum" da revisão foi atenuado, isto ocorreu em razão tão-somente de ela incidir sobre matéria já legitimada pela manifestação soberana da vontade popular, exarada nos termos do art. 2.º, a que o art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias inarredavelmente se prende. Tudo em perfeita harmonia com a memória constitucional brasileira do Império e da República.

Em rigor, a revisão não resulta propriamente do art. 3.º onde ela vem contemplada verbalmente, mas do art. 2.º, onde já reside no seu verdadeiro sentido material, na seqüência de uma tradição legítima e única, a iluminar hermeneuticamente a direção e a latitude do artigo das Disposições Transitórias referente ao preceito revisional ora questionado. Ali se toca na forma de governo (república ou monarquia constitucional) e no sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País, isto é, matérias que implicam em revisão profunda da Carta e com legitimação já alicerçada em decisão soberana do voto plebiscitário.

A explicitação de fundo assenta toda nesse art. 2.º: ele é a revisão mesma, em sua acepção material, tão familiar aos constituintes do Império e aos de 1933-1934, que a explicitaram em fórmulas inequívocas. A nomeação formal da revisão constitucional se fez porém no art. 3.º cujo "quorum" de maioria absoluta não tem força própria fora de seus laços indissolúveis com a matéria do artigo antecedente.

Daqui se infere, por conseguinte, que a revisão principal, implícita no art. 2.º, tem por autor o mais legítimo dos legisladores: o próprio povo. A *revisão* secundária, formalmente declarada com esse nome, e apêndice daquela, vem completá-la e consta do art. 3.º do mesmo Ato.

Até mesmo em reforço dessa posição interpretativa se combinam as determinações cronológicas dos dois atos: o plebiscito "no dia 7 de setembro de 1993" e a revisão constitucional, que não pode ser senão aquela pertinente à matéria do plebiscito, "cinco anos contados da promulgação da Constituição". Facilita-se o "quorum" da maioria absoluta unicamente em razão de este visar apenas fazer no Texto Constitucional as alterações complementares de adequação que se fizerem mister ao funcionamento da nova forma de governo ou do novo sistema de governo, após ser colhida a manifestação favorável da soberania popular.

Em suma, pelo ângulo estritamente jurídico, só caberá, do nosso ponto de vista, uma revisão constitucional se o povo responder de maneira afirmativa à introdução já do parlamentarismo, já da monarquia constitucional. Se a resposta plebiscitária for, porém, negativa, não ocorrerá revisão da Constituição, visto que a figura revisional do art. 3.º só so-

brevive em função do conteúdo material do artigo antecedente, conforme acabamos reiteradamente de asseverar.

O caminho para alterar a Carta Constitucional fora daí não poderá ser outro senão aquele contemplado, nos artigos 59 e 60 da atual Constituição: o da emenda, prevista pelo primeiro e disciplinada pelo segundo. A emenda é assim o meio normal, inarredável e necessário de modificar a Constituição, uma vez excluídas as limitações materiais impostas, quer pelo parágrafo 4.º do art. 60, quer pelo art. 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É, enfim, aquilo que já dissemos em estudo anterior sobre o assunto: a vontade reformista para atuar teria então que percorrer os canais normativos do procedimento jurídico determinado pela Carta Magna, a saber, aquele que faz parte do processo legislativo da Constituição e o encabeça, isto é, a Emenda Constitucional.

Em outras palavras, a revisão, figura transitória, só existe no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, podendo apenas ser utilizada em combinação com o teor material do art. 2.º do mesmo Ato. Desvanece-se, porém, ou se torna inaplicável, caso o povo soberano, redarguindo à consulta constitucional, mantenha a presente forma e sistema de governo, a saber, respectivamente, a república e o presidencialismo.

Desmembrar interpretativamente o art. 3.º do art. 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é, pelas razões expostas, expediente mais político do que jurídico. Tem o único e inconfessável objetivo de quebrantar o obstáculo da rigidez constitucional da emenda, mediante a qual uma alteração proposta se discute e vota em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada unicamente se obtiver, em ambos os turnos, três quintos dos votos dos respectivos membros, ao passo que a revisão — ali nomeada, ao nosso ver, apenas adjetivamente, porquanto já substancialmente contida no art. 2.º, fora do qual não cobra sentido jurídico-constitucional — requer para os efeitos materiais derivados do art. 2.º um "quorum" de aprovação deveras inferior, a saber, o voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, reunidos em sessão unicameral.

Enfim, se houvesse neste País um tribunal constitucional, como em Portugal, Espanha, Itália, Alemanha e Áustria, afigura-se-nos que outro não seria, por conseguinte, o entendimento acerca da revisão.

Plebiscito e Revisão Constitucional (*)

NAILÊ RUSSOMANO
Advogada e Professor-Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal de Pelotas — RS

A revisão constitucional é manifestação do Poder Constituinte Derivado, ou Poder Constituinte Constituído, ou Poder Reformador, ou Poder Constituinte de 2.º Grau.

Não apresenta, pois, as características do Poder Constituinte Originário — que é o Poder de constituir o Estado —, e cuja consolidação ocorreu no século XVIII através da doutrina de SIEYÈS. Este Poder é dotado das qualidades de ser *inicial, autônomo e incondicionado.* Manifesta-se através da Assembléia Nacional Constituinte — órgão próprio para elaboração da Lei Máxima de um país.

Quando ocorrem, em face da evolução, transformações sociais, políticas e econômicas, dentro de um Estado, necessário se torna ajustar os ditames constitucionais à nova realidade. São estes modificados mediante processo próprio, determinado na Constituição — sempre que esta se caracterizar como rígida. Estas alterações, são, pois, realizadas pelo Poder Constituinte Reformador, sendo *limitadas,* já que este é *subordinado* ao Poder Constituinte Originário do qual, numa palavra, *deriva.* Frise-se que estas limitações vão além das que circundam o Poder Constituinte Originário e que são, na expressão do jurista português JORGE MIRANDA, *os limites transcendentes, imanentes e heterônomos.*

Portanto, quando ocorrer a revisão constitucional, prevista no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinadas matérias não poderão ser alvo do processo revisor. E isto porque há limitações formais, temporais e circunstanciais e limitações materiais implícitas e explícitas restringindo a área de ação dos detentores do Poder Constituinte Reformador.

As limitações implícitas que são, conforme entendimento doutrinário, referentes ao Titular do Poder Constituinte Originário, ao Titular do Po-

---

* Trabalho apresentado no Simpósio de Especialistas de Direito Constitucional — Conselho Federal da OAB — Brasília — DF — Junho 1992.

der Constituinte Reformador e ao Processo de Emenda à Constituição, abarcam o Poder de Revisão. *As limitações explícitas,* contidas no art. 60, § 4.º da Constituição Federal — e que formam, na expressão de PONTES DE MIRANDA, o "cerne imodificável" da Constituição — dizem respeito, de forma específica à emenda e, de maneira ampla, à revisão, e referem-se à forma federativa do Estado, voto direto e secreto, universal e periódico, separação dos poderes, direitos e garantias individuais. Correlatamente, para preservação do Estado Democrático de Direito, *Princípios Fundamentais,* fruto de decisões políticas fundamentais, não podem ser alvo do mecanismo de revisão. Tais matérias são todas as que se conectam com a democracia, liberdade e igualdade sob o prisma constitucional.

Frise-se, ainda, que a revisão deverá ocorrer *cinco anos após a promulgação da Constituição* o que não requer, em verdade, que seja efetuada tão-pronto tenha sido completado este período. Entende-se que o *prazo de cinco anos* deva ser considerado como o tempo durante o qual não seria possível cogitar-se de sua revisão.

Se há, pois, uma expressiva gama de matérias que refogem à atuação do Poder Reformador, temas há que, no entanto, devem ou poderão ser revisados.

Dentre estes, salientamos os que se referem à Organização dos Poderes — no que diz respeito às conseqüências do plebiscito — e ao Princípio da Supremacia da Constituição — no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade das leis.

O prebiscito, previsto para 1993, e determinado no art. 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tem como objetivo a manifestação dos cidadãos sobre a definição da forma e sistema de governo que devem vigorar no País.

A decisão plebiscitária, portanto, conduzirá a diferentes caminhos que indicarão alterações — ou não — na Ordem Constitucional. Desta maneira, ocorrendo a ratificação pela forma de governo republicano e pelo sistema de governo presidencialista a decisão não alterará, em profundidade, a estrutura dos poderes do Estado. Se a escolha recair na manutenção da República e opção pelo parlamentarismo a Ordem Constitucional será alterada, pois o Poder Executivo assumirá a forma dualista e os mecanismos de entrosamento entre o Legislativo e o Executivo alterados serão. Configurando-se a hipótese de retorno à Monarquia e ao Parlamentarismo as modificações serão mais profundas. Eis que a Monarquia afasta o povo da escolha, pelo voto, do Chefe de Estado, pois esta se caracteriza pela vitaliciedade e hereditariedade. Correlatamente, o sistema de governo parlamentarista exigirá adequações entre o Legislativo e o Executivo — em sua dinâmica —, bem como seu ajustamento ao esquema federal brasileiro.

Importante é acentuar-se que, qualquer que seja a opção plebiscitária, esta influenciará, decisivamente, na revisão constitucional, significando uma limitação ao Poder de Revisão. Ou seja, a Organização dos Poderes

e a estrutura da Magistratura Suprema do País serão delimitados pelo resultado do Plebiscito.

O Plebiscito, pois, direcionará os detentores do Poder Constituinte Reformador razão pela qual se reveste de vital importância para os destinos do País, sendo tema polêmico que deve polarizar a opinião pública nacional e sobre o qual devem ser realizados movimentos de esclarecimento e informação popular.

O Princípio da Supremacia da Constituição — cujas raízes remontam, como o sabemos, à Antigüidade Clássica —, é acatado no Brasil através do controle judicial da constitucionalidade das leis.

Esta orientação, de inspiração norte-americana, é por nós reconhecida desde a Constituição de 1891, mediante a forma de controle por via de exceção, ou controle difuso. Posteriormente, alterações foram imprimidas ao controle judicial da constitucionalidade das leis. Além do controle difuso, consagrou-se o controle por via de ação, ou controle concentrado, e cujas raízes estão, em nosso meio, na Constituição de 1946. A Constituição de 1967, por sua vez, avançou mais nesta forma de controle, aperfeiçoando-se este mecanismo através da Constituição atual.

Acorde com a Constituição vigente consagramos, pois, o controle difuso e o *concentrado* — bipartido este em controle por *via de ação e por omissão.* O controle concentrado, como o sabemos, insere-se na competência originária do Supremo Tribunal Federal, caracterizado, pois, como Corte Constitucional.

Prevê-se, por determinação do artigo 102, I, letra *a,* da *Constituição,* competência do Supremo para declarar inconstitucional, por via de ação direta, *lei ou ato normativo federal ou estadual.*

Ora, ocorrendo *conflito de lei municipal com a Constituição Federal,* este controle só pode ser efetuado por *via de exceção,* pois a Constituição não permite o *controle da Constituição Federal e lei municipal pelos Tribunais de Justiça dos Estados-Membros* (art. 125, § 2.º) *e também não concede este controle ao Supremo Tribunal Federal.* Entendemos por isto que deverá ser objeto de revisão o art. 102, I, *a,* que deverá passar a ter nova redação, *incluindo-se, no controle concentrado do Supremo Tribunal Federal, a lei municipal.*

Focalizando, ainda, o controle concentrado de constitucionalidade das leis, e tendo como parâmetro a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, *sugere-se a ampliação da legitimação ativa para propor ação de inconstitucionalidade — por ação ou por omissão — perante o Supremo Tribunal Federal.* É dizer, *entidades de âmbito nacional que defendam direitos humanos, direitos dos consumidores e do meio ambiente sejam inseridas no art. 103 da Constituição Federal.*

Desta forma, estaremos flexibilizando esquemas, permitindo uma ingerência maior do cidadão na sindicância da constitucionalidade. Ao mesmo tempo, será dada ênfase ao Princípio da Supremacia da Constituição e à relevância da Suprema Corte do País.

Cite-se, ainda, em relação aos problemas que circundam a revisão constitucional, que expressivo grupo de juristas de alto nível entendem que a revisão só está limitada pelas determinações contidas no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Para estes, portanto, a revisão é ampla, plena, abrangendo diversificados temas, sem prender-se às limitações por nós referidas.

Não obstante, outra significativa corrente doutrinária, também integrada por juristas de escol, acata limitações à manifestação do Poder Constituinte Reformador.

No nosso entender, a razão está com os que vêm o Poder Constituinte de 2.º Grau, ou Poder Reformador, com as limitações históricas que sempre possuiu.

Se assim não suceder, o Congresso Nacional, será, em verdade, investido do Poder Constituinte Originário e será desvirtuado o objetivo constitucional que prevê *a manutenção da atual Constituição revista e não a elaboração de um novo Texto Constitucional.*

A revisão constitucional, enfim, deverá levar em linha de conta os avanços políticos, sociais e econômicos contidos no Texto Constitucional. Não haverá, pois, de cercear, mesmo por via indireta, os direitos concernentes à vida, à liberdade, à igualdade. Não deverá o processo revisor restringir ou suprimir avanços ocorridos no campo social em relação aos direitos dos trabalhadores — e nos conteúdos da Ordem Social. Deve-se, igualmente, levar em consideração a grande conquista, expressiva no parágrafo 1.º do artigo 5.º da Constituição, que determina: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Qualquer tentativa de tornar estes ditames em normas de conteúdo programático — tais como eram os direitos sociais —, significará lamentável retrocesso histórico.

Em síntese, *a revisão constitucional é limitada,* cabendo importante e árdua tarefa aos membros do Congresso Nacional investidos do Poder Constituinte Reformador.

Cabe-lhes ajustar a Constituição à realidade e, basicamente, torná-la apta a ser normalmente executada.

Tal ocorrerá se for dada maior ênfase ao Poder Judiciário mediante uma autêntica aplicação dos "remédios constitucionais" aos mecanismos de controle da constitucionalidade das leis e a relevância do Supremo Tribunal Federal, nossa Corte Constitucional. E, ainda, se novos mecanismos de controle do Legislativo sobre o Executivo forem adotados, mecanismos que, em verdade, melhor se dinamizarão na República Parlamentar.

Os depositários do Poder Constituinte Reformador, conscientes, embora, das limitações inerentes a este Poder, deverão avançar em termos de liberdade, democracia e justiça social, acordes com as necessidades do País, lembrando que os problemas brasileiros só podem e só devem ser resolvidos com soluções também brasileiras.

O Poder Legislativo e o "Impeachment"

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Desembargador do TJER e Professor Titular da UERJ

Prerrogativas inerentes ao Legislativo, cuja importância foi enfatizada pela Constituição de 1988, que manteve o sistema bicameral, com legislatura de quatro anos (art. 44), e cujas atribuições, que envolvem relevantes interesses nacionais, estão explicitadas no art. 48, dispensando-se a sanção do Presidente da República em matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional e de competência privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (arts. 49, 51 e 52), são a financeira (que antecedeu, mesmo, a função normativa) e a de investigar e fiscalizar, surgindo tais práticas, nas tradições inglesas, à medida que o Parlamento ia assumindo a supremacia na vida política, passando, posteriormente, aos Estados Unidos, onde as comissões investigadoras do Congresso apareceram, em 1792, para apurar os motivos do fracasso da expedição Saint Clair, contra os indígenas do Ohio. (Na URSS, o Soviet Supremo orientava, ainda, a política exterior do Estado.)

As comissões de inquérito, que devem desenvolver atividade ampla nas pesquisas destinadas a apurar, por prazo certo, os fatos determinados que deram origem à sua formação, e que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, além de outros previstos regimentalmente, podendo ser criadas por ambas as Câmaras, em conjunto ou separadamente, possuem origens *costumeiras, legais ou constitucionais,* como, no Brasil, desde 1934, e, na forma do art. 58, § 3.º da Constituição. A prerrogativa de investigar, entretanto, deveria ser usada com maior eficácia, para bem resguardar o interesse público, ainda mais que a protege a Lei Federal n.º 1.579, de 18 de março de 1952, que dispõe sobre os crimes contra as comissões parlamentares de inquérito. O poder de controle, de que se trata, está delimitado, entretanto, pela competência.

As Comissões, entre nós, podem ser permanentes (consideradas por Wilson o "mecanismo essencial" do sistema governamental americano) e *temporárias* (art. 58) subdividindo-se essas em *especiais,* de *inquérito, externas* e *mistas,* na forma do direito parlamentar, como o batizou Eugène Pierre, Secretário-Geral da Câmara dos Deputados, na França, e ligado às normas regimentais de livre elaboração das Casas Legislativas, para disciplinar seus trabalhos; assegurada, na constituição das Mesas e de cada Comissão, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares que atuam em cada Casa Legislativa.

No Senado existem, ainda, Comissões internas.

Foram ampliadas as imunidades materiais e formais dos congressistas (tema que, na Alemanha, ao contrário de em outros Estados, é tratado no art. 36 do Código Penal), sem prejuízo da preocupação de impedir abusos, como os que vinham ocorrendo e que dificultavam a ação da Justiça, favorecendo a impunidade. Valiosos, sobre a questão da inviolabilidade parlamentar, os informes de ALCINO PINTO FALCÃO e PEDRO ALEIXO, entre outros, sendo certo que se prende ela, em geral ao *exercício das funções,* dentro ou fora do recinto das Câmaras, e é irrenunciável como garantia constitucional do Poder Legislativo, originária do *Bill of Rights* e realimentada pela Revolução Francesa. O parlamentar estadual só goza de imunidades nos limites de sua unidade federativa e o vereador, que, injustamente, não tinha franquia, conquistou-a no âmbito geográfico do Município (art. 29, IV da Constituição Federal), no exercício do mandato. A inviolabilidade (art. 53) protege opiniões, palavras e votos do parlamentar, cujas imunidades subsistem durante o estado de sítio, a não ser que atos tenham sido praticados, fora do recinto do Congresso, incompatíveis com a execução da medida. O indeferimento do pedido de licença para que o parlamentar seja processado criminalmente, ou a ausência de deliberação a respeito, como é justo, suspende a prescrição enquanto durar o mandato. A reeleição impõe a renovação da postulação punitiva, cumprindo notar que o abuso das prerrogativas reconhecidas a

membros do Congresso, é incompatível com o decoro parlamentar (art. 55, § 1.º), podendo resultar em perda do mandato.

Os deputados, pela antecedente Carta Magna (art. 39), passaram a ser eleitos em proporção aos eleitores inscritos (povo) e não mais ao número de habitantes (população), critério, esse último, retomado pela Emenda n.º 8 e mantido pelo art. 45, § 1.º da Constituição de 1988 (A Emenda n.º 25, que reduziu para 18 anos a idade mínima para o exercício da deputação política, não foi perfilhada pela Constituição de 1988 — art. 14, § 39, *c* — que optou pela idade de 21 anos).

A medida, que contrariava uma tradição de nosso direito, não merecia aplausos. Anteriormente, embora nem todos os habitantes pudessem votar (referimo-nos, principalmente, aos analfabetos). Eram eles computados demograficamente para a eleição de deputados, porque integravam um contexto sócio-político, participando dele, desta ou daquela maneira.

Com a fórmula, então, em vigor, o Estado extinguiu, abruptamente, a participação de bons brasileiros, quando deveria aguardar pudessem eles exercer os direitos políticos, e não previu situações que, embora difíceis, poderiam ocorrer, como por exemplo, a de uma unidade federativa, bastante populosa que tivesse 70% de seus habitantes na faixa etária de 12 a 17 anos e de uma outra, pouco populosa, que possuísse 60% de seus habitantes na faixa de 18 a 40 anos, circunstâncias que fariam a unidade menor (digamos Sergipe) ter maior bancada que a unidade maior (suponhamos Minas Gerais). A Emenda n.º 22, à Constituição de 1967 (Emenda n.º 1), prescrevia a eleição dos deputados pelos sistemas distrital misto, majoritário e proporcional, atendo-se a Constituição de 1988 (art. 45) ao sistema proporcional. Cada território é representado, na Câmara, por quatro deputados. Cada senador deverá ser eleito, pelo princípio majoritário, com seus suplentes (dois), como reafirmou o STF, na questão relativa à candidatura de José Sarney pelo Estado do Amapá (entendendo, contudo, que a coincidência de registros não era necessária), orientação que, se consulta o interesse partidário, poderá não corresponder à vontade do eleitorado e essa observação se aplica a todas as situações em que existe a automática eleição do suplente, atrelado à biga do titular.

Deputados e Senadores são julgados pelo Supremo Tribunal Federal. O art. 49, X, consigna que o Congresso fiscalizará, pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal ou diretamente, ainda, os atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta, nada obstando, por conseguinte, a instituição do *Ombudsman*, a que já nos referimos mais atrás (a Lei n.º 7.295/84 regulara essa atividade fiscalizadora, através de duas Comissões Permanentes, uma em cada Casa do Congresso, denominadas ambas "Comissão de Fiscalização e Controle"). O Decreto n.º 93.714/86, dispondo sobre a defesa de direitos do cidadão contra abusos, erros e

omissões da Administração Federal, instituiu junto à Presidência da República a Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão. Ponderou Wilson que "tão importante quanto legislar é fiscalizar atentamente a administração".

Como o Congresso, durante a legislatura, funciona em períodos anuais (sessões legislativas), de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1.º de agosto a 15 de dezembro (pela Emenda n.º 3, eram de 1.º de março a 30 de junho e de 1.º de agosto a 5 de dezembro), embora possa ser convocado extraordinariamente, em casos específicos (art. 57, § 6.º), ocasião em que somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, não poderá, em tese, funcionar durante todo o ano, em regime normal ou ordinário de atividade (sessão permanente). A partir de 1.º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, cada uma das Câmaras reunir-se-á em sessões preparatórias para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, e durante o recesso haverá uma Comissão do Congresso, eleita por suas Casas, com atribuições definidas no regimento comum e que, a bem dizer, ficará de plantão tal como ocorre em tribunais. Os parlamentares, desde a expedição do diploma e desde a posse, sofrem as restrições do art. 54 da Constituição, podendo perder o mandato nas hipóteses do art. 55, mas, sem perda do mandato lhes é facultada a investidura nos cargos referidos do art. 56, bem como licenciarem-se. O Presidente do Senado Federal preside a Mesa do Congresso (art. 57, § 5.º da Constituição Federal).

A Emenda n.º 1 à Constituição de 1967 pôs fim à controvérsia sobre quem deveria presidir o Congresso Nacional: o Vice-Presidente da República ou o Presidente do Senado, optando por esse último (art. 29, § 3.º) e reservando àquele outras funções. O Vice-Presidente, tal e qual nos Estados Unidos, presidia, em outros tempos, o Senado e, em decorrência, o Congresso (sem imunidades parlamentares), para não desfalcar a bancada dos Estados, nas votações; posteriormente, com a Emenda Parlamentarista, criou-se o cargo de Presidente do Senado. A Constituição de 1967, um tanto ambígua, em seu texto original, provocou sérias dúvidas sobre a quem caberia a presidência do Congresso, empenhando-se no controvertido tema o Vice-Presidente da República, Pedro Aleixo, e o Presidente do Senado, Auro de Moura Andrade. O Congresso por 189 votos contra 94 deu razão ao primeiro.

Questão ligada ao Legislativo é a do *impeachment*, proveniente da responsabilidade que os regimes livres fazem incidir sobre seus agentes. Foi, entre outros motivos, pela lei de responsabilidade que Deodoro dissolveu o Congresso e proclamou o estado de sítio. À Câmara dos Deputados compete, privativamente, autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo (que é ato processual, por admitir a acusação segundo o art. 86) contra o Presidente da República, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado, incumbindo ao Senado Federal processar

e julgar essas autoridades nos crimes de responsabilidade (os ministros nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles) e, outrossim, processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União, nos crimes de responsabilidade, justificando-se a competência mencionada por último, pela necessidade de serem resguardadas as autoridades citadas, expostas, em virtude de seus cargos, a ódios políticos e a malquerenças pessoais.

Funciona, como Presidente do Senado, o do Supremo Tribunal Federal (sem que isso desfigure o *sistema cameral*, que coexiste, na doutrina, com os sistemas *judicial* e *misto*, o qual seguimos, na Constituição de 1934 e que fora adotado pela Constituição Rio-grandense, de 1891), que lavrará a sentença condenatória (arts. 395-401 do Regimento Interno do Senado); somente por dois terços será proferida a mencionada condenação e a pena limitar-se-á à perda do cargo com inabilitação, por oito anos (era, por cinco anos, anteriormente), para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções jurídicas cabíveis.

Crimes de responsabilidade são aqueles cometidos em razão de certos cargos públicos, exemplificando o art. 85 da Constituição, os atribuíveis ao Presidente da República, por atentarem contra a Constituição Federal, devendo esses delitos serem definidos em lei especial (Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950), que deverá estabelecer as normas de processo e julgamento, sendo certo que, mesmo tentados, são seus agentes passíveis da perda de cargo, com inabilitação, para o exercício de qualquer função pública. Tecnicamente, não são eles infrações penais, como os chamados crimes funcionais, praticados contra a administração pública, com os quais às vezes são confundidos até pelo próprio legislador, mas transgressões de caráter político-administrativo. O Senado Federal desempenha, na hipótese, "un papel muy distincto de su función legislativa normal" (CHARLES BLACK JR., *Juicio Politico*, B. Aires, 1975, p. 17), cabendo ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, b) processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns (crimes e contravenções que refogem à legislação especial, tecnicamente falando, mas, também, os pertinentes a essa última em face da oposição genérica aos crimes de responsabilidade). O Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, as autoridades referidas no art. 102, I, *c*. Autorizado o processo, pela admissão da peça acusatória, equivalente ao *indictement*, contra o Presidente da República pela Câmara dos Deputados, portanto, deverá ser ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal ou perante o Senado, ficando suspenso de suas funções recebida a denúncia ou queixa-crime pela Suprema Corte ou após instauração do processo pelo Senado Federal. Se depois de 180 dias o julgamento não estiver concluído, cessa o afastamento do Presidente, prosseguindo, regularmente, o processo, mas ele, apenas estará

sujeito a prisão depois da condenação criminal, devendo-se ressaltar que o supremo mandatário da nação, na vigência do seu mandato, não poderá ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções (art. 86, § 4.º) ou seja, sua responsabilidade político-criminal, por uma espécie de imunidade, está vinculada, transitoriamente, à prática do cargo, contradizendo as coordenadas constitucionais que reduziram as dimensões do Executivo. A origem do dispositivo, paradoxalmente, parece ter sido a autoritária Constituição portuguesa de 1933: "Por crimes estranhos ao exercício de suas funções, o Presidente só responderá depois de findo o mandato" (é, igualmente, a diretriz da Constituição de 1976, art. 133, 4), mandamento que influiu no art. 87 da Carta de 1937: "O Presidente da República não pode, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas". A prescrição, é claro, fica suspensa, aguardando o término do mandato, sendo oportunas as observações de ARAÚJO CASTRO (*A Constituição de 1937*, 2.ª ed., p. 202). "Tanto nos crimes comuns quanto nos de responsabilidade, o Presidente não é sujeito a qualquer forma de prisão ou detenção preventiva", pondera WALTER CENEVIVA (*Direito Constitucional Brasileiro,* p. 186).

O *impeachment,* que tem raízes britânicas (casos do Duque de Buckingham e do Conde de Strafford) robusteceu-se com o Estado do Direito, encontrando guarida no direito norte-americano (inicialmente, nas Cartas de Virgínia e de Massachussets, e, depois, na Constituição da República), de onde se propagou aos povos cultos. Contudo, no sistema inglês, que já utilizou o *bill of attainder* (ato do Parlamento, essencialmente judiciário e formalmente legislativo, que impunha severas sanções) como subsidiário do impeachment, a Câmara dos Lordes (que, aliás, é, igualmente, um tribunal), aprecia, com ampla competência, a acusação da Câmara Baixa, podendo invadir a dimensão penal, pois nele, como no americano, as imunidades se referem, apenas, ao processo civil, ao contrário do sistema gaulês, que adotamos.

Além do mais, na Inglaterra, como na França, todos os súditos, sem qualquer distinção, estão sujeitos à medida, que só não abrange o soberano, na primeira, enquanto, no regime americano, que se parece com o nosso, só algumas autoridades podem ser impedidas (Presidente e Vice-Presidente da República, magistrados federais e servidores da União, com exceção dos militares, sujeitos, aliás, à legislação especial e dos membros do Congresso, os quais não são considerados *civil officers*).

Desde a Constituição do Império, adotamos o "impedimento", então um processo criminal "ao passo que exclusivamente político é o implantado com a República. Este se situava na linha do instituto norte-americano; aquele se filiava à tradição jurídica britânica", nota PAULO BROSSARD,

em magnífica dissertação *(O Impeachment*, Porto Alegre, 1965, p. 33). No modelo inglês são abrangidos a autoridade e o homem e, no americano, apenas se atinge a autoridade.

O *impeachment* é um feito essencialmente político, mas de tonalidade constitucional-penal, o que lhe dá um certo caráter misto, como ressaltou LAURO NOGUEIRA (*O Impeachment*, p. 28), abrangendo, no âmbito estadual, governadores e secretários de Estado e no municipal, prefeitos (a Lei n.º 3.528, de 3 de janeiro de 1959, cujo art. 4.º, parágrafo único foi tido por inconstitucional por determinar recurso oficial, para a Assembléia Legislativa, da sentença condenatória proferida pela Câmara de Vereadores, foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, cuja inconstitucionalidade foi sustentada, por MARCUS FAVER, em tese de mestrado), e alguns vereadores (art. 27 da Lei n.º 64.448/77, que manda aplicar aos edis dos municípios e dos territórios o disposto na lei federal sobre responsabilidade, cumprindo notar que a Vereadora Regina Gordilho foi afastada da Presidência da Câmara, da Cidade do Rio de Janeiro, por alegada infringência ao Regimento Interno), impossibilitando, em tese, em virtude de sua natureza, a renúncia ao cargo, como demonstra o episódio Nixon, ou o fim do mandato, sem prejuízo da ação da Justiça. Todavia, no *impeachment* do Secretário de Estado, Belknap, acusado de vender através de familiares, "o monopólio para o fornecimento das tropas dos territórios indianos" (AMANCIO DE SOUZA — *Responsabilidade Funcional dos Secretários de Estado*, p. 39, Bahia, 1906), o processo seguiu seus trâmites, apesar de Grant ter aceito o seu pedido de exoneração, como recorda Munro. A nossa legislação prescreve (Lei n.º 1.079, arts. 15 e 42) que a denúncia só pode ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo. Era já o sistema da Lei n.º 27/1892. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ opina, desafiando reflexão, que o processo "pode ser reativado se a autoridade, por eleição ou nomeação, retornar ao exercício de qualquer das altas funções objeto da tutela constitucional" (*A Co-Delinqüência Penal Brasileira*, p. 202, Bushatsky, 1976). Embora entendam alguns que o Prefeito não mais pode ser objeto de impedimento, em nossa sistemática legal, pensamos contrariamente (veja-se a orientação do STF na RT 404/405) e assim, de acordo com a legislação supracitada, ele pode ser julgado, por crimes de responsabilidade, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores, pelo Poder Judiciário, importando a condenação definitiva na perda do cargo e na inabilitação por 5 anos, para o exercício de cargo ou função pública e, por infrações político-administrativas, sancionadas pela cassação de mandato, pela Câmara de ereadores. Tem-se entendido que, se o Prefeito tiver deixado o cargo, responde na forma da lei penal, a não ser que o mandato expire após o recebimento da denúncia.

O instituto, de que tratamos, como o veto (porque não se admite que a maioria parlamentar vote contra o Gabinete), é mais pertinente ao pre-

sidencialismo, porque, no parlamentarismo o Chefe de Estado é irresponsável, a não ser em situações excepcionais, e moções de censura têm maior eficácia.

Famoso caso de *impeachment* foi o do Presidente Andrew Johnson, sucessor de Lincoln, relatado por ADOLPHE DE CHAMBRUN, em livro de larga repercussão (*Le Pouvoir Exécutif aux États Unis*, Paris, 1876, pp. 320 e segs.)

Johnson foi acusado de excesso de poder e de infringir leis, particularmente ao dispensar Stanton, da Secretaria da Guerra, sem autorização do Senado, que aprovara sua nomeação, substituindo-o por Grant. Foi absolvido por um voto (o do Senador Edmund Rosse, de Kansas), não chegando, a ser *convicted*, tendo o Presidente da Suprema Corte, Chase, que presidia o Senado, para esse julgamento, agido com extraordinário tato. Não foi afastado do poder, apesar da acusação da Câmara. Na infra-estrutura de seu processo estava o fato de que, indultando confederados e permitindo que voltassem às suas terras, dificultava a reforma agrária pretendida pelo Congresso.

Nele, como sublinha M. LES BENEDICT (*The Impeachment and Trial of Andrew Johnson*, p. 1, Nova Iorque, 1973), "lay the crisis of American Reconstruction after the Civil War".

Enquanto o seu caso teve como origem a interpretação de cláusula da Constituição, o de Nixon foi motivado por ofensa à lei.

No caso Myers v. U.S., a Suprema Corte firmou, posteriormente, o princípio de que o Congresso não "podia limitar o poder do Presidente de remover funcionários executivos".

No Brasil, como sublinha PAULINO JACQUES (*Curso de Direito Constitucional*, 3.ª ed., 1962, Forense, p. 162), salvo frustradas tentativas, jamais tivemos um processo de *impeachment*".

No plano estadual, o único exemplo positivo é o do Governador Aquiles Lisboa, do Maranhão, afastado do cargo em 1935, por ter negado à oposição "posse de um cargo rendoso", conforme carta dele ao escritor WALFREDO MACHADO.

O instituto, embora quase não seja aplicado, para evitar graves conseqüências ou desprestígio do poder, deve ser acionado, impreterivelmente, quando o exigir o interesse coletivo, devendo-se relembrar que jamais se confundiu com o *bill of attainder* ("a legislative act which inflicts punishment without a judicial trial").

Os Direitos Políticos

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES
Professor de Direitos Humanos da APM-MG. Professor de Ética da PUC-MG. Mestre em Direito Constitucional pela FDUFMG. Doutorando em Direito pela FDUFMG

SUMÁRIO

1 — *Introdução*

São os direitos políticos um dos grupos de direitos fundamentais que compõem os direitos humanos.

Já tivemos oportunidade de analisar em outros trabalhos os direitos individuais, primeiro grupo de direitos humanos que surgem com o Estado Liberal no século XVIII, os direitos sociais, direitos humanos de segunda geração que vêm oferecer meios de efetivação dos direitos individuais, e os direitos econômicos que possibilitam a materialização dos direitos sociais, e conseqüentemente dos individuais, incluindo direitos humanos de terceira geração como o direito ambiental e do consumidor. Existe uma perfeita integração entre estes grupos de direitos que se complementam, não se podendo falar em plenitude de direitos humanos sem a existência de todos os grupos de direitos que compõem os direitos humanos, incluindo os direitos políticos.

A importância destes direitos políticos para os direitos humanos não é demonstrada por uma construção teórica, como a existente, quando se estuda os elos de ligação e complementação entre os outros três grupos de direitos fundamentais. A sua importância surge de uma constatação

fática e histórica. Em nenhum momento da história, em nenhum país do mundo, houve ofensa à democracia, sem que a imediata conseqüência fosse a violação dos direitos individuais e das liberdades básicas, como a liberdade de expressão de consciência.

Entretanto, com a evolução tecnológica, com os modernos meios de comunicação social e as modernas técnicas de propaganda e controle da opinião pública, têm os detentores deste poder de comunicação eficazes meios de manipulação de massas, que sem dúvida podem colocar em xeque a democracia política, instaurando uma moderna forma de perpetuação no poder de uma elite econômica, que controla os meios de comunicação social.

MOACIR PEREIRA observa que a existência do oligopólio nos meios de comunicação social, especialmente o da televisão, "não é garantia de democratização da informação e participação da sociedade nos processos políticos, educacional, econômico e de comunicação. Muito ao contrário, a privilegiada posição simboliza, no particular, o monstro sagrado deste oligopólio a ditar normas de comportamento social, ético, político e religioso para a maioria da nação.

A quarta rede mundial de TV atinge hoje 16 milhões de receptores, um público estimado em cerca de 85 milhões de telespectadores, massa compacta passiva que tudo consome, sujeitando-se aos competentes e geralmente alienantes programas televisivos.[1] Por este motivo é atual e necessária a discussão dos direitos políticos e da democracia que deve ser constantemente aperfeiçoada, sendo levada a formas de participação mais efetivas da sociedade civil na gestão dos interesses públicos.

Estes direitos políticos são também dependentes dos outros direitos fundamentais da pessoa humana, sendo que, para a efetivação de um modelo de democracia mais participativa e portanto mais representativa da vontade *consciente* da população, dependem estes direitos políticos do direito social à educação, como forma de conscientização da população, e de cada um, como sujeito de inúmeros direitos e como titular do Poder Público que deve pertencer ao povo.

Dependem os direitos políticos de direitos econômicos, mais precisamente, de normas do Estado que concretizem uma política econômica que busque a democracia econômica, sem a qual, a democracia está em xeque.

É, pois, o tema de uma importância fundamental, principalmente quando a mídia anuncia o sucesso de um sistema econômico que é colocado como perfeito, como se tivessem encontrado a sociedade a que se aspirava. É o risco da imutabilidade da "perfeição", sendo que o velho é constantemente mostrado como novo, mudando-se o discurso e o rótulo.

---

1 PEREIRA, Moacir. *A Democratização da Comunicação (o direito à informação na Constituinte)*. Global Editora, São Paulo, 1987, p. 9.

ROBERT NOZICK, em seu livro *Anarquia, Estado e Utopia,* faz crítica a três teses políticas de nosso tempo (o liberalismo, o socialismo e o conservadorismo), fazendo, ao final de seu trabalho, a defesa do "Estado mínimo", afirmando que este Estado é moralmente legítimo, sendo que nenhum Estado mais extenso poderia ser moralmente justificado, pois inevitavelmente violaria os direitos do indivíduo. Acrescenta o autor:

> "Vemos agora que este Estado moralmente aprovado, é o que melhor realiza as aspirações utopistas de incontáveis sonhadores e visionários. Ele preserva tudo o que podemos conservar da tradição utopista e abre o resto dela às nossas aspirações individuais." (...)

Em seguida, ressalta:

> "O Estado mínimo trata-nos como indivíduos invioláveis, que não podem ser usados de certas maneiras por outros como meios, ferramentas, instrumentos ou recursos. Trata-nos como pessoas que têm direitos individuais, com a dignidade que isso pressupõe. Tratando-nos com respeito ao acatar nossos direitos, ele nos permite, individualmente ou em conjunto com aqueles que escolhemos, determinar nosso tipo de vida, atingir nossos fins e nossas concepções de nós mesmos, na medida em que sejamos capazes disto, auxiliados pela cooperação voluntária de outros indivíduos possuidores da mesma dignidade. Como ousaria qualquer Estado ou grupo de indivíduos fazer 'mais' ou 'menos'?" [2]

Embora se apresentando como algo novo, apresenta ROBERT NOZICK toda uma concepção de um individualismo egoísta, com um Estado mínimo mas presente, para vigiar e punir quando necessário. Reproduz o autor todo o individualismo do século XVIII, expressado pelo liberalismo clássico. É o velho, vestido de novo. Entretanto, a ingenuidade permanece apesar dos anos, quando fala em "auxílio voluntário dos outros indivíduos".

Como no liberalismo do século XVIII, a preocupação excessiva com o Estado, como opressor, omite a opressão social e econômica, a opressão no trabalho, a opressão na fábrica, ou seja, a enorme opresão do egoísmo privado. Nada de novo.

Neste sentido a democracia participativa, amparada no direito social à educação como forma do exercício real da liberdade de consciência, na democracia econômica e, como conseqüência, na democracia dos meios de comunicação social, com a participação efetiva da sociedade na sua gestão, é a única resposta para as aspirações populares. Não é o filósofo isolado da realidade social dos diversos pontos do mundo que encontrará solução e que poderia dizer quem oprime e o que deve cada ser humano

---

2 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia.* Jorge Zahan Editores, Rio de Janeiro, 1991, pp. 357/358.

querer. Será o próprio povo educado e consciente o único portador da chave da utopia, apontando e escolhendo o seu próprio caminho, utilizando-se de seus direitos políticos de cidadão, numa democracia em constante processo de aperfeiçoamento.

Após estas colocações, é necessário conceituar direitos políticos, e vamos começar esta tarefa, desenvolvendo esta teoria na doutrina clássica e moderna.

2 — *Direito político e direitos políticos*

A expressão direito político é empregada com significados diferentes pela doutrina, sendo que freqüentemente ela é utilizada como sinônimo de direito constitucional e outras vezes, como no livro de EKKEHART STEIN, como direito do Estado, livro que tem a tradução espanhola intitulada *Derecho Político.* [3] Neste livro, sob esta denominação de "direito político" desenvolve-se o estudo da estrutura do Estado.

CARLOS SANCHEZ VIAMONTE, em seu *Manual de Derecho Político*, da mesma forma, utiliza a expressão "direito político" para significar o estudo da teoria do Estado, analisando a polêmica que envolve a questão quando escreve que "toda a pretensão de fazer uma clara distinção entre Direito Político e Direito Constitucional frustrar-se-á em um empenho impossível. Poderíamos dizer que Direito Político é o Direito Constitucional anterior às Constituições escritas e que Direito Constitucional é o Direito Político posterior a elas". [4]

PABLO LUCAS VERDÚ enfrenta com clareza a questão da denominação "Direito Político", afirmando que o direito político não se confunde com o Direito Constitucional, como não se confunde com a Ciência Política. Na verdade, o direito político é a combinação destas duas disciplinas independentes em uma só. Defende PABLO LUCAS VERDÚ a existência de uma "disciplina denominada Direito Político que abarca um setor jurídico (Direito Constitucional) e outro científico — político (Ciência Política)". [5]

> Acrescenta o professor de Direito Político que: "Quienes mantienem la independencia de la Ciencia política arrastrando con ella el sector científico-político que informa al Derecho político, no se percatan que ese sector de nuestra disciplina afecta sólo

---

3 STEIN, Ekkehart. *Derecho Politico*, Aguillar S.A. de ediciones, Madrid, 1973; SANGUINETTI, Horácio. *Curso de Derecho Politico*. Astrea, Buenos Aires, 1980; NATALE, Alberto A. *Derecro Politico*, Dapalma, Buenos Aires, 1979; CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. *Manual de Derecho Político*. Tecnos, Madrid, 1987, v. 1.

4 VIAMONTE, Carlos Sanchez. *Manual de Derecho Politico*, Editorial Bibliografia Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 13.

5 VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*, v. IV, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1984, p. 45.

a las instituciones y procesos políticos característicos (partidos, elecciones, etc.), que se estudian en su projección jurídico-política y no pretende volatizar sus aspectos jurídicos como hace la Ciencia política independiente; el Estado convertido en sistema político, el proceso electoral desdeñando los aspectos jurídicos y el concepto jurídico-político de la representación; que excluye el conocimiento y funcion política de la Constitución, de las leyes del proceso judicial; que soslaya el tema de la soberanía o lo reduce a tema histórico, etc." [6]

Em outro momento PABLO LUCAS VERDÚ demonstra que "Direito Político", não é o mesmo que "Teoria Geral do Estado", conforme está caracterizado na doutrina alemã. Escreve o autor que a formação de uma Teoria Geral de Estado só foi possível na Alemanha pela existência de uma situação especial de "quietismo político", que levou a redução de dados empíricos a esquemas generalizadores. Entretanto, uma "Teoria Geral do Estado" só seria possível com a existência de padrões constitucionais comuns aos diversos povos. Exigem-se portanto, bases jurídicas e ideológicas coincidentes, pois, caso contrário, se torna impossível elaborar uma Teoria Geral de diversos Estados separados, entre si, por diferenças institucionais e políticas. [7]

Por este motivo, não se deve considerar como generalização a Teoria do Estado, já que a realidade estatal não pode ser captada com padrões formais, válidos para todos os tempos e lugares de modo fixo e permanente, assinalando-se por este motivo a crise da "Teoria Geral do Estado".

A doutrina francesa não utiliza a expressão Direito Político para significar o que PABLO LUCAS VERDÚ considerou como uma disciplina que abarca um setor jurídico e outro constitucional. Na doutrina francesa encontramos o Curso de Instituições Políticas e Direito Constitucional, que nas palavras de PIERRE DABEZIES, surge "sous l'influence d'une science politique jeune, et donc ambicieuse, cet enseignement d'abord exclusivement juridique s'est ouvert aux realités du monde politique. Il n'ignore plus le rôle des partis politiques ou des syndicats, l'influence des religions ou des armées, les conséquences décisives de l'Etat et du développement des forces productives". [8]

PIERRE PACTET, em outras palavras, completa que estudar Instituições Políticas e Direito Constitucional é estudar o exercício do poder no quadro de um dado Estado e, ainda, de uma maneira mais simples, porque mais concreta, estudar os regimes políticos praticados no mundo e na

---

6 VERDÚ, Pablo Lucas. Ob. cit., p. 45.

7 VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*, v. II, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983, pp. 25/26.

8 DABEZIES, M. Pierre. *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques, Les Cours de Droit*, Paris, 1979, 1980, p. 9.

França, acrescentando ainda que um regime político aparece sempre em um determinado Estado, como resultante do jogo de forças políticas.[9]

Entretanto, é hora de nos perguntarmos: qual a relação entre direito político e direitos humanos? Não é o "direito político" o conteúdo dos direitos humanos, mas, sim, determinados direitos políticos que se referem ao direito de participação no poder do Estado, envolvendo a questão a abordagem dos regimes políticos, dos partidos políticos e das formas de participação popular no poder do Estado.

Como observa LUIZ SANCHES AGESTA:

> "Los derechos políticos están intimamente vinculados a la estructura misma del régimen político, porque son derechos de participación. No significan, como los derechos individuales, una esfera de autonomía o un límite de la acción del poder público, ni, como los derechos sociales, una demanda que ha de ser satisfecha por el Estado. Son como los derechos públicos, con los que a veces tienen una línea de separación casi inapreciable, derechos de participación. Pero con un objeto distinto del que corresponde a las libertades o los derechos públicos, aunque estén íntimamente relacionados con ellos. Las libertades o derechos públicos suponen una participación que repercute directamente sobre las corrientes de opinión; contribuyen a formar la opinión y son 'libertades' que expresan el pluralismo de creencias y opiniones. Los derechos políticos significan una participación directa o indirecta en las decisiones del poder político y se les configuran como una 'libertad', en cuanto representan una capacidad de elección sobre la organización misma del poder, las personas que han de ejercerlo o las decisiones mismas que este adopta." [10]

São os direitos políticos, entendidos como participação popular no Poder do Estado de forma direta e indireta, conteúdo dos direitos humanos, e fundamentais para a existência dos direitos sociais, econômicos e principalmente individuais.

A relação entre os direitos políticos e os outros grupos de direitos fundamentais dos seres humanos realiza-se em dois sentidos. Os direitos sociais são essenciais para os direitos políticos, pois será através da educação que se chegará à participação consciente da população, o que implica também necessariamente no direito individual à livre formação da consciência e à liberdade de expressão e informação. Os direitos econômicos da mesma forma colaboram para o desenvolvimento e efetivação de participação popular através de uma democracia econômica. Como já foi dito,

---

9 PACTET, Pierre. *Institutiones Politiques Droit Constitutionnel*, Masson, Paris — Milan-Barcelone — México, 1989, pp. 7/8.

10 AGESTA, Luiz Sanches. *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 150.

a inexistência de uma democracia econômica põe em risco a democracia política.

No sentido inverso, os direitos políticos são essenciais para as liberdades individuais (a primeira conseqüência do autoritarismo é o fim das liberdades públicas), para a efetivação dos direitos sociais e econômicos que são aspirações populares que se expressarão através dos instrumentos democráticos da participação.

Portanto, os grupos de direitos individuais sociais, econômicos e políticos se completam, se fundem apontando como resultado síntese os direitos humanos.

Para uma melhor abordagem dos direitos políticos vamos estudar brevemente os partidos políticos (instrumentos de participação no poder do Estado) e os regimes políticos (formas de participação, ou não, no poder do Estado), para então localizarmos estes direitos políticos na Constituição brasileira e em algumas Constituições estrangeiras.

3 — *Partidos políticos*

Na democracia representativa o voto é o instrumento essencial, através do qual o povo pode escolher aqueles que irão exercer o poder em seu nome. Entretanto, esta escolha deverá estar amparada em determinados valores, princípios e programas.

Por este motivo para o funcionamento perfeito da democracia representativa é essencial a existência dos partidos políticos fortes, com programas definidos. O eleitor moderno não pode mais confiar nas promessas de candidatos não comprometidos com a fidelidade a um programa e a um partido. Um partido político estruturado é a garantia de que, com ou sem aquele candidato, as expectativas do eleitor serão correspondidas, a partir do momento que existe uma fidelidade a um ideal, a um programa. Diversos aspectos muito interessantes envolvem o tema. É de se notar que os partidos políticos são essenciais no sistema pluralista, onde estes representam interesses de determinadas camadas da sociedade, como nos sistemas de partido único, onde a estrutura e a participação partidária são essenciais para o funcionamento do Estado, como por exemplo na ex-União Soviética. Neste país, existiam aqueles que defendiam a representação de todas as camadas da sociedade dentro do partido único. É o pluralismo de interesse objetivo e ideal no sistema do partido único.

Esta idéia foi defendida pelo Professor ALEXANDER CIPKO, membro do Instituto de Economia do Sistema Socialista Mundial, da Academia de Ciências da União Soviética, no seminário *Perestroika* realizado na Universidade de São Paulo, em outubro de 1988. Para ele, o pluralismo político não significa a existência de vários partidos. O pluralismo é, sim, a convivência das organizações da sociedade civil com o partido único. A cooperativa, os sindicatos, os movimentos ecológicos e as associações

de classe são exemplos de organizações políticas possíveis dentro do pluralismo da *Perestroika*. Estes movimentos segundo o professor, poderiam apresentar candidatos nas eleições dos sovietes distritais. (Fonte: *Folha de S. Paulo,* A-10 Exterior, 7 de outubro de 1988.)

Outro aspecto interessante é o surgimento e crescimento de Partidos com propostas ecológicas. Um exemplo é o Partido Verde que tenta se afirmar no Brasil, e na Alemanha vem tendo, a cada eleição, um crescimento.

Exemplo do que pode causar a ausência de partidos políticos no sistema representativo, é o que nos dá o país asiático do Nepal. Neste país os partidos políticos foram proscritos em 1961, para ceder lugar a uma monarquia. Com a reforma constitucional em 1980, desde então aconteceram duas eleições, que, entretanto, só poderiam contar com candidatos sem partidos políticos.

Segundo os críticos deste sistema, a inexistência de partidos políticos impede uma mediação adequada entre a sociedade e o Estado, incentivando a corrupção, o oportunismo e o clientelismo político. O dirigente do antigo partido "Congresso Nepalês", Genesh Mar SINGH, descreve as eleições em seu país como uma corrida de cavalos. Os candidatos competem individualmente, já que não existem partidos com programas nem eleições internas. (Fonte: Cadernos do Terceiro Mundo, n.° 115, p. 33, 1988.)

3.1 — *Origem*

Quando estudamos os partidos políticos, é importante sabermos quando e como foi a sua origem. É muito comum enxergarmos as coisas como se elas sempre tivessem existido, entretanto o partido político é um fenômeno recente. Como já observamos anteriormente, ele está presente em quase todos os países, nos mais variados regimes. JEAN CHARLOT, em estudo realizado sobre os partidos políticos, começa por estudar sua origem, no que também ele assinala ser um fato recente: "Em 1761 (na Grã-Bretanha), nos lembra Sir Lewis Namier, nenhuma eleição no Parlamento era realizada com partidos; em 1951, nenhum candidato independente foi eleito".[11]

Segundo o mesmo autor, o termo partido político, como uma união de diversas pessoas que têm interesse, e idéias em comum contra outra de

11 CHARLOT, Jean. *Les Partis Politiques,* Librairie Armand Colin, Paris, 1971, p. 4; LÓPEZ, Mario Justo. *Partidos Políticos. Teoría General y Régimen Legal,* Dapalma Buenos Aires, 1982, 3ª ed.; BURNS, James Macgregor. *The Deadlock of Democracy. Fours — Party Politics in America.* Prentice — Hall, Inc., Englewood Cliffs, N. J., 1963; FERRI, Giuseppe D. *Studi sui Partiti Politici,* Edizione Dell'Ateneo, Roma, 1950; MABILEAU, Albert. *Le Parti Liberal dans le Système Constitutionnel Britannique.* Librairie Armand Colin, Paris, 1953; SEURIN, Jean Louis. *La Structure Interne des Partis Politiques Américains.* Librairie Armand Colin, Paris, 1953.

opinião contrária será emprestado, desde a Idade Média do vocabulário militar, quando se utilizava o termo partido, que designava uma tropa de pessoas separadas para lutar na guerra. Os partidos criados a partir do Parlamento e das eleições surgem a partir de uma ligação entre grupos parlamentares de um lado e os comitês eleitorais posteriormente formados de outro lado. A iniciativa geralmente parte do grupo parlamentar, e o partido, uma vez criado, fará novos comitês eleitorais e um estado maior distinto da direção de seu grupo. [12]

Os partidos de origem exterior ao Parlamento são formados por grupos sociais situados fora do sistema político propriamente dito, seriam por exemplo os grupos de pressão como as associações componesas, sindicais, as cooperativas, seriam também as "sociedades de pensamento", como as seitas religiosas, a maçonaria etc. O professor americano KENNETH JANDA acrescentará ainda os partidos que nascem por cisão ou fusão de outros partidos, a partir de estudo realizado na África, fato este já muito bem conhecido no Brasil. É importante neste instante que se façam duas observações, como apenas uma sugestão de reflexão. Em primeiro lugar, quando se fala em origem de partidos políticos extraparlamento, estes partidos surgem dos mais diversos setores da sociedade civil, e representarão estes interesses em conflito no parlamento. Isto nos leva a pensar na questão da representação da sociedade civil no sistema de partido único, numa sociedade onde não haveria o conflito de classe. Outra observação é a da última hipótese levantada pelo Professor KENNETH JANDA, dos partidos que surgem por cisão ou fusão. Através da análise do caso brasileiro, podemos nos perguntar até que ponto estes partidos guardam a característica de representantes de um determinado setor da sociedade.

Retomando o caminho da História, MAURICE DUVERGER, atentará para o fato de não se confundir os partidos políticos atuais com os igualmente chamados "partidos", ou facções que dividiam as Repúblicas antigas, como por exemplo, os clãs na Itália da Renascença, os clubes onde se reuniam os deputados das assembléias revolucionárias, os comitês que preparavam as eleições censitárias das monarquias constitucionais, como também as várias organizações populares que guardam a opinião pública nas democracias modernas:

> "Esta identidade nominal se justifica, de um lado, porque ela traduz um certo parentesco profundo: todas as instituições não têm o mesmo papel, que é o de conquistar o poder político e exercê-lo?." [13]

MAURICE DUVERGER nos mostrará que, de fato, os "verdadeiros partidos" existiam em 1850 somente nos Estados Unidos, sendo que em

---

12 CHARLOT, Jean. Ob. cit., p. 8.

13 DUVERGER, Maurice. *Les Partis Politiques*. 3ª ed. Librairie Armand Collin, Paris, 1958, p. 1.

1950, cem anos depois, quase todas as nações "civilizadas" (expressão do autor) já tinham seus partidos políticos.[14]

De fato, os primeiros partidos políticos se organizaram a partir de 1828 nos Estados Unidos. Os partidos britânicos nasceram com as reformas eleitorais de 1832 e 1867. Na França os partidos políticos aparecem após 1848.[15]

MAURICE DUVERGER, analisando as origens dos partidos políticos na França, colocará na pré-história partidária o exemplo dos jacobinos:

> "il semble caracteriser en effet, toute une phase de la préhistoire partisane. De même, dans la Constituinte française de 1848, on trouvait le groupe du Palais National et celui de l'Institut (republicains modéres), celui de la rue da Castiglione et celui de la rue des Pyramides (gauche)."[16]

JEAN CHARLOT, nos mostra que em todos estes países, os partidos surgem em um quadro político bem diferenciado, como se pode notar por exemplo anterior, dentro de uma cultura política nacional bem assentada. De outra forma, para o autor, no Terceiro Mundo, os partidos aparecem ao mesmo tempo que o Estado. Coloca o autor que embora em alguns regimes coloniais existissem assembléias representativas e mesmo um sufrágio limitado, os movimentos nacionalistas se recusavam a agir pela via parlamentar, o que explica a ausência dos partidos populares no Parlamento, pois estavam na clandestinidade.[17]

Segundo JEAN CHARLOT, duas são as diferenças básicas entre os partidos do Terceiro Mundo e os partidos dos Estados Unidos, da Grã-Bretanha ou da França. A primeira é a ausência de herança política. Numerosos países do Terceiro Mundo têm o sistema de partido único, que chegam ao poder após uma guerra nacionalista, e têm que construir do nada contando apenas com ele mesmo, enquanto que os países europeus com o sistema de partido único, tinham a escolha entre a convivência pacífica com aqueles que dirigiam o parlamento, ou a guerra civil.

A segunda diferença será a da presença forte das personalidades carismáticas nos países do Terceiro Mundo. Esta presença de chefe carismático serve como um meio transitório e eficaz de resolver esta crise de identidade nacional.[18]

Entretanto, o francês ROGER GERARD SCHWARTZENBERG, no seu livro *O Estado Espetáculo,* prova que não somente no Terceiro Mundo ocorrem estas distorções de valorização do líder carismático em detrimento

---

14 DUVERGER, Maurice. Ob. cit., p. 1.

15 CHARLOT, Jean. Ob. cit., pp. 9/10.

16 DUVERGER, Maurice. Ob. cit., p. 3.

17 CHARLOT, Jean. Ob. cit., p. 10.

18 CHARLOT, Jean. Ob. cit., p. 11.

da proposta partidária, o que nem mesmo é o caso dos movimentos nacionalistas da libertação da África e América Central. No caminho oposto que indicaria a conscientização da proposta partidária e o fortalecimento do partido na sua essência, como um todo unificado em torno de um programa, a imagem do líder é cada vez mais trabalhada no mundo todo. O Estado se transforma em um espetáculo onde aquele que preenche as expectativas pessoais do eleitor, através de imagens fabricadas, é eleito.

A imagem heróica foi fabricada com De Gaulle, Mao e Stalin; a imagem do homem comum está presente em Pompidou, Ford e Carter; o charme ganha eleições com Kennedy, Trudeau, Giscard D'Estaing; como também a imagem do país com Raymond Barre ou Aldo Moro.[19] É muito forte a ocorrência disso nos Estados Unidos, onde a imagem venceu as eleições presidenciais de novembro de 1988. O bipartidarismo norte-americano merece um estudo. As últimas eleições demonstraram que as divergências ultrapassam os limites dos debates existentes dentro dos partidos normalmente, para caracterizar uma duplicidade de correntes que extrapolam os limites de um partido.

Voltando-nos para as origens dos partidos políticos na América Latina, citaremos como exemplo o caso argentino.

Segundo LINARES DE QUINTANA, a história dos partidos argentinos se inicia com a independência nacional. O autor cita um importante discurso de Roque Saenz Peña que esclarece a evolução dos partidos políticos argentinos, do qual reproduziremos alguns trechos:

> "La evolución de los partidos argentinos tiene dos períodos bien caracterizados. Durante todo el primero, el más largo y el más glorioso, lucharon los ideales y los hombres; y es al comenzar el segundo cuando, acordadas las bases de la organización nacional, las agrupaciones partidarias, perdida su verdadera razõn de existencia por el desenlace de sus controversias doctrinarias, sobreviven por la sola virtud de los prestigios personales de sus hombres. Los caudilhos de la Independencia y hasta los de la anarquía eran hombres programas, porque cada uno encarnaba una aspiración general, y son por eso sus partidos concentraciones tan orgánicas como lo permitian los días confusos y la cultura incipiente. (. . .) Hay que llegar al ocaso del último siglo, cuando, consolidada la Constitución del 53 con la capitalización de Buenos Aires, los grandes partidos, cumplidas sus misiones históricas, no saben disolverse ni transformase. En esa luz indecisa han ido formándose las generaciones nuevas, y por imposición de sus destinos, recibiendo el país los aluviones imigratórios. Habremos de extrañar que la juventud hay resistido el comicio donde se la llamava con hombres y no con doctrinas? Habrá de sorprendernos

19 SCHWARTZENBERG, Roger Gerard. *O Estado Espetáculo*, Difel, Rio de Janeiro, São Paulo, 1978.

que el cosmopolitismo sin las energías de la actividad ciudadana haya fortificada las indiferencias? Dejadme ver una aurora en esta coincidencia de tanta tendencia diversa que marque el fin de las agrupaciones anacrónicas; dejadme soñar que no será este un espasmo de la energía cívica, dejadme creer que soy pretexto para la formación del partido orgánico y doutrinario que exige la grandeza argentina; dejadme la confianza de que acabaron los personalismos y volvemos a darnos a las ideas. Convenzamonos, señores, de que la adhesión a los hombres no sostituirá jamás la profesión de los principios ni la fe de los convencimientos. Lo personalismo amengua nuestro progreso, disminuye nuestro volumen, obscurece las banderas y reduce la estatura de las agrupaciones que han de formar las fuerzas vivas de la opinión nacional." [20]

Este discurso, repleto de idéias importantes e muito atuais, foi pronunciado em 12 de agosto de 1909, e nos introduz ao questionamento a respeito do verdadeiro conceito de partido político.

3.2 — *Conceito*

Segundo LINARES DE QUINTANA, provavelmente os partidos em sua acepção ampla, já existiam desde as sociedades primitivas, uma vez que, há quatro séculos antes de Cristo, ARISTÓTELES já afirmava ser o homem um animal político e doméstico por natureza. Sem dúvida os povos primitivos, e uma etapa primária de desenvolvimento político, mostram evidências de discordâncias de opinião e a conseqüente formação de facções. Obviamente, nestas comunidades primitivas não poderiam existir verdadeiros partidos políticos, pois estes supõem a existência de um clima de liberdade e respeito, eram sim, somente facções que canalizaram o instinto de luta e ação.

Os partidos políticos, nas sociedades modernas, explicam-se, "não como anomalia ou enfermidades dos povos, mas sim, precisamente, pela natural diversidade de idéias, sentimentos e interesses que dividem os homens em toda sociedade culta e civilizada". [21]

Parte LINARES DE QUINTANA do pressuposto de pluripartidarismo para esta observação acima citada.

Citando outra passagem interessante da mesma obra do jurista argentino, podemos encontrar outra noção que merece ser refletida:

> "Es que hablar de partidos políticos importa referirse simultáneamente a la lucha partidaria, y que la primera característica sociológica de los partidos políticos resulta de su ubicación den-

20 QUINTANA, Linares. *Los Partidos Políticos, instrumentos de gobierno.* Editorial Alfa. Buenos Aires, 1945, pp. 82/83.

21 QUINTANA, Linares. Ob. cit., p. 66.

tro del cuadro de los procesos sociales, del que forman parte como un medio a manifestación de conflito y rivalidad, cujo contenido es de naturaleza política. El partido existe para la lucha, siendo su fin último la organización de la voluntad estatal, por división de la voluntad popular." [22]

GIOVANNI SARTORI, em importante trabalho sobre os "partidos e sistemas partidário", coloca que a definição de BURKE, muito citada embora pouco compreendida, é a de que o partido significa um "grupo de homens unidos para a promoção, pelo seu esforço conjunto, do interesse nacional com base em algum princípio com o qual todos concordam. Os fins exigem meios, e os partidos são o 'meio adequado' que permite a esses homens 'levar seus planos comuns à prática, com todo o poder e autoridade do Estado'. Evidentemente, o partido de BURKE não é apenas um meio respeitável: é um partido com todas as diferenças que um partido tem de uma *parte*, isto é, uma agência concreta, algo tão real como as facções. Ao mesmo tempo, facções e partidos já não podem ser confundidos: tornaram-se diferentes por definição. Segundo palavras de BURKE, 'essa generosa luta pela perda (do partido) (...) será, facilmente, distinta da luta mesquinha e interessada por cargos e emolumentos — sendo esta última uma excelente definição dos propósitos das facções'. O argumento já não é de que o partido termina sempre na facção, mas o de que, nesse caso, o partido não é um partido". [23]

É uma noção importante de partido político que sem dúvida ajuda a identificar o verdadeiro partido político, que não se confunde com frentes ou facções.

Neste mesmo sentido, MOHAMMED RECHID KHEITMI ensina que "a doutrina política constitui o elemento primordial de um partido político. De fato, tudo deriva dela e tudo se liga a ela. É assim que a criação de um partido ou a adesão a um partido não se pode conceber sem a adoção de um conjunto de idéias políticas. Em seguida, toda a razão de ser de um partido político repousa essencialmente sobre o triunfo da sua concepção do mundo". [24]

Concluindo o seu estudo sobre a noção de partido político, MOHAMMED KHEITMI conceitua este da seguinte maneira:

"Constitue un parti politique tout corps d'individus que, proféssant une doctrine politique, travaille à son triomphe en visant principalement à accaparer le gouvernement de l'Etat e

---

22 QUINTANA, Linares. Ob. cit., p. 67.

23 SARTORI, Giovanni. *Partidos e Sistemas Partidários*. Tradução de Heltencir Dutra; Zahar, Ed. Universidade de Brasília, Rio de Janeiro. Brasília, 1982.

24 RECHID KHEITMI, Mohammed. *Les Partis Politiques et le Droit Positif Français*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964, pp. 4/5.

subsidiairement à influencer les decisions des hommes au pouvoir." [25]

JORGE ENRIQUE ROMERO PEREZ, no seu livro *Partidos Políticos, Poder y Derecho,* analisa a definição de La Palombara, que faz a distinção entre "partido e protopartidos". Para se diferenciar um do outro dever-se-ia analisar se os partidos seguiam os seguintes critérios: *a*) organização durável; *b)* organização complexa; *c)* existência de uma vontade deliberativa de exercer diretamente o poder; e *d*) a existência de uma vontade de buscar apoio popular, tanto no nível de militantes como de eleitores. Os protopartidos seriam as organizações que não cumprem estes quatro requisitos. Segundo o Autor, seguindo-se este critério, em Costa Rica existiriam apenas protopartidos, sendo que os únicos que se aproximariam de partidos seriam os grupos de liberação nacional e o Partido Comunista. [26]

ROMERO PEREZ cita ainda conceituações importantes como a de GEORGES BURDEAU, que afirma ser o partido político um grupo organizado para participar na vida política com vistas a atingir a participação no poder ou obter totalmente este poder, tendo ainda como elemento essencial, fazer prevalecer suas idéias e os interesses de seus membros. [27]

BENJAMIN CONSTANT afirma que o partido político é uma "reunião de homens que têm a mesma doutrina política". MANUEL GARCIA-PELAYO reforça o aspecto organizacional quando explica que "o partido político se concebe como um grupo de pessoas organizadas com o fim de exercer o poder do Estado ou influenciar sobre ele, para realizar total ou parcialmente um programa político de caráter geral". [28]

CARL J. FRIEDRICH conceituara da seguinte forma: "O partido político é um grupo de seres humanos que têm uma organização estável com o objetivo de conseguir ou manter, para seus líderes, o controle de um governo e com o fim ulterior de dar aos membros do partido, por intermédio de tal controle, benefícios e vantagens ideais e materiais." [29] Parece esta classificação totalmente absurda, embora não longe da realidade. O Partido, como já vimos anteriormente, é um instrumento através do qual se travam lutas com o objetivo de fazer valer uma idéia de valor geral e não personalístico.

Deve-se ressaltar, no conceito de partido político, a ideologia, para se saber porque se chega ao poder, e o que fazer com o poder no interesse

---

25 RECHID KHEITMI, Mohammed. Ob. cit., p. 7.

26 PEREZ, Jorge Enrique Romero. *Partidos Políticos, Poder y Derecho,* Ed. Syntagma, San José, Costa Rica, 1979, pp. 3/4.

27 PEREZ, Jorge Enrique Romero. Ob. cit., p. 8.

28 PEREZ, Jorge Enrique Romero. Ob. cit., pp. 8/9.

29 PEREZ, Jorge Enrique Romero. Ob. cit., p. 9.

de toda a comunidade. Deve haver fidelidade à idéia, que vem antes de tudo na organização partidária, não havendo espaço para manifestações de interesses pessoais.

4 — *Regimes políticos e sistemas políticos*

Outro tema essencial quando se fala em participação popular e democracia, são os regimes e sistemas políticos.

Este estudo nos leva inevitavelmente ao questionamento sobre o melhor modelo democrático e as formas de participação popular.

Entretanto, antes de estudarmos os regimes e sistemas políticos devemos lembrar-nos de que a mesma dificuldade com relação à diversidade terminológica ocorre com estas expressões. Observa o Professor JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO que existe uma falta de acordo "quando são utilizadas expressões como formas de governo, formas de Estado, sistema de governo, regime de governo, regime político, sistema político, forma política ou modelo político". [30]

Sem nos prolongarmos sobre o problema terminológico, recorremos aos ensinamentos do Professor José Alfredo de Oliveira Baracho para conceituar os regimes políticos como o "conjunto de elementos que, de fato ou de direito, concorrem para a tomada das decisões coletivas essenciais, isto é, são elementos que condicionam o exercício do poder. Esclarece ainda o professor que estudar o regime político britânico é investigar a maneira pela qual as decisões coletivas britânicas dependem do corpo eleitoral, da Câmara dos Comuns, do Governo, da Coroa e dos Partidos". [31]

Portanto, o regime político adotado nos mostra qual é a relação do povo com os Poderes do Estado, apontando quais as formas existentes de participação popular. Podemos dizer que o estudo do regime político de um dado Estado, nos revela a existência ou não de uma democracia política e qual o grau de democratização de acordo com os mecanismos de participação direta e indireta do povo no Poder daquele Estado.

Portanto o estudo do *regime político* nos revela a maneira concreta de organização de poder, o que o difere de *sistema político*, termo mais abstrato, significando a tradução em "linguagem ideológica de um certo tipo de regime político, feita à base de justificações e explicações. Investiga-se o sistema, quando são feitos levantamentos em termos de princípio da soberania nacional e popular, que constitui um dos traços do sistema político da democracia ocidental". [32]

---

30 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes Políticos*, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1977, p. 9.

31 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., p. 100.

32 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., p. 100.

Podemos perceber, portanto, que não apenas o estudo dos regimes políticos, mas também dos sistemas políticos, é essencial para estabelecer a ligação dos direitos políticos (como direitos de participação) e os outros grupos de direitos humanos.

Enquanto o *regime político* nos leva à compreensão das vias concretas dentro do Estado e da Constituição de participação popular, o *sistema político* amplia a discussão e a própria visão de democracia, que não se deve realizar apenas nas formas de participação no Estado, mas deve ser estendida à sociedade, pois, como procuramos mostrar no início deste capítulo, a democracia moderna não se pode resumir ao exercício do direito de votar e de ser votado, e nas formas de participação direta como o plebiscito, referendo e a iniciativa popular das leis.

A existência de uma sociedade realmente democrática implica no aperfeiçoamento da sociedade civil organizada, e na democratização de setores estratégicos como os meios de comunicação social que como meios de formação de consciências e de informação não podem na atualidade pertencer ao Estado, a oligopólios ou monopólios privados, mas devem ser democratizados e entregues à sociedade civil.

O estudo dos *sistemas políticos* nos permitem estas especulações, sendo por isso essencial para se desenvolver um conceito de democracia e de participação popular (direitos políticos) atual. Isto nos leva mesmo a conceber uma compreensão mais abrangente dos direitos políticos que deixam de ser somente direitos de participação no poder do Estado através das estruturas concretas dentro do próprio Estado, como o voto, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, passando a ser entendido como direito de participação numa sociedade onde não apenas a escolha dos governantes e legisladores seja aberta à participação popular, mas onde a sociedade como um todo seja democratizada, substituindo a autocracia das empresas, dos bancos, das fábricas, das comunicações, dos órgãos públicos, repartições públicas, por uma forma democrática de gestão aberta à participação da sociedade democraticamente organizada.

Como observa o Professor JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, "o conceito de sistema dirige a atenção para a totalidade das atividades políticas da sociedade" sendo que "os teóricos do sistema político não concebem as legislaturas como os únicos organismos que participam no processo das decisões" sendo que um "sinal evidente da ampliação decorrente do exame de sistema político é a consideração dos diversos canais formais e institucionais de acesso:

— meios de comunicação de massa;

— partidos políticos;

— legislatura, burocracias e gabinetes". [33]

33 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., pp. 102/103.

Desta forma, compreendemos que o estudo dos *sistemas políticos* é essencial e complementar ao estudo dos *regimes políticos,* pois enquanto este segundo nos revela de maneira concreta a organização do Poder do Estado e suas implicações que envolvem o exercício do Poder e a artificialidade que representa o simples ato de votar, colocado em confronto com o grau de conscientização da sociedade; o grau de participação nas riquezas do Estado; o grau de participação e interesse popular no exercício do direito de votar, a existência de um leque de partidos políticos representativos de diferentes pensamentos políticos; a existência ou não de bipartidarismo e de partido único; entre outras questões, que uma análise mais abrangente nos revelará.

Esta diferenciação entre regime e sistema político serve principalmente para nos despertar para o fato, da necessidade de se fazer ao lado de uma análise formal e institucional da organização e exercício do poder, um estudo global visando o levantamento da realidade política de um Estado.

Neste sentido pode-se afirmar que "o enfoque dos constitucionalistas, que manifestavam a crença de que poderíamos conhecer a verdade política pela análise dos textos jurídicos fundamentais, perdem terreno para um exame mais objetivo das situações que se criaram com o surgimento de diversos Estados.

As preocupações puramente institucionais e formais eram incompletas para os que viam a necessidade de exames mais profundos.

Não basta o comentário dos documentos jurídicos básicos, como as Constituições e Leis Fundamentais. Uma apreciação menos formalista, além da descrição jurídico-constitucional, deve completar o estudo dos Estados contemporâneos, examinando-se forças políticas que influenciam no funcionamento das instituições". [34]

5 — *Democracia e autoritarismo*

A doutrina classifica normalmente duas tendências opostas de regimes políticos na atualidade: os regimes democráticos e os regimes autoritários: "Os regimes autocráticos, autoritários ou monocráticos caracterizam-se pelo poder político de uma única pessoa. Outro ponto para apreciá-los é o relativo à origem dos governantes e dos órgãos constitucionais, desde que a escolha dos governantes não é obra dos governados." [35]

Há um problema em relação a esta classificação clássica uma vez que nem todos estão de acordo quanto à conceituação de democracia, uma vez que "as democracias ocidentais permanecem fiéis ao individualismo, ao

---

34 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., p. 111.

35 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., p. 249.

passo que as populares afirmam que também asseguram a liberdade, mas colocando os determinismos sociais em primeiro lugar". [36]

Podemos dizer que com a afirmação do Estado Social e democrático as democracias ocidentais, com algumas exceções, e entre elas os Estados Unidos da América do Norte, vêm abandonando o individualismo, ao mesmo tempo que algumas democracias populares européias vêm concedendo um maior espaço para o campo de ação individual. Trata-se de uma revisão crítica do individualismo como também do socialismo estatizante que levaram a distorsões como o individualismo egoísta liberal e o socialismo massificador e estatal.

Isto levou ao comprometimento dos dois modelos de democracia, uma vez que a democracia baseada no individualismo nos Estados Unidos levou ao artificialismo do bipartidarismo ocasionado por um baixo índice de participação popular e por uma perseguição feroz aos partidos de esquerda na década de cinqüenta. Do outro lado, o partido único, como foi estruturado, deixou uma parcela da sociedade sem represenatividade, censurando-se qualquer voz dissonante, o que não impediu a revisão do regime, impulsionada pelos problemas econômicos.

Apesar de antagônicos, o modelo individualista de democracia norte-americana, como o modelo estatizante de democracia popular soviética, que agora se desfaz, possuíam pontos comuns: a eleição indireta do Executivo, o controle pelo "grupo" dominante dos meios de comunicação social. (Enquanto na União Soviética, os meios de comunicação de massa eram estatizados e controlados, não pela sociedade mas por uma burocracia, nos Estados Unidos os meios de comunicação são controlados por uma elite econômica que também controla o poder estatal); e, finalmente, a inexistência de uma opção política diferente daquela que se encontra no poder, representada pelo bipartidarismo real norte-americano e o partido único soviético.

Diferença fundamental entre estes dois modelos de "democracias" será a ênfase aos direitos sociais no modelo de democracia popular, em detrimento dos direitos individuais extremamente comprometidos, enquanto que, no modelo individualista, encontra-se o exercício dos direitos individuais, sendo que a existência dos direitos sociais depende de uma economia forte e em ascensão, amparada em uma ordem econômica estruturada sobre a exploração do Terceiro Mundo.

Para evitar este confronto entre o modelo de democracia "ocidental", que pode ser mais individualista ou mais socializante, e o modelo de "democracias populares", JUAN FERRANDO BADIA classifica três gran-

---

36 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., p. 249; HAMON, Léo. *Mort des dictatures?* Economica, Paris, 1982; BADIA, J. Ferrando (Coordinador). CONDE, E. Alvarez. SEGADO, F. Fernández. COTARELO, G. Garcia. HERNANDEZ, J. C. González. RIVERO, C. Núñez. LÓPEZ, M. Pastor. FERRIZ, R. Sánchez. *Regimenes Politicos Actuales.* Tecnos, Madrid, 1985.

des sistemas políticos atuais como sendo o democrático, o social-marxista e o autoritário:

> *a)* A democracia clássica liberal tem como fim essencial aperfeiçoar a já existente liberdade baseada no sufrágio universal, no equilíbrio de poderes, no pluralismo de partidos, no autogoverno e na supremacia da lei. (É necessário compreender que será dentro deste modelo de democracia com ênfase aos direitos individuais e ausência de preocupação social do Estado que se desenvolverá a democracia social, que implica no oferecimento de direitos sociais, e na democracia econômica, sendo portanto campo fértil para afirmação dos direitos humanos.) [37]
>
> *b)* O sistema social-marxista, onde se estabelecem três fases para se chegar a uma democracia marxista, onde o homem será livre, uma vez que liberado da exploração e de sua subordinação às forças da natureza: a ditadura do proletariado, o socialismo e o comunismo ou fase superior. Na fase da ditadura do proletariado e socialista se concebe a liberdade, exclusivamente como a participação de cada cidadão na construção do comunismo não tendo sentido se falar em liberdades de resistência nem de limitações aos governantes. Na fase final do comunismo, o problema das limitações ao poder dos governantes não existe, uma vez que na sociedade comunista o Estado e os governantes não existirão mais. Estaremos, portanto, diante de uma democracia total, de autogestão social integral. [38]
>
> *c)* O sistema autoritário, especialmente em suas versões do fascismo e nacionalismo, foi a melhor mostra das transformações que sofre a teoria individualista das liberdades públicas.
>
> Os regimes autoritários partem do pressuposto da inevitável inferioridade das massas em relação às elites políticas e especialmente em relação ao chefe portador de excepcionais qualidades. [39]

GIUSEPPE DE VERGOTTINI acrescenta que o Estado autoritário surgiu para fazer frente ao comunismo ou às formas estatais progressistas. Sua finalidade será a de manter situações de desigualdade social e econômica e frear os movimentos de reivindicação de igualdade e as formas difusas de participação política. [40]

---

37 BADIA, Juan Ferrando. *Democracia Frente a Autocracia. Los Três Grandes Sistemas Políticos. (El Democratico, el Social-Marxista y el Autoritario)*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1989, p. 51.

38 BADIA, Juan Ferrando. Ob. cit. pp. 57/58.

39 VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*. Espasa — Calpe S.A., Madrid, 1983, p. 116.

40 BADIA, Juan Ferrando. Ob. cit., pp. 55/56.

O regime autoritário, que se afirmou na década de sessenta e setenta, em países latino-americanos como o Brasil, Argentina, Uruguai, Bolívia, Chile, entre outros, é sem dúvida o pior campo para a existência dos direitos humanos, pois não existe respeito a nenhum dos grupos de direitos, sejam individuais, sociais, políticos ou econômicos.

Portanto, neste estudo dos sistemas políticos podemos notar que no atual estágio de evolução dos sistemas políticos o que melhor apresenta condições para o desenvolvimento dos direitos humanos será a democracia social, que reúne elementos do liberalismo, ao assegurar as liberdades fundamentais, e do socialismo ao assegurar direitos sociais, democracia econômica e política. Será a partir deste modelo que, aperfeiçoado, chegaremos a modelos mais democráticos e participativos de sociedades.

A democracia liberal clássica se mostrou ineficaz, posto que ao respeitar as liberdades individuais ignorando os direitos sociais, inviabilizou o exercício destas liberdades para grande parte da população. O sistema marxista-social, nos seus dois primeiros estágios de evolução, dá ênfase aos direitos sociais e econômicos, não havendo, entretanto, o pleno exercício dos direitos individuais. Sem dúvida que ao atingir o terceiro estágio estaríamos diante da realização de todos os direitos da pessoa o que, entretanto, parece utópico no atual estágio da evolução humana.

Retornando portanto à democracia social, vamos recorrer a JUAN FERRANDO BADIA que ressalta a importância do sistema de democracia social que surge do impacto da crítica marxista ao liberalismo e da pressão operária. Foi a partir deste momento que as democracias políticas se foram transformando em democracias sociais sendo que em alguns casos, que ainda são poucos, houve também a aceitação de certos princípios de democracia econômica. [41]

Com estas modificações essenciais do capitalismo surgiu o que se pode chamar de capitalismo social com a fusão de princípios liberais com princípios socialistas e o aparecimento dos regimes social-democráticos, mudando o panorama inicial da crítica marxista, sendo possível o surgimento de tendências conciliadoras leste-oeste, [42] o que vem se confirmando na década de noventa. Este entendimento, que parece ser possível, deve-se às mudanças da democracia ocidental que incorpora muito do socialismo, como também uma autocrítica do sistema social-marxista que passa a modificar determinadas posições em relação às liberdades individuais.

Ao trabalharmos, portanto, com o sistema político democrático social, devemos atentar para as graves distorções que este sistema apresenta,

---

41 BADIA, Juan Ferrando. Ob. cit., p. 80.

42 BADIA, Juan Ferrando. Ob. cit., p. 81.

para que se possa aperfeiçoá-lo até um modelo totalmente democrático da sociedade. É ameaça constante a este modelo, a ausência de democracia econômica e especialmente a ausência de uma gestão democrática dos meios de comunicação social. Esta ameaça pode ser notada na existência do autoritarismo estatal na realidade, contrapondo-se a uma democracia social delineada na Constituição. A realidade dos fatos se sobrepõe à realidade constitucional, amparada nos meios de controle da opinião pública chegando ao que LUIS SANCHEZ AGESTA chama de "forma autônoma de governo" baseado no carisma de um líder:

> "En el horizonte político contemporáneo ha adquirido un relíève extraordinario una nueva fundamentación del poder de autoridad que exalta la personalidad concreta de un jefe. Este concepto reconoce fáciles precedentes históricos, y hasta cierto punto puede considerarse como una forma de gobierno autónoma, si bien con las limitaciones que resultan de sus propios caracteres." [43]

A diferença fundamental destes líderes carismáticos na atualidade, é que eles não necessitam se amparar em um aparato militar repressivo, mas se apóiam especialmente na propaganda através dos meios de comunicação de massa condicionantes do comportamento e das consciências. Tudo isto pode fazer parecer que um sistema autoritário tenha a aparência de uma democracia social.

Procuramos, portanto, colocar neste tópico do nosso trabalho a importância do estudo dos regimes e sistemas políticos para os direitos humanos. O exercício dos direitos políticos depende do sistema político adotado, com todas as implicações que envolvem esta questão. Neste sentido é que podemos afirmar que, assim como os direitos políticos, como conteúdo dos direitos humanos, são essenciais para os direitos individuais, sociais e econômicos o pleno exercício das liberdades individuais, dos direitos sociais, e a existência de uma democracia econômica, são garantia de efetivação dos direitos políticos.

É o mesmo que dizer que, para o exercício dos direitos políticos de forma consciente é necessária a liberdade da livre formação da consciência e da liberdade de expressão (direitos individuais), que dependem do direito social à educação (formação da consciência) e que por sua vez dependem de uma democracia econômica através de uma distribuição equilibrada de riquezas, evitando a ameaça constante que os privilégios econômicos e o egoísmo representam para a democracia.

Isto posto, vamos estudar os direitos políticos conforme estes são colocados pelas Constituições.

---

43 AGESTA, Luiz Sanchez. *Princípios da Teoria Política*, 3ª edição revisada, Editora Nacional, Madrid, 1970, p. 389.

6 — *Direitos políticos nas Constituições*

A Constituição brasileira trata dos direitos políticos no capítulo IV do Título II referente aos direitos e garantias fundamentais.

O artigo 14 do texto brasileiro determina que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e ainda através do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular.

Portanto, podemos destacar os direitos que realizam a soberania popular, que são:

a) direito de votar e ser votado;

b) plebiscito;

c) referendo;

d) iniciativa popular.

Estes são os direitos políticos dentro do Estado, entretanto, é necessário, antes do estudo destes direitos específicos no Direito Constitucional positivo, fazer breve referência à origem da soberania popular e conceito de soberania, uma vez que é a realização da soberania popular que visam os direitos políticos.

6.1 — *Soberania*

6.1.1 — *Origem*

O conceito de soberania teve origem na França, onde se afirmava que o caráter distintivo do Estado é ser soberano. Este conceito foi-se formando a partir da luta travada pelos reis franceses contra os barões feudais, para impor a sua autoridade, o que poderíamos chamar então de soberania interna, como também para se emanciparem da tutela do Santo Império Romano, primeiro, e do Papado, depois,[44] o que poderíamos chamar de soberania externa.

Este procura de soberania se deveu ao fato de que os primeiros reis da França não eram nem militarmente os mais fortes, como também, conseqüentemente, não eram os mais acatados. Não existia na Idade Média aquela idéia de Estado, de nação e de pátria, presente entre os gregos e romanos, desaparecendo com as invasões bárbaras. Aos poucos os barões, soberanos em seus feudos, perdem esta condição para o rei. Logo os reis, que só devem obediência a Deus, subtraem de um só golpe a autoridade dos Papas e a intervenção do povo, tornando o poder real absoluto.[45]

---

44 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre e Rio de Janeiro, Ed. Globo, 1981, 20ª ed. pp. 50/51.

45 AZAMBUJA, Darcy. Ob. cit., p. 59.

Posteriormente encontraremos as doutrinas democráticas que atribuem ao povo, ou à nação, o poder político.

Este pensamento entretanto não será unânime. THOMAS HOBBES, filósofo inglês (1588-1679), assim abordará a questão: A idéia "parte da antiga convicção de que o homem, em épocas primitivas, viveu fora da sociedade, em estado de natureza. Sendo todos os homens iguais e essencialmente egoístas, tendo todos os mesmos direitos naturais e não existindo nenhuma autoridade ou lei, o estado de natureza foi uma época de anarquia e violência, em que o indivíduo levava uma vida solitária, sórdida e brutal, pois nenhum era tão forte que não temesse os outros, nem tão fraco que não fosse perigoso aos demais. Para pôr termo a esse período de violenta anarquia, os homens criaram, por um contrato, a sociedade política e cederam seus direitos naturais a um poder comum, a que se submeteram por medo e que disciplina uns atos em benefício de todos. Assim a soberania que residia primitivamente em todos os homens, passa a ser propriedade da autoridade criada pelo contrato político". [46]

Nas palavras de HOBBES:

> "Dizem que o Estado foi instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes dos homens." [47]

HOBBES irá negar aos homens o direito de resistência à tirania do soberano: "... se aquele que tentar depor seu soberano for morto, ou por ele castigado devido a essa tentativa, será o autor de seu próprio castigo, dado que por instituição é autor de tudo quanto seu soberano fizer." [48]

LOCKE refuta indiretamente as idéias de HOBBES, há nelas a concepção de um "estado de natureza, mas, ao contrário de HOBBES, vê nessa época primitiva ordem e razão. Para LOCKE, os homens são iguais e possuem os mesmos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade". [49]

---

46 AZAMBUJA, Darcy. Ob. cit., p. 59.

47 HOBBES, Thomas. *Leviatã ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil*, 4ª ed., São Paulo, Editora Nova Cultura, 1988, p. 107.

48 HOBBES, Thomas. Ob. cit., p. 107.

49 AZAMBUJA, Darcy. Ob. cit., p. 60.

ROUSSEAU admitirá, mais claramente que HOBBES e LOCKE, o estado de natureza, que será uma época primitiva onde o homem vive feliz e livre fora da sociedade. Esta época termina devido ao progresso da civilização e à propriedade privada. ROUSSEAU afirmará:

> "O primeiro que, cercando um terreno, se lembrou de dizer: *Isto me pertence,* e encontrou criaturas suficientemente simples para acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinatos, quantas misérias e horrores teria poupado ao gênero humano aquele que desarraizando as estacas ou atulhando o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: guardai-vos de escutar este impostor! Estais perdidos se vos esqueceis de que os frutos a todos pertencem e de que a terra não é de ninguém." [50]

ROUSSEAU afirma que a vontade geral é a manifestação da soberania. Ele preconiza a criação de pequenos Estados e a democracia direta:

> "Os eleitos pelo povo para governar não são seus representantes, mas apenas comissários para executar a vontade geral; as leis só serão obrigatórias depois de aprovadas pelo povo, e por isso a população do Estado deve ser pequena, para poder reunir-se freqüentemente." [51]

6.1.2 — *Conceito*

Quando falamos em soberania, temos duas características principais que esta pode ter: a soberania interna e a soberania externa. A soberania interna é sinônimo de poder supremo. Significa que, dentro das fronteiras do Estado, não existe nenhum poder paralelo ou acima daquele poder do Estado. A Soberania externa significa independência. O Estado soberano, nas suas relações com outros Estados, não tem nenhum vínculo de submissão, não admitindo nenhum tipo de intromissão nos seus assuntos internos ou internacionais: "A quase unanimidade dos tratadistas reconhece que, se a soberania é um poder supremo, é a maior força, não querendo dizer que seja um poder arbitrário, uma força brutal, que não reconhece limites" [52] como se pensava no passado.

É importante ressaltar que a soberania não é um poder do Estado, mas sim uma qualidade deste poder, que poderá ou não ser soberano. Em termos práticos, temos exemplos de países que perderam a sua soberania interna, como El Salvador, pequeno Estado da América Central. El Salvador perdeu sua soberania interna a partir do momento em que o poder do Estado perdeu a sua característica de supremacia. A guerrilha

---

50 ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social e outros escritos.* Ed. Cultrix, São Paulo, 1987, p. 175.

51 AZAMBUJA, Darcy. Ob. cit., p. 61.

52 AZAMBUJA, Darcy. Ob. cit., p. 67.

salvadorenha, controlando parte do território de El Salvador, significa um poder paralelo que desafia o poder do Estado e não permite mais que este exerça sua supremacia em todo o território nacional. Com relação à soberania externa, podemos encontrar, também na América Latina, um outro exemplo: Porto Rico. Porto Rico, inicialmente colônia espanhola, passa a ser colônia norte-americana quando da guerra, em 1898, dos Estados Unidos contra os espanhóis. A administração colonial norte-americana impôs o idioma inglês e transformou Porto Rico em base militar. Em 1917, os porto-riquenhos passaram a ser cidadãos norte-americanos sem participação no Governo da Ilha. Em 1847, após fortes pressões internas, os Estados Unidos permitiram que os porto-riquenhos elegessem seu próprio governador, transformando Porto Rico em um "Estado livre associado", situação que permanece até hoje: "Esse Estado de comunidade livre *(Commomwealth)*, que ainda hoje continua em vigor, coloca nas mãos de Washington os assuntos financeiros e as relações exteriores, enquanto mantém cidadania e moeda comuns, bem como livre acesso aos EUA para os porto-riquenhos, e vice-versa. Com a instituição da *Commomwealth*, as Nações Unidas dispensaram os EUA da obrigação de prestar esclarecimentos sobre a situação de Porto Rico perante sua Comissão de Descolonização, endossando assim, tacitamente, o acordo com o "fim" do domínio colonial. Contudo, em setembro de 1978, a Comissão de Descolonização abandonou essa posição e, em dezembro do mesmo ano, uma resolução da Assembléia-Geral das Nações Unidas definiu Porto Rico como colônia e exigiu o direito de determinação para o povo da ilha".[53] Temos aí um exemplo atual de um Estado que perdeu sua soberania externa.

Portanto, reafirmando o que anteriormente foi dito, é a soberania uma qualidade do Estado, idéia esta que já pode ser encontrada em vários autores. O Professor JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, quando analisa o pensamento de CARRÉ DE MALBERG, considera a soberania como a qualidade suprema do poder dos Estados soberanos. O poder do domínio estatal, por ser um poder de natureza jurídica, é um poder submetido ao direito. Esta conclusão leva ao entendimento de que a soberania, como qualidade do poder estatal, está, como esse poder, submetida ao direito e tem uma natureza jurídica.[54]

6.2 — *O direito de votar e ser votado*

Uma vez colocados a origem e o conceito da soberania popular, estudaremos os meios pelos quais o povo exerce este poder soberano

---

53 *GUIA DO TERCEIRO MUNDO*, Editora Terceiro Mundo Ltda. Rio de Janeiro, 1986, p. 490.

54 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Teoria Geral da Soberania", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 63/64, julho de 1986 — janeiro de 1987, Belo Horizonte, UFMG, Imprensa Universitária, p. 12.

através do Estado que deve refletir, sempre, a vontade popular, pois o povo é o seu titular.

A Constituição Brasileira proclama o sufrágio universal e o voto direto e secreto com igual valor para todos.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR escreve que o "direito de sufrágio é uma das espécies dos direitos políticos", significando o direito de escolher representantes por meio do voto:

> "Sufrágio é a manifestação da vontade do povo, para a escolha de dirigentes, mediante votos", sendo direto quando os votantes escolhem os nomes de seus candidatos, ocorrendo em um só grau o indireto quando se processa em dois graus: "o primeiro pelo qual os eleitores escolhem os colégios; o segundo em que os colégios, que representam a vontade popular, escolhem a pessoa ou as pessoas, para determinados cargos." [55]

Consagra a nossa Constituição, além do sufrágio direto, também o sufrágio universal, sendo este, o sistema onde o eleito não é submetido a nenhum tipo de restrição, em razão da fortuna, de educação, da instrução, da classe social, dos títulos de qualquer natureza.

O voto é ainda secreto, só tendo conhecimento da declaração da vontade de um eleitor determinado, aquele mesmo eleitor.

Determina ainda a Constituição de 1988 a igualdade dos votos, ou o sufrágio igual, significando que "todos os homens têm o mesmo valor no processo eleitoral de votar. Cada Cidadão tem o mesmo peso político, nenhum dispõe de mais votos do que o outro. (...) A antítese do sufrágio igual é o sufrágio desigual, conferindo-se a todos a universalização do sufrágio, mas admitindo-se a superioridade de determinados votantes, pessoas qualificadas a quem se confere maior número de votos. (...) O voto igual e único reflete o princípio democrático, porém o voto reforçado espelha princípios elitistas, oligárquicos e aristocráticos, de prevalência de classes e grupos sociais". [56]

O voto, de acordo com o artigo 14, § 1.º, I, obrigatório para maiores de dezoito anos e facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Para o exercício do direito de ser votado exige a Constituição a nacionalidade brasileira; o pleno exercício dos direitos políticos; o alista-

---

55 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição*. 1988, vol. II, ob. cit., pp. 1.092/1.093.

56 PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*, 1º volume, ob. cit., p. 292.

mento eleitoral; o domicílio eleitoral na circunscrição; a filiação partidária e a idade mínima de 35 anos para o cargo de Presidente, Vice-Presidente e Senador; 30 anos para Governador e Vice-Governador; 21 anos para Deputado Federal, Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz; e 18 anos para vereador.

Proíbe a Constituição o exercício do direito de ser votado para os inalistáveis (os estrangeiros e os conscritos durante o período militar obrigatório); os analfabetos; os Chefes dos Poderes executivos da União; do Estado e do Município para o mesmo cargo, no período subseqüente; do cônjuge e dos parentes consangüíneos ou afins, até segundo grau, ou por adoção, dos Chefes dos Executivos da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios; e finalmente proíbe a eleição dos chefes dos executivos dos entes federados, se estes não renunciarem aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

O direito de votar e ser votado está assegurado na *Constituição Italiana* nos artigos 48 e 49, e assim como no Brasil ele é direto, livre, igual e secreto:

> "Art. 48 — São eleitores todos os cidadãos, homens e mulheres, que atingiram a maioridade.
>
> O voto é pessoal e igual, livre e secreto. O seu exercício é dever cívico.
>
> O direito de voto não pode ser limitado, exceto por incapacidade civil ou por efeito de sentença penal irrevogável ou nos casos de indignidade moral, indicados pela Lei."
>
> "Art. 49 — Todos os cidadãos têm direito de se associar livremente a partidos para concorrerem, com método democrático, na determinação da política nacional."
>
> "Art. 51 — Todos os cidadãos de ambos os sexos podem ter acesso aos órgãos públicos e aos cargos eletivos em condição de igualdade, segundo os requisitos exigidos por lei.
>
> A Lei pode, para a admissão nos órgãos públicos e nos cargos eletivos, equiparar aos cidadãos os italianos não pertencentes à República.
>
> Quem é chamado a exercer funções públicas eletivas tem direito de dispor do tempo necessário para o cumprimento das mesmas e de conservar seu posto de trabalho."

Como observa DIONÍSIO PETRIELLA, "o principal direito político do cidadão italiano é, como em todo Estado livre moderno, o eleitorado ativo e passivo.[57]

A *Constituição da Espanha* se refere ao direito de votar e ser votado no artigo 23, completado pelo artigo 13, item 2 e artigo 6.º

"Art. 23. .....

1 — Os cidadãos têm o direito de participar nos assuntos públicos, diretamente ou por meios de representantes livremente eleitos em eleições periódicas por sufrágio universal."

"Art. 13. .....

.....

2 — Somente os Espanhóis serão titulares dos direitos reconhecidos no artigo 23, salvo o que, atendendo a critérios de reciprocidade, possa estabelecer-se por tratado ou por lei quanto ao direito de sufrágio ativo nas eleições municipais."

"Art. 6.º — Os Partidos Políticos exprimem o pluralismo, concorrem para a formação e a manifestação da vontade popular e constituem instrumento fundamental de participação política. A sua criação e o exercício da sua atividade são livres no respeito da Constituição e da lei. A sua estrutura e o seu funcionamento serão democráticos."

O artigo 23, nas palavras de JORGE ESTEBAN e LUIZ LOPES GUERRA, "concebe a participação nos assuntos públicos como um verdadeiro *direito fundamental* dos cidadãos que, portanto, foi fortalecido pelas garantias gerais que especifica o artigo 53. Pretendeu-se apresentar, desta forma, o direito de participação nos assuntos políticos como uma das necessidades humanas fundamentais dirigidas à realização do homem como ser social".[58]

Em segundo lugar, o mesmo artigo 23 reconhece, de modo expresso, duas formas de participação, ou seja, a participação direta e a representativa. Desta forma, "se situa neste sentido dentro da orientação moderna que combina ambas as formas de participação com o objetivo de se fazer mais efetiva e real a democracia, e que se denomina como democracia semi-direta".[59]

---

57 PETRIELLO, Dionísio. *La Constitución de la República Italiana*, ob. cit., p. 59.

58 ESTEBAN, Jorge de. y Luis Lopes Guerra. *El Régimen Constitucional Español*. 1. Ob. cit., p. 87.

59 ESTEBAN, Jorge de. y Luis Lopes Guerra. Ob. cit., p. 87.

A *Constituição Portuguesa* refere-se ao direito de votar no artigo 116.º, ítem 1, que determina:

> "Art. 116. .....
> (Princípios gerais de direito eleitoral)
>
> 1 — O sufrágio direto, secreto e periódico constitui a regra geral de designação dos titulares dos órgãos eletivos da soberania, das regiões autônomas e do poder local."

O artigo 112 do texto português refere-se de forma genérica à participação política dos cidadãos quando dispõe que "a participação direta e ativa dos cidadãos na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático".

Determina o texto português condições para o exercício do direito de ser votado, sendo que o artigo 125 estabelece que são elegíveis para o cargo de Presidente da República os cidadãos portugueses de origem, eleitores e maiores de 35 anos.

As condições de elegibilidade para a Assembléia da República estão estabelecidas no artigo 153, que determina:

> "São elegíveis os cidadãos portugueses eleitores, salvo as restrições que a lei eleitoral estabelece por virtude de incompatibilidades locais ou de exercício de certos cargos."

Interessante o artigo 154 que permite que sejam apresentadas candidaturas pelos partidos, em coligação e isoladamente, permitindo que cidadãos não inscritos nos partidos políticos venham a integrar a lista.

Como exemplo de Constituição socialista, a *Constituição Cubana* refere-se ao direito de votar e ser votado nos artigos 134, 135, 136 e 137:

> "Artigo 134 — Em toda eleição e nos referendos o voto é livre, igual e secreto. Cada eleitor tem direito a um só voto.
>
> Artigo 135 — Têm direito a voto todos os cubanos, homens e mulheres, maiores de dezesseis anos, exceto:
>
> *a)* os mentalmentes incapazes, com prévia declaração judicial de sua incapacidade;
>
> *b)* os inabilitados judicialmente por motivo de delitos.
>
> Artigo 136 — Têm direito de serem eleitos os cidadãos cubanos, homens e mulheres que se encontrem em pleno gozo de seus direitos políticos.

Se a eleição é para deputados à Assembléia Nacional do Poder Popular, devem, além disto, ser maiores de dezoito anos.

Artigo 137 — Os membros das Forças Armadas Revolucionárias e demais instituições armadas têm direito a eleger e serem eleitos, do mesmo modo que os demais cidadãos."

Sobre o sistema cubano escreve OSNY DUARTE PEREIRA:

"A eleição dos delegados é pelo sistema majoritário, para assegurar um maior conhecimento e relação entre delegado e seus eleitores. Em cada circunscrição são admitidos de dois a oito candidatos. Cada eleitor tem direito de propor candidatos. Não é permitida a apresentação de candidatos por partido ou qualquer organização coletiva (clubes, associações, sindicatos, etc.) (...) Esses delegados eleitos de dois anos e meio em dois anos e meio, em data fixada pelo Conselho de Estado, comporão a Assembléia Municipal do Poder Popular. Essa Assembléia elege o Comitê Executivo, órgão que administrará o Município e executará as leis, inclusive as da Assembléia Municipal. (...) Escolhido o Comitê Executivo Municipal, a Assembléia passa a eleger os delegados à Assembléia Provincial. Proposta a lista, neste caso pelos próprios delegados, passa-se a uma fase de discussão sobre os nomes. Feito isto, procede-se à votação pelo voto secreto e os delegados que obtiverem a maioria absoluta irão integrar a Assembléia Provincial. Ali se elege também um Comitê Executivo Provincial que administrará as Províncias e as Empresas que lhes são subordinadas (...) A Assembléia Nacional do Poder Popular (terceiro escalão) é o órgão supremo do Poder do Estado sendo eleita por um período de cinco anos. (...) Os eleitores são delegados municipais." [60]

A Comissão de Candidaturas é encarregada da escolha dos nomes dos candidatos para a Assembléia Nacional, sendo que esta comissão é constituída por representantes de organizações de massa e presidida pelo representante do Partido Comunista. Existem também Comissões de Candidaturas, sempre presididas pelo representante do Partido Comunista, para a eleição de Comitês Executivos Municipais e Provinciais.

Podemos notar que após o voto direto para o delegado Municipal, desencadeia-se uma rede das eleições indiretas, sendo que no nível superior, a Assembléia Nacional do Poder Popular elege um Conselho de Estado que é composto por parte de seus membros e este Conselho de Estado elege o Presidente e os Vice-Presidentes. O Presidente é também

---

60 PEREIRA, Osny Duarte. *Constituição de Cuba (como é e como functona)*, Ob. cit., p. 82.

o Chefe de Governo e do Conselho de Ministros que presta contas de suas atividades à Assembléia Nacional do Poder Popular:

> "Vê-se, assim, que Cuba é uma república parlamentarista unitária em que o Partido Comunista preside as comissões de candidaturas, porém os candidatos que apresenta, juntamente com os propostos pelas organizações da massa (art. 7.° da Constituição) devem ser aprovados pelas respectivas assembléias em votação secreta." [61]

Observe-se ainda o interessante artigo 112 da Constituição Cubana que prevê a revogabilidade dos mandatos dos delegados municipais pelos seus eleitores, a qualquer momento.

6.3 — *Referendo*

Conforme PINTO FERREIRA, o referendo é um "mecanismo de defesa, mediante o qual o povo ou o eleitorado pode aprovar ou vetar, enfim, contrapondo-se a uma medida determinada pelos seus representantes". [62]

O autor classifica o referendo como: *a)* referendo constitucional (aprovação de uma Constituição); *b)* referendo legislativo (aprovação de leis ordinárias); *c)* referendo compulsório (se aplica compulsoriamente à ratificação de novas Constituições e Emendas Constitucionais); *d)* referendo facultativo (empregado a critério da legislação em matérias controvertidas). [63]

Diferencia PINTO FERREIRA o referendo do plebiscito, afirmando ser o referendo o "processo de submissão ao eleitorado de uma medida legislativa, enquanto que o plebiscito significa a aprovação ou desaprovação de um ato do Executivo pelo povo". [64]

Segundo JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "o *referendum* é medida *a posteriori*, sendo o instituto de direito constitucional, de direito interno, pelo qual as coletividades se pronunciam sobre decisão legislativa, desde que o pronunciamento reúna determinado número de assinaturas, fixado em lei. Desse modo associa-se o povo ao processo legislativo, complementando a tarefa do legislador". [65]

---

61 PEREIRA, Osny Duarte. Ob. cit., p. 83.

62 PINTO FERREIRA. Ob. cit., p. 302.

63 PINTO FERREIRA. Ob. cit., pp. 302/303.

64 PINTO FERREIRA. Ob. cit., p. 299.

65 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 1.096.

O que diferencia o referendo do plebiscito é a maior complexidade do primeiro, onde é colocado à apreciação popular o texto de uma lei, ou Constituição, enquanto que no plebiscito temos uma questão polêmica de interesse nacional onde a complexidade da questão submetida à apreciação popular é menor, sendo por exemplo sim ou não ao Parlamentarismo, ou a escolha entre Presidencialismo e Parlamentarismo.

Acrescente-se ainda que, no plebiscito, a consulta popular se realiza antes da elaboração da norma, enquanto que o referendo tem caráter ratificador de uma lei ou Constituição já elaborada.

A *Constituição Brasileira* prevê o referendo no artigo 14, inciso II como meio de exercício da soberania popular com a participação direta do povo nas decisões soberanas do Estado.

DIONÍSIO PETRIELLA, em trabalho sobre a *Constituição da República Italiana* de 1947, ressalta que este texto adotou "algumas instituições da democracia direta, como a iniciativa na formação das leis estendida ao povo e às Regiões e ao Conselho Nacional da Economia e do Trabalho (arts. 71, 121 e 99); o referendo ab-rogativo de leis por parte do povo (art. 75); o confirmativo para as leis constitucionais (art. 138)". Enfim, se deu larga intervenção na vida parlamentar aos partidos políticos (arts. 49, 72, 82).

O artigo 75 da Constituição Italiana assim dispõe:

> "Art. 75 — É convocado *referendum* popular para deliberar a ab-rogação, total ou parcial, de uma lei ou de um ato que tenha valor de lei, quando o solicitarem quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais.
>
> Não é admitido o *referendum* para as leis tributárias e de balanço, de anistia e de indulto, de autorização para ratificar tratados internacionais.
>
> Têm direito de participar do *referendum* todos os cidadãos chamados a eleger a Câmara dos Deputados.
>
> A proposta submetida a *referendum* será aprovada se participar da votação a maioria dos que têm direito, e se for atingida a maioria dos votos validamente expressos.
>
> A lei determina as modalidades de atuação do *referendum*."

O artigo 138 do texto Italiano de 1947 prevê o referendo confirmativo das leis constitucionais:

> "Art. 138 — As leis de revisão da Constituição e as outras leis constitucionais são adotadas por parte de cada Câmara, me-

diante duas deliberações sucessivas com um intervalo não inferior a três meses, e são aprovadas, pela maioria absoluta dos membros de cada Câmara, na segunda votação.

Estas mesmas leis serão submetidas a *referendum* popular quando, no prazo de três meses a partir de sua publicação, o solicitar um quinto dos membros de uma Câmara ou quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais. A lei submetida a *referendum* não é promulgada senão depois de aprovada pela maioria dos votos válidos.

Não se procede a *referendum*, se a lei for aprovada na segunda votação por cada uma das Câmaras, pela maioria dos dois terços dos seus integrantes."

Os artigos 167 e 168 da *Constituição Espanhola* prevêem o que se convencionou chamar de referendo constituinte [66] ou constitucional já visto na Constituição Italiana. Têm estes artigos a seguinte redação:

"Art. 167 — .....

1 — Os projetos de reforma Constitucional deverão ser aprovados por maioria de três quintos em uma das Câmaras. Se não se verificar acordo entre ambas as Câmaras, procurar-se-á obtê-lo através da criação de uma comissão de composição paritária de Deputados e Senadores a qual submeterá um texto à votação do Congresso e do Senado.

2 — Se não for conseguida a aprovação segundo o processo previsto no número anterior e se o texto tiver obtido o voto favorável da maioria absoluta do Senado, o Congresso, por maioria de dois terços, poderá aprovar a reforma Constitucional.

3 — Aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, será submetida a referendo para ratificação, quando assim o solicitar, nos quinze dias seguintes à sua aprovação, uma décima parte dos membros de qualquer das Câmaras.

Art. 168 — .....

1 — Quando for proposta revisão total da Constituição ou uma revisão parcial que afete o título preliminar, a seção I no capítulo II do Título I ou o Título II, proceder-se-á à aprovação do princípio de revisão por maioria de dois terços de cada Câmara e à dissolução das Cortes.

---

66 ESTEBAN, Jorge de. y Luiz Lopes Guerra. Ob. cit., p. 95.

4 — As Cortes que vierem a ser eleitas deverão ratificar a decisão e proceder ao estudo do novo Texto Constitucional, que deverá ser aprovado por maioria de dois terços de ambas as Câmaras.

5 — Aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, será submetida a referecendo para ratificação."

Há ainda no texto espanhol referência ao referendo de alcance apenas regional nos artigos 151, itens 1 e 2, §§ 3.º e 5.º e art. 152, item 2.

O artigo 151 prevê o referendo nos §§ 3.º e 5.º, item 2, quando dispõe sobre a necessidade de ratificação do texto do Estatuto das "comunidades autônomas" pelo corpo eleitoral das províncias compreendidas no âmbito territorial do projetado estatuto, aprovado pela maioria dos votos válidos.

O item 1 do mesmo artigo 151 do texto espanhol, quando se refere à aprovação por meio de referendo dos eleitores das províncias que compõem a região que se quer fazer autônoma, trata tecnicamente do plebiscito.

O artigo 152 refere-se ainda à necessidade de ratificação por referendo popular das modificações dos estatutos das "comunidades autônomas" espanholas.

Finalmente, o artigo 92 se refere ao que JORGE ESTEBAN e LUIS LOPES GUERRA chamam de referendo consultivo sobre decisões políticas de especial importância, e que se trata de plebiscito, conforme foi este conceituado, e será portanto visto no item seguinte.

A *Constituição Portuguesa*, embora se refira expressamente nos artigos 118 e 170 a referendo popular, caracteriza o que denominamos aqui de Plebiscito e por este motivo será estudado no item referente a este direito. Entretanto, como veremos, o plebiscito conforme foi colocado na Constituição portuguesa (com nome de referendo), supre a ausência do referendo, entendido este como ratificação de textos de leis ordinárias e constitucionais.

Finalmente, na *Constituição Cubana* encontramos o referendo no artigo 134 como direito político sem especificar, aquela Constituição, como este será exercido e como ele é entendido.

6.4 — *Plebiscito*

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR observa que:

"Em nossos dias, plebiscito é a consulta ao povo para que este, mediante pronunciamento, manifeste livremente sua opinião

sobre assunto de interesse relevante. (...) Se o assunto é de interesse local, a população da região, ou da cidade, não o povo, em geral, é consultada." [67]

PINTO FERREIRA observa que,

"geralmente costuma distinguir-se na atualidade entre plebiscito e referendo ou *referendum*. O plebiscito significa a aprovação ou desaprovação de um ato do executivo pelo povo. O referendo é o processo de submissão ao eleitorado de uma medida legislativa." [68]

Podemos acrescentar, ainda, que o plebiscito na nossa Constituição deve ser entendido como forma de manifestação preliminar sobre questões relevantes, como a escolha entre Monarquia e República, e parlamentarismo e presidencialismo no artigo 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A modificação do Texto Constitucional brasileiro e as normas relativas à nova forma e sistema de governo, dependem da aprovação popular anterior.

Prevê ainda a Constituição Brasileira, além do artigo 14, inciso I, que estabelece o referendo como forma de exercício da soberania popular, o plebiscito de aprovação da população interessada para a fusão, subdivisão ou desmembramento de Estado, e ainda para a criação, incorporação, fusão e desmembramentos de Municípios. (Artigo 18 §§ 3.º e 4.º).

Os Textos Constitucionais da Itália, Espanha e Portugal não se referem expressamente a plebiscito, mas unicamente a referendo popular. Entretanto, embora estes textos não se refiram a plebiscito, encontra-se este como "referendo consultivo" nas Constituições espanhola e portuguesa.

A *Constituição da Espanha* se refere ao referendo consultivo, que na verdade é o que nós conceituamos como plebiscito, no artigo 92, que dispõe:

"Art. 92 — .....

1 — As decisões políticas de especial importância poderão ser submetidas a referendo consultivo de todos os cidadãos.

2 — o referendo será convocado pelo rei, sob proposta do Presidente do governo, previamente autorizado pelo Congresso dos Deputados.

---

67 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 1.094.

68 PINTO FERREIRA. Ob. cit., p. 299.

3 — Uma lei orgânica regulará as condições e o processo das diferentes modalidades de referendo, previstas nesta Constituição."

A iniciativa do referendo parece corresponder exclusivamente ao "presidente do governo, que é quem decidirá sobre a conveniência de sua utilização.

O papel do Congresso dos Deputados — como se vê excluiu-se o Senado — consiste em permitir ou não a consulta popular segundo a proposta formulada pelo Presidente do Governo. De acordo com a lei orgânica sobre a regulamentação das distintas modalidades do referendo de 18 de janeiro de 1980, dita autorização requer a maioria absoluta do Congresso dos Deputados (artigo 6.º). Finalmente o Rei se limitará obrigatoriamente a convocar o referendo sempre que o Congresso o tenha aprovado". [69]

A *Constituição Portuguesa* também utiliza a palavra "referendo" para designar o que nós chamamos de "plebiscito".

O artigo 118 se refere ao "referendo" e determina que os cidadãos eleitores recenseados no território nacional podem ser chamados a pronunciar-se diretamente sobre questões de relevante interesse nacional e que devem ser decididas pela Assembléia da República ou pelo governo, através da aprovação de convenção internacional ou de ato legislativo. O "referendo" será realizado por decisão do Presidente da República mediante proposta da Assembléia da República ou pelo governo, nos casos e nos termos previstos na Constituição e na lei.

O mesmo artigo 118, no ítem 3 exclui do âmbito do "referendo" as alterações à Constituição, as matérias previstas no artigo 164 (competência política e legislativa da Assembléia da República), as questões e os atos do conteúdo orçamental, tributário e financeiro.

O "referendo" (plebiscito) deverá recair apenas sobre uma matéria, devendo as questões ser formuladas em termos sim ou não, com objetividade, clareza e precisão.

Nos termos do item 15 do mesmo artigo 118 da Constituição portuguesa, não ocorrerá o "referendo" entre a data da convocação e da realização de eleições gerais para órgãos de soberania, de governo próprio das regiões autônomas e do poder local, bem como de Deputados ao Parlamento Europeu.

Será exercida pelo Presidente da República de Portugal a fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade e legalidade das propostas de referendo que lhe tenham sido remetidas pela Assembléia da República ou pelo governo. Estas propostas recusadas pelo Presidente da República ou que tenham recebido resposta negativa do eleitorado não podem ser

69 ESTEBAN, Jorge de. y Luiz Lopes Guerra. Ob. cit., p. 96.

renovadas na mesma sessão legislativa, salvo se houver nova eleição da Assembléia da República.

Como foi visto no estudo do referendo, a *Constituição Cubana* prevê o referendo sem entrar em detalhes sobre a sua forma, não existindo referência no texto cubano à realização de plebiscito.

Ainda com relação ao plebiscito é bom lembrar as palavras de PINTO FERREIRA, que alerta para o uso do plebiscito para legitimar regimes autoritários:

> "Como exemplo de incitação ao autoritarismo citam-se os plebiscitos da era napoleônica, que foram realizados por três vezes: em 1800, buscando apoio público para a ratificação de uma nova Constituição; em 1802, a fim de conferir a Napoleão o título de Cônsul Vitalício; em 1804, para o efeito de confirmar Napoleão no título de Imperador dos Franceses. São de mencionar-se os plebiscitos de Hitler, no início do seu governo, que lhe eram favoráveis, aniquilando a democracia e endeusando o nazismo." [70]

BERNARD CHANTEBOUT se refere à República plebiscitária francesa de 1962 a 1969, período marcado desde seu início até o seu fim por dois referendos e no meio deste período por uma eleição presidencial de dezembro de 1965. É este período marcado por uma massacrante preponderância da instituição presidencial: o Chefe de Estado toma as decisões em nome do governo impondo-se ao Parlamento que deixa de ter valor. Quanto ao voto, este, está ao lado do Presidente nesta República plebiscitária e é o único órgão que conta, sendo em parte cúmplice e em parte enganado, até o repentino despertar de maio de 1968. [71]

Também JUAN FERRANDO BADIA alerta para o perigo do plebiscito e mesmo do referendo ao afirmar:

> "En Suiza las palabras plebiscito y referendum son sinónimas; en Francia, se llama plebiscito al voto sobre un hombre, referendum, al voto sobre un problema. Desde Napoleón, el plebiscito ha sido uno de los medios para emascarar un gobierno personal bajo una aparencia democrática, pues el referendum puede facilmente convertirse en plebiscito si el pueblo escoge en función del hombre que se dirige a él. Al permitirse pasar por encima del Parlamento para consultar directamente a la nación, el referendum suministra al jefe del Estado (o de gobierno) el medio de hacer popular y desviar el régimen hacia el gobierno personal." [72]

---

70 PINTO FERREIRA. Ob. cit., p. 300.

71 CHANTEBOUT, Bernard. *Droit Constitutionnel et Science Politique*, 7ème edition, Armand Colin, Paris, 1986, p. 510.

72 BADIA, Juan Ferrando. *Estructura interna de la Constitución*. Tirant le Blanch, Valencia, 1988, pp. 293/294.

Neste sentido se torna fundamental que se coloquem limites e controles sobre o exercício do plebiscito e do referendo, como aqueles presentes nos Textos Constitucionais espanhol e português.

6.5 — *Iniciativa Popular*

É a iniciativa popular uma das formas do exercício da soberania popular: "É uma instituição democrática que pode exercer uma parte do eleitorado (no seu conjunto) e que consiste em iniciar o procedimento de produção de uma lei em sentido formal ou ainda a reforma da mesma (incluídas neste segundo caso as leis constitucionais, formais ou materiais)".[73] Esta é a conceituação de Gonzales Casanova quando analisa as diversas formas de participação popular.

PINTO FERREIRA define a iniciativa popular como "um processo eleitoral pelo qual determinados percentuais do eleitorado podem propor a iniciativa de mudanças constitucionais ou legislativas mediante a assinatura de petições formais que sejam autorizadas pelo Poder Legislativo ou por todo o eleitorado".[74]

A iniciativa popular nos termos do artigo 61, II, § 2.º da *Constituição Brasileira* de 1988, faz-se através da apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A *Constituição Italiana* prevê a iniciativa popular no artigo 71, que tem a seguinte redação:

> "Art. 71 — A iniciativa das leis pertence ao Governo, a cada membro das Câmaras e aos órgãos e entidades aos quais seja conferida por lei constitucional.
>
> O povo exerce a iniciativa das leis, mediante a proposta por parte de pelo menos cinqüenta mil eleitores de um projeto redigido em artigos."

Na *Constituição Espanhola*, a iniciativa popular está regulada pelo artigo 87 item 3 que dispõe:

> "Art. 87 — .....
>
> .....
>
> 3 — Uma lei orgânica regulará as formas de exercício e os requisitos da iniciativa popular para a apresentação de propostas de lei. Serão sempre exigidas pelo menos 500.000 assinaturas

73 CASANOVA, J. A. Gonzalez. *Teoria del Estado y Derecho Constitucional*, 2ª ed., Barcelona, editorial Vicens-vives, 1983, p. 318.

74 PINTO FERREIRA. Ob. cit., p. 303.

reconhecidas. Não poderá haver iniciativa popular em matéria de lei orgânica, tributária ou de caráter internacional, ou que se refiram a prerrogativas de clemência."

Sobre a iniciativa popular na Constituição espanhola, escreve JORGE DE ESTEBAN e LUIZ LOPES GUERRA:

> "A iniciativa popular consiste na petição voluntária de um número determinado de cidadãos para que se submeta a referendo uma questão importante ou se admita uma determinada proposição de lei para sua discussão e aprovação pelo Parlamento. (...) Ambos os tipos de iniciativa são essencialmente originários da Suíça, onde tais procedimentos fazem parte da peculiar 'democracia direta' helvética." [75]

Observa ainda JORGE ESTEBAN que o direito de petições individuais e coletivas do artigo 77 da Constituição espanhola, obrigando o Governo a dar explicações sobre o seu conteúdo, é também uma forma de participação direta dos cidadãos, o que ocorre "quando adquire uma conotação coletiva dirigida a solicitar algo de interesse geral. Neste sentido pode adquirir um caráter complementar da iniciativa popular, já que mediante o exercício coletivo desta ação se pode solicitar que se submetam, por exemplo, a referendo determinadas matérias", o que não é possível na petição individual.

A diferença entre o direito de petição como direito individual e político está caracterizada no item de nosso estudo relativo aos direitos individuais, quando fazemos a diferenciação entre direitos individuais e coletivos.

O artigo 112 da *Constituição Portuguesa* estabelece que a "participação direta e ativa dos cidadãos na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático". Não há entretanto no Texto Constitucional português referência expressa à iniciativa popular de leis, sendo que a iniciativa de leis nos termos do artigo 170 compete aos Deputados, aos grupos parlamentares e ao governo, competindo ainda a iniciativa da lei, no que diz respeito às regiões autônomas, às respectivas assembléias legislativas regionais.

A *Constituição Cubana* prevê a iniciativa popular no artigo 86, que dispõe:

> "Artigo 86 — A iniciativa das leis compete:
>
> *a*) aos deputados da Assembléia Nacional do Poder Popular;
>
> *b*) ao Conselho de Estado;

75 ESTEBAN, Jorge de. y Luiz Lopes Guerra. Ob. cit., p. 89.

c) ao Conselho de Ministros;

ch) às Comissões de Assembléia Nacional do Poder Popular;

d) ao Comitê Nacional da Central de Trabalhadores de Cuba e às Direções Nacionais das demais organizações sociais de massas;

e) ao Tribunal Supremo Popular em matéria relativa à administração da justiça;

f) à Procuradoria Geral da República, em matéria de sua competência;

g) aos cidadãos. Neste caso será requisito indispensável que participem da iniciativa dez mil cidadãos, pelo menos, que tenham a condição de eleitores."

Prevê a Constituição Cubana a iniciativa popular direta de leis na alínea *g* do artigo 86, e, de forma também direta, a possibilidade de iniciativa de leis através de organizações de massas e da Central dos Trabalhadores na alínea *d* do mesmo artigo, uma vez que não se trata aí de forma direta de representação através de Delegados representantes populares eleitos pelo processo eleitoral comum, mas sim de organizações extremamente próximas das aspirações populares o que nos faz crer que, também neste caso, temos uma forma de iniciativa popular direta.

7 — *Conclusão*

A pluralidade de direitos que examinamos anteriormente demonstra as diversas circunstâncias em que se colocam o homem e a mulher, como destinatários da ordem jurídica interna. A natureza desses direitos constitucionais, a eficiência dos mesmos, seus defeitos, limitações e proteção devem ser permanentemente revistos, para que possam atender às necessidades de uma democracia social real e concreta, que não se esgota no direito formalizado, isto é, escrito e codificado. Seu aperfeiçoamento depende da prática constitucional e de uma jurisprudência adequada. O direito constitucional não é apenas um direito da organização estatal, mas é um direito da liberdade, como disciplinador da ação política e econômica. [76]

No constitucionalismo brasileiro de 1988, pela primeira vez, ocorreu a menção direta da *prevalência dos direitos humanos* (art. 4.º, II), como princípio da República Federativa do Brasil, no que se refere às relações internacionais. Essa orientação completa-se no art. 7.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que consagra a propugnação pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

---

76 GONZALEZ, José Julián Alvarez. "La Protección de los Derechos Humanos en Puerto Rico". *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. LVII, Nºs 1-2, 1988; CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà*, Giuffrè Editore, Milano, 1976.

As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. *Introdução*

A Constituição de 1988, no Título consagrado à *Organização dos Poderes,* além dos quatro tradicionais Capítulos dedicados aos três Poderes do Estado, apresenta um quarto, cuidando, em apartado, das *Funções Essenciais à Justiça.*

Surpreendentemente, ao que se nota, a literatura juspolítica nacional, com poucas e lúcidas exceções, parece não se ter dado conta da transcendência dessa inovação e do que ela representa para a realização do valor *justiça,* aqui entendida como síntese da *licitude,* da *legitimidade* e da *legalidade,* no Estado contemporâneo, como aventam os jusfilósofos mais respeitáveis, como MIGUEL REALE, um valor básico e instrumental para a realização de todos os demais, por pressupor "uma composição isenta e harmônica de interesses".

Esse tríplice endereçamento finalístico é um impressivo coroamento de séculos de evolução da própria instituição estatal, na linha de sua submissão, em sucessivas etapas históricas, ao *direito à vontade da sociedade* e à *moral.*

A sujeição do Estado à *lei* foi, por certo, a primeira grande conquista desta série: o *princípio da legalidade* inaugurou a doma do Leviatã, marcando a transição do Estado Absolutista para o *Estado de Direito.*

O segundo importante triunfo foi o submetimento do Estado à *vontade da sociedade:* o *princípio da legitimidade* logrou afirmar-se univer-

salmente no correr deste século que se finda, à custa de grandes sacrifícios, entre os quais os flagelos de três longas e desumanas guerras e da escravização de inúmeros povos a ideologias totalitárias, consolidando-se o *Estado Democrático* como o conceito vitorioso nas sociedades contemporâneas.

A terceira e decisiva conquista, e a mais demandante, ainda está por ser alcançada, logrando-se a subordinação do Estado à *moral:* o *princípio da licitude,* ao assegurar o primado da moralidade na vida pública, é o aperfeiçoamento que falta para, sintetizado com os demais, realizar o *Estado de Justiça.*

Deve-se crer que o imperativo de justiça prevaleça, pois, como assevera JOHN RAWLS, a humanidade tem uma *natureza moral* [1] e, dadas as necessárias condições objetivas, *muitas das quais são organizacionais,* os homens atuarão, comprovadamente, segundo seus princípios.

Não obstante a Constituição categorizar o Estado brasileiro apenas como *Estado Democrático de Direito* [2], ou seja, de *legitimidade* e de *legalidade,* sua dimensão, como almejado *Estado de Justiça* desponta em mais de um dispositivo em que a *licitude* é invocada.

Assim é que, logo nos Princípios Fundamentais, em seu Título I, se estabelece, entre os "objetivos fundamentais" a construção de uma "sociedade livre, justa e solidária" [3] e, no âmbito das relações internacionais, a "prevalência dos direitos humanos" e a "defesa da paz." [4]

De resto, em mais outros dezenove comandos, a Constituição se refere à categoria da *licitude,* ora mencionando a moral, ora a ética, ora a dignidade da pessoa humana, ora a probidade etc., demarcando, em cada um, a trajetória ascensional do conceito de *Estado de Justiça* no constitucionalismo brasileiro. [5]

---

1 JOHN RAWLS, *A Theory of Justice,* Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, p. 580.

2 Artigo 1º, *caput.*

3 Artigo 3º, I.

4 Artigo 4º, II e VI.

5 Artigo 1º, III (dignidade humana); artigo 5º, V e X (dano moral); artigo 5º, XVII, (fins associativos lícitos); artigo 5º, XLIX (integridade moral do preso); artigo 5º, LVI (ostentação lícita de provas); artigo 5º, LXXIII (moralidade administrativa); artigo 37 (moralidade na administração pública); artigo 37, § 4º (improbidade administrativa); artigo 42, § 7º (perda de patente por indignidade); artigo 55, II (perda de mandato parlamentar por procedimento indecoroso); artigo 101 (reputação ilibada como requisito de escolha para o STF); artigo 104, parágrafo único (reputação ilibada); artigo 122, parágrafo único, I (conduta ilibada); artigo 131, § 1º (reputação ilibada); artigo 144, *caput* (prevenção da ordem pública, enquanto conceito de conotação moral); artigo 170, *caput* (existência digna); artigo 221, IV (respeito aos valores éticos na comunicação social); artigo 226, § 7º (dignidade da pessoa humana no planejamento familiar); artigo 227 (proteção moral da criança e do adolescente) e seu § 4º, e artigo 231 (costumes indígenas).

Instigado por tema tão sedutor, por sua plurivalência ética, como o é o das *funções essenciais* à justiça, pois ultrapassa a idéia de essencialidade apenas à legalidade e à legitimidade, elaborei um primeiro estudo, especificamente dedicado à interpretação constitucional da instituição do *Procurador do Estado,* tal como se apresenta no artigo 132 da Carta Política de 1988.[6] Posteriormente, ampliei a análise para alcançar todas as funções tratadas no Capítulo IV do Título IV, que, com a denominação de *As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988,* mereceu sua publicação no início de 1991.[7]

À época, preocupavam-me sobreposse as *funções* em si, não tendo me detido sobre os *órgãos* que as exercem. Por isso, com o objetivo de expandir o tratamento de tão instigante assunto, retorno ao tema, agora aspirando provocar um debate mais profundo e aquecer a elaboração doutrinária, principalmente, com vistas à extraordinária oportunidade de aperfeiçoamento institucional que se abre com a Revisão Constitucional de 1993. A conjuntura mundial e a própria quadra de liberalização que atravessa o País, poderão ser condicionantes decisivos para a sedimentação desses institutos que, como os aqui tratados, conformam um rico e poderoso sistema constitucional de controle de juridicidade da ação do Estado, *extremamente necessário,* mais do que nunca, numa sociedade liberal, caracterizada pela poliarquia.

Não haja dúvida de que, ao recolher, na evolução teórica e prática do constitucionalismo dos povos cultos, novíssimas expressões institucionais, como o são a *participação política* e as *funções essenciais à justiça,* o Constituinte de 1988 deu um passo definitivo e, oxalá, irreversível, para a preparação do Estado brasileiro do segundo milênio como um *Estado de Justiça,* aspiração, como se expôs, mais ambiciosa do que a realização de um *Estado Democrático de Direito,* que naquela se contém e com ela se supera.

E aí estão, coincidentemente, essas duas notáveis conquistas do Direito Político contemporâneo, incorporadas à Constituição vigente: o *sistema de participação política,* ampliado e enriquecido, e o *sistema de funções essenciais à Justiça,* aperfeiçoado e robustecido com garantias para uma atuação independente.

De uma parte, um sistema *informal,* de controle difuso, no qual atua ainda a sociedade ou parte significativa dela, e, de outra, um sistema *for-*

---

6 Tese apresentada no XV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, em Natal, Rio Grande do Norte, 1989.

7 *Revista de Direito* da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 43, 1991, pp. 30 a 40.

mal, de controle concentrado, em que atuam órgãos técnicos, exercentes de uma parcela do poder estatal, mas *destacados* dos Poderes do Estado.[8]

Ambos os sistemas convergem para assegurar, cada um com seus mecanismos, o primado da *ordem jurídica,* abrangente da legalidade, da legitimidade e da licitude. De sua atuação se espera o esconjuro dos perigos, jamais de todo superados, das autocracias, das ditaduras e das variadas formas de abuso de poder, não só por parte do Estado, que o tem concentrado em alto grau, como por parte de quaisquer indivíduos, grupos ou instituições que o detenham em escala capaz de afrontar a ordem jurídica ou de atuar à sua margem.

Esses dois grupos de instituição, embora com seus próprios e distintos características e objetivos, são, afinal, *complementares* quanto à finalidade que os justifica, que é a realização desse Estado lícito, legítimo e legal em que impera a *justiça.* Ambos vêm de alcançar sua maioridade constitucional, com suas novas balizas e garantias.

As instituições da participação política são genéricas e leigas, visando precipuamente ao valor legitimidade, enquanto as instituições das funções essenciais à Justiça são específicas e técnicas, visando principalmente à legalidade, e ambas, sob diversos matizes e por seus próprios caminhos, à moralidade. As primeiras, são funções políticas atribuídas aos cidadãos e, por vezes, a toda a sociedade; as segundas, são funções políticas de competência desses órgãos específicos que serão aqui estudados como *procuraturas constitucionais.*

Mas, em ambos os casos, sublinhe-se, busca-se a plena *realização da justiça,* não apenas aquela estritamente referida à atuação do Poder Judiciário, mas a que é estendida à ação de todos os Poderes do Estado e entendida como a suma de todos os valores éticos que possibilitam e dignificam a convivência em sociedade: a licitude, a legitimidade e a legalidade.

Esse é o entendimento que há mais de dois anos tenho tido e sustentado[9] e sobre o qual assentei este trabalho.

Essa, também, a inteligência de SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, expressa em seu recentíssimo *Comentários à Constituição* nos seguintes termos: "O que se busca com a atuação dessas instituições é a *realização*

---

8 Incluídos na "Organização dos Poderes" (Título IV), mas sem fazer parte de qualquer dos três Poderes constitucionais tradicionalmente instituídos (Capítulo IV)

9 Artigo citado, na *Revista de Direito* da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 43, 1991, p. 31.

da justiça, tomando esse termo não apenas no sentido de *justiça de estrita legalidade;* de *justiça jurisdicional* mas da *justiça* abrangente da *eqüidade*, da *legitimidade*, da *moralidade*." [10] E insiste, o autor, em dissipar dúvidas quase semânticas: "Não nos deixemos impressionar com a ênfase que alguns dispositivos desse Capítulo IV atribuem ao relacionamento da atividade dessas instituições com a função jurisdicional (cf. artigos 127, 131, 132 e 134). É claro que a *justiça*, mesmo a abrangente, a compreensiva, se faz, em grande parte, mediante a provocação e a prestação da função jurisdicional. Mas não só através desse meio. E tanto é assim, que a atuação dessas instituições se desenvolve, também, em face de outros Poderes", suportanto, essa correta afirmação, com vários exemplos constitucionais. [11]

Observe-se, por derradeiro, nessa Introdução, que os dois sistemas constitucionais cotejados têm ângulos de atuação distintos em relação à *justiça*. Enquanto as funções de participação política são originariamente formadoras da noção de justiça, as funções a ela essenciais são derivadas para garantir-lhe o primado, como provedoras permanentes de seu controle, nos limites das competências dos órgãos das procuraturas constitucionais.

Antes de proceder-se à exegese constitucional dos dispositivos instituidores das funções essenciais à justiça (artigos 127 a 135), pareceu-me de ingente utilidade examiná-los sob a perspectiva juspolítica que lhes serve de justificativa.

É, portanto, à luz dessas considerações introdutórias, próprias do Direito Político contemporâneo, que se deve analisar o Capítulo IV do Título IV da Constituição de 1988, que introduziu, na Organização dos Poderes, ou seja, como um dos complexos de poderes públicos, não assimilável a nenhum dos Poderes do Estado: *as funções essenciais à justiça.*

2. *Poderes, órgãos e funções públicos*

Essas expressões foram abundantemente utilizadas na Introdução e é, por isso, conveniente que se deixe fixado seu entendimento com o máximo de precisão e de clareza de que me posso valer.

Seja qual for o conceito que se adote de *Estado*, não será possível omitir-se a sua característica essencial de sede e detentor de um *poder*

---

10 Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1991, 3º volume, p. 12. (grifo do próprio autor).

11 *Ibidem*, pp. 12 e 13 (grifos também no original).

institucionalizado, capaz de se impor sobre toda uma sociedade: é o *Poder Público*.[12]

Ora, o Poder Público é cometido ao Estado para que, assim concentrado e institucionalizado, lhe seja possível prosseguir os fins para os quais se o criou: a satisfação dos interesses da sociedade.

Para isso, o Poder Estatal, Poder Público ou, simplesmente, Governo, deve *atuar* desempenhando inúmeras *funções* e, para tanto, *organizar-se* estruturalmente, distribuindo o *exercício* da soma de poderes que concentra, em *órgãos* capazes de extenuar e de fazer prevalecer a sua vontade.

Órgãos são, portanto, as partes atuantes do Estado, competentes para manifestar-lhe a vontade através do desempenho de *funções* que, por sua vez, são atividades de aplicação do poder.

Sem receio de equívoco, pode-se afirmar que a História do Direito Político tem sido a saga da evolução do Poder Público e de suas manifestações orgânicas e funcionais.

Essa evolução está assinalada pelos fenômenos da descentralização e da especialização.

O Poder Público, de início concentrado e inespecializado, sofre um milenar processo evolutivo, desde suas primeiras e rudimentares manifestações, até que, com crescente nitidez, vão-se distinguindo *funções* específicas, destacando-se a legislativa da executiva e, mais tarde, a judiciária.

Mas, ao mesmo tempo, no correr desse processo criam-se órgãos para exercê-los, agregando-se e conformando, pouco a pouco, *complexos orgânicos*. Órgãos e funções que originalmente se confundiam, desenvolveram-se e diferenciaram-se, até que, na linha da clássica tripartição de MONTESQUIEU, sedimentaram-se os três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, caracterizados, como hoje é pacífico, mais pela ênfase dada a certas funções que pela exclusividade de seu desempenho.

Com o aprimoramento desse processo, surgiu, primeiramente, a doutrina da *separação* e, depois a da *colaboração* desses Poderes, mantendo-se, quase como dogma do Estado contemporâneo, apenas a *independência* necessária para o desempenho daquelas funções específicas em que se exige exclusividade.[13]

---

12 O Poder Público ou Poder de Governo ou, simplesmente, *Governo*, no sentido lato, precede ao próprio Estado e concorre para a sua formação, pois "a autoridade é elemento essencial da sociedade. Di-lo com maestria admirável LUIGI TAPARELLI (*Saggio Teoretico di Diritto Naturale*, II, pp. 67/68)", conforme a lição recolhida por A. MACHADO PAUPÉRIO (in *Teoria Geral do Estado*, Forense, Rio, 1971, p. 134, n/ grifo), também, a respeito, n/ *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 10ª edição, cap. II.

13 É nesse sentido que a Constituição de 1988 mantém o conceito de Poderes "independentes", no art. 2º, e o de "separação", entre os princípios sensíveis do art. 60, § 4º, III.

Os últimos avanços da teoria constitucional enfatizaram, finalmente, a importância da chamada *função de controle,*[14] para o exercício da qual concorrem todos os Poderes e a própria sociedade.

Com efeito, Estado, por seus órgãos e por seus Poderes, e sociedade, por seus indivíduos e por seus órgãos, exercem multimodos e recíprocos papéis de controlados e controladores, distribuindo, a Constituição, entre todos, inúmeras funções de *fiscalização,* de *provocação* e de *correção.*

De um lado, os três Poderes tradicionais, principalmente o Poder Judiciário, têm a seu cargo a *correção,* e de outro, as funções essenciais à justiça e à sociedade, cuidam da *fiscalização* e da *provocação.* Trata-se de um novo esquema de *distribuição de poderes,* que, embora mantenha nos Poderes orgânicos o seu mais importante centro de decisão sobre a *juridicidade,* descentraliza, nas funções essenciais à justiça, nos indivíduos, nas empresas, nas associações e nas instituições privadas, em geral, inúmeras funções de fiscalização e de provocação. Sobretudo, e em última análise, devolve-se ao povo, a fração politicamente ativa da sociedade, a decisão final sobre a *legitimidade* e a *moralidade,* pelo exercício da participação democrática.

Esse Estado contemporâneo, imensamente mais aberto e dinâmico que seus antecessores, já não mais é uma torre de marfim, intangível e distante, na qual os três Poderes dividiam entre si as responsabilidades do Governo, *lato sensu,* quando não o *dictat* da juridicidade. O novo Estado, ao se reaproximar da sociedade, a que deve servir, a ela religou-se por milhares de *vínculos de direito,* todos eles regidos por uma ordem jurídica cada vez mais abrangente dos valores da legitimidade e da moralidade, dos quais destacam-se os vínculos políticos institucionais da *participação* e os vínculos políticos institucionais de *fiscalização* e de *provocação; esses, confiados, maciçamente às procuraturas constitucionais,* como se exporá a seguir.

3. *Funções essenciais à justiça e seus órgãos de atuação*

Estabelecido, assim, o alcance da essencialidade das *funções* tratadas no Capítulo IV do Título IV da Constituição, examine-se, agora, a natureza dos *órgãos* instituídos para exercê-las: as *procuraturas constitucionais.*

Desde logo, esclareça-se que a *procuratura,* registrada por PLÁCIDO E SILVA como sinônima de *procuradoria,* parece-me hoje oportunamente

---

14 Policy control, na classificação de KARL LÖWENSTEIN, in *Political Power and the Governmental Process,* V. Chicago Press, 1965, pp. 42 e ss.

adequada para *distinguir* esses órgãos constitucionalmente instituídos para exercer aquelas funções essenciais do Estado a níveis federal, estadual e distrital federal.[15]

Antes, porém, cabe uma digressão sobre as *categorias jurídicas de interesses,* pois a partir delas é que se poderá explicar a contento a *tripartição* das procuraturas constitucionais na Carta Política de 1988.

É inegável que um dos fenômenos mais significativos da evolução do Direito neste século foi a diversificação das categorias jurídicas de interesses.[16]

Parte-se do *interesse,* enquanto núcleo matricial de valor de uma relação social. Essa relevância, enquanto elemento conceitual basilar do mundo jurídico, foi objeto de estudo da teoria geral do direito, tendo-lhe dado, UGO ROCCO, notável precisão.[17]

Ao interesse *individual,* necessariamente a categoria originária nessa evolução multimilenar, entendido como a projeção da vontade sobre um bem da vida, vieram somar-se os interesses *metaindividuais* referidos a mais de uma vontade. Estes, a princípio relacionados às comunidades de sangue e de moradia, logo se *tornaram a expressão* de qualquer grupo, que "depassam da órbita de atuação individual, para se projetarem na ordem coletiva".[18]

O interesse metaindividual foi, durante muito tempo, predominantemente caracterizado como um *interesse público,* surgindo daí a tradicional *summa divisio,* entre interesses públicos e privados. Mais recentemente, novas distinções se estabeleceram, surgindo os *interesses coletivos* e os *interesses difusos:* os primeiros, estendidos a toda uma categoria diferenciada de sujeitos, e, os segundos, abrangendo toda a sociedade ou uma

---

15 In *Vocabulário Jurídico,* Ed. Forense, Rio, 1987, 1ª ed., vol. III, p. 464. A expressão procuradoria pode ser reservada para o gênero, de vez que abrangerá outros órgãos, públicos ou privados, de prestação de serviços jurídicos. A espécie aqui tratada, da advocacia pública de radical constitucional, fica, portanto, melhor identificada com designação própria, assinalando, ainda, com a parcial paronimia da palavra "procuratura" com "magistratura", uma aproximação e uma assemelhação que o próprio legislador constitucional quis destacar, como se exporá adiante.

16 Sobre o assunto fiz publicar o artigo "O Princípio da Moralidade e as Categorias Constitucionais de Interesses", na *Revista de Direito* da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, V. 43, 1991, pp. 49 a 63.

17 Para ROCCO, as normas jurídicas são um sistema de limites entre interesses (*Tratato di Diritto Processuale Civile,* V. I, p. 4).

18 V. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Interesses Difusos e Legitimação para Agir,* (São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1988, p. 57).

sua parcela significante; embora de todos, indisponível por ninguém, sem pólo de coalescência ou de concentração definido.

Ora, essa pluralização de categorias de interesses nada mais é que o reflexo jurídico do fenômeno político subjacente da pluralização das fontes e das sedes de poder que, segundo BOBBIO e REALE [19] marcam o conceito da "democracia social", de certo modo antípoda da antiga "social democracia", porquanto, substituiu a envelhecida e falida idéia da "socialização da propriedade" pela da "socialização do poder".

Devolvendo-se o poder à sociedade, resulta conseqüente que, também, paralelamente à diversificação das categorias de interesses e de seus pólos de exercício, multiplicaram-se e especializaram-se as *funções de controle:* preventivas e repressivas; fiscalizatórias, postulatórias e corretivas; parlamentares, administrativas e judiciárias. Toda essa complexificação substantiva e formal, exigiu a extensão do *princípio da defesa técnica,* para que se pudesse manter a igualdade de oportunidade, a plenitude do direito de defesa e a observância do devido processo legal — tudo constitucionalmente assegurado. [20]

Em conseqüência, toda e qualquer controvérsia que envolva interesses, em que estejam em foco a moralidade, a legitimidade e a legalidade juridicamente protegidas e, assim, *relevantes à justiça (lato sensu),* deve expressar-se *tecnicamente,* na forma legalmente prescrita, pois só assim a defesa desses interesses se fará em nível aceitável de eficiência, igualando os interessados perante a lei e o Estado. [21]

O exercício de funções *preventivas* (consultoria jurídica) e *postulatórias* (representação), que não apresentem um mínimo da necessária consistência técnica, inviabiliza o controle de *juridicidade* (moralidade, legitimidade e legalidade) e atenta contra os fundamentos constitucionais do Estado (de Justiça) Democrático de Direito.

Dessa colocação, resulta que as *funções essenciais à justiça* se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos técnicamente habilitados, sob garantias constitucionais.

---

19 MIGUEL REALE, *Nova Fase do Direito Moderno*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1990, p. 217. O autor lembra o uso da palavra "poliarquia", a propósito, para designar essa sociedade que retoma e redistribui o excesso de poder que havia sido concentrado no Estado.

20 Artigos 5º, I, LIV e, principalmente, o LV.

21 Artigo 5º, I.

Todas essas funções competem à *advocacia*, aqui tomada em seu sentido amplo, envolvendo *atividades preventivas* (consultoria) ou *postulatórias* (representação); *privada* ou *pública*. São, portanto, duas classificações a aclarar.

A *advocacia consultiva* é a expressão preventiva dessas funções, destinando-se a evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica — a injuridicidade — como quer que ela se apresente, decorra de ação ou de omissão, na órbita privada ou pública. Admite uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocação, em caráter fiscalizatório.

A *advocacia postulatória* é a expressão privativa das funções essenciais à justiça, destinando-se a suscitar a atuação de qualquer dos Poderes do Estado, em especial o Judiciário, para a correção da injuridicidade. Admite, por suposto, uma forma passiva, na qual a função é exercitada sob demanda do interessado, e uma forma ativa, na qual ela é exercida *ex-officio*, por imposição da lei.

Além das funções de consultoria e postulatória, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil torna privativas de advogados as funções de *assistência jurídica* e de *diretoria jurídica* (artigo 71, leg. cit.).

Essas funções, todavia, não são essenciais à justiça porque não têm eficácia jurídica *direta* sobre a atuação do Estado. São, no máximo, *úteis* à justiça, mas não essenciais, ainda porque podem ser dispensadas, pelo agente, órgão ou entidade beneficiários diretos dessas atividades.

Na *assistência jurídica*, com efeito, não se outorga ao advogado qualquer parcela de responsabilidade sobre a decisão técnica a respeito da juridicidade de interesses: dele se espera apenas uma *orientação* ao agente, órgão ou entidade ao qual incumbe a decisão que, para tomá-la, têm plena responsabilidade. O assistente jurídico, embora possa, substancialmente, emitir opiniões de direito e fazer encaminhamentos jurídicos — como, de resto, qualquer agente público pode fazê-lo, mesmo sendo leigo, pois a administração pública se perfaz através de *atos jurídicos* próprios — não é um órgão do Estado, mas um mero assessor de órgão. Seus pronunciamentos ou encaminhamentos (e não *pareceres*, no sentido técnico próprio) não vinculam o Estado e nem mesmo o assistido, que poderá, não só deixar de seguir a orientação pedida como não solicitá-la e, se o fizer, até ignorá-la.

Essas manifestações assistenciais não estão dotadas de eficácia jurídica própria, enquanto encaminhamentos administrativos, servindo apenas como *elementos de informação* para suportar a *decisão* do agente, órgão ou entidade assistidos, essa sim, a que vem dotada de eficácia própria.

Distintamente, observe-se, a *consultoria jurídica* é uma atividade essencial à justiça, porquanto nela o advogado tem a *decisão* técnico-jurídica *a seu cargo* e sob sua plena responsabilidade, direta e pessoal. O consultor jurídico do Poder Público *emite uma vontade estatal,* como órgão do Estado que é, vinculando-o de tal forma que, se a Administração não seguir o ditame, deverá motivar porque não o faz, sob pena de nulidade do ato (princípio da motivação — artigo 5.º LIV e LV, e 93, X). Seus pronunciamentos têm, por isso, uma *eficácia própria,* que é a eficácia do parecer jurídico, indistintamente os emitidos por solicitação externa ou *ex officio,* no exercício das funções de fiscalização da juridicidade dos atos do Estado, embora possam alguns pender de um visto ou de qualquer outro ato de assentimento para cobrarem *exeqüibilidade.* Os órgãos da Administração Pública, que têm na ordem jurídica não só o fundamento como os limites de sua atuação, *não podem ignorar* os pareceres regularmente emitidos pelas consultorias jurídicas dos órgãos da procuratura constitucional que sobre elas atuem, embora possam deixar de segui-los, motivadamente, mas sempre a seu inteiro risco, jurídico e político.

Quanto à *diretoria jurídica,* aqui consideradas aquelas funções que não se confundem com a advocacia consultiva e postulatória, não apresentam similar na advocacia pública exercitada pelos órgãos das procuraturas, não sendo funções essenciais à justiça. Vale observar que nada impede que a "direção jurídica" esteja associada a outra função estatutária ou contratual de índole privada. Tais funções diretivas, mesmo as que sejam estritamente técnico-jurídicas, e, portanto, privativas de advogados, enquanto se refiram a decisões tomadas no âmbito interno de pessoas jurídicas de direito privado, não são *essenciais* à justiça.

Aliás, com respeito às *empresas* que exerçam atividade econômica, o *interfacies* com o Poder Público é ainda mais limitado constitucionalmente, existindo um *impedimento* para se lhes aplicar qualquer regime público a seus atos (artigo 173, § 1.º), com as estritas exceções previstas na própria Carta Política, impostas a toda a administração indireta (artigo 22, XXVII; artigo 37, *caput,* I, II, III, IV, V, VIII, X, XI, XIII, XIV, XVII, XXI e artigo 70, *caput,* II, IV, V, VIII, IX, X, e §§ 1.º e 2.º).

Tais funções, insista-se, em síntese, são relevantes mas não essenciais à justiça, por lhes faltar a *imperatividade,* característica indispensável dos atos do Poder Público.

A outra classificação referida, distinguindo a *advocacia privada* da pública diz respeito à natureza jurídica das funções advocatícias, considerando as *categorias dos interesses* defendidos e a *institucionalização* dos órgãos de atuação.

A *advocacia privada* volta-se preferente, ainda que não exclusivamente, à defesa dos interesses individuais, coletivos e difusos da sociedade e é

praticada por profissionais de direito, em caráter contratual, denominando-se por isso, de *ministério privado.* [22]

A *advocacia pública* destina-se à defesa dos interesses públicos bem como dos interesses individuais, coletivos e difusos que a ordem jurídica lhe cometer, com ou sem caráter exclusivo, e é praticada por profissionais de direito, agentes públicos, constituindo-se, no sentido amplo, no *ministério público,* sendo seus órgãos singulares os advogados públicos, e, órgãos coletivos, as procuradorias das pessoas jurídicas de direito público, entre as quais se destacam as procuraturas constitucionais. [28] A Constituição cria três tipos institucionais de procuraturas, estas encarregadas das funções essenciais à justiça, exercendo, cada uma delas, atribuições consultivas e postulatórias, todas bem definidas a nível constitucional (artigos 127, 129, 131, 132, 133 e 134, CF.) e infraconstitucional (Constituições estaduais e respectivas leis orgânicas), voltadas a três conjuntos de interesses caracterizados.

O primeiro conjunto de interesses abrange, basicamente, dois importantes subconjuntos: os *interesses difusos* da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os *interesses sociais e individuais* indisponíveis (artigo 127, *caput,* da Constituição), detalhados em rol de funções (artigo 129, CF), em relação aberta, porquanto pode ser acrescida de outras funções, desde que compatíveis com a finalidade institucional (artigo 129, IX). Para esse conjunto, a *função essencial à justiça* que lhe corresponde é a *advocacia da sociedade,* e a *procuratura* que a tem a seu cargo é o Ministério Público, em seus ramos federais, distrital federal e estaduais.

O segundo conjunto de interesses são os *interesses públicos,* assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal). Para esse conjunto, a *função essencial à justiça* que lhe corresponde é a *advocacia do Estado* (artigo 131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal) e as *procuraturas* que a tem a seu cargo são a Advocacia Geral da União (órgão coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares).

O terceiro conjunto de interesses são individuais, coletivos e até difusos, mas todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defendê-los: são os *interesses dos necessitados* (artigo 5.º, LXXIV, da Constituição). Para esse conjunto, a *função essencial à justiça*

22 V. artigo 68, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. Eventualmente poderá ser cometida a advogados privados a defesa de interesses públicos, como no caso do artigo 5º, LIX, da Constituição, entre outros exemplos.

23 Ministério Público está aqui referido em seu sentido funcional, em oposição às funções do ministério privado, e não no seu sentido orgânico usual, que vem grafado com maiúsculas e que é sua acepção específica, designando uma das três procuraturas públicas.

que lhe corresponde é a *advocacia dos necessitados* e a *procuratura* que a tem a seu cargo é a Defensoria Pública, federal, distrital federal e estadual (artigo 134, CF.).

Enquanto a *advocacia privada* pode ser exercida por qualquer profissional de direito, legalmente habilitado por sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 67 da Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963), a *advocacia pública*, das procuraturas constitucionais, além da prévia habilitação profissional, exige a investidura de seus agentes em cargos públicos especiais, dispostos em carreira e acessíveis mediante concurso público de provas e de títulos (artigo 129, § 3.º; artigo 131, § 2.º; artigo 132 e artigo 134).

Às três *procuraturas constitucionais* compete, em síntese, a função de *controle institucional de provedoria*,[24] sendo, portanto, públicas não só quanto à finalidade, mas também quanto aos agentes, pois são exercidas por agentes públicos, *órgãos do Estado*, embora, como exposto anteriormente, *não integrem nenhum dos Poderes*.[25]

Exercem, em suma, os membros do Ministério Público, os Advogados (ou Procuradores) da União, os Procuradores de Estado e do Distrito Federal e os Defensores Públicos, no exercício do controle institucional de provedoria de sua respectiva competência, funções essenciais à justiça, em suas diferentes *procuraturas públicas constitucionais*.

4. *Princípios constitucionais das procuraturas*

Embora as procuraturas constitucionais tenham todas uma raiz comum, ao que se conhece, francesa, nos Procuradores do Rei, na época em que emergiu a distinção entre os interesses do rei e os interesses do reino, seu desenvolvimento. até o estádio atual, configurado na Constituição 1988, foi muito irregular.

Basta lembrar que a distinção entre a advocacia da sociedade e a do Estado só veio a se aperfeiçoar organicamente com a nova Carta Política de 1988, pois, antes, a Procuradoria Geral da República exercia ambas as funções. E não faltou mesmo, na Assembléia Nacional Constituinte, quem considerasse um "retrocesso" separar as funções em duas procuraturas, como lembra WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, comentando o artigo 131 da Constituição.[26]

---

24 A expressão grifada, muito apropriada, é preferida por SERGIO DE ANDRÉ FERREIRA, um dos raros expositores das funções essenciais à justiça (in *op. cit.*, p. 101).

25 Também nesse sentido, o mesmo autor (*op. cit.*, p. 13).

26 *Comentários à Constituição de 1988*, Julex Livros Ltda., Campinas, S. Paulo, 1989, 1ª ed., V. 2, pp. 807 e 808.

Também a distinção entre a advocacia dos necessitados e as duas outras só se aperfeiçoou com a atual Constituição, pois era comum que fosse exercida ora por membros do Ministério Público, ora por Procuradores de Estado, antes de ganhar a necessária autonomia.

Não obstante, talvez devido à errática evolução, mas, principalmente em razão da apoucada compreensão do significado juspolítico das funções essenciais à justiça, as procuraturas, mesmo na Constituição de 1988, receberam tratamento desigual, embora seja inegável que o simples reconhecimento de sua *independência funcional* e seu destaque dos Poderes do Estado já tenham representado um notável avanço institucional. O tratamento dado ao Ministério Público se apresenta, todavia, mais detalhado que o das demais procuraturas constitucionais, embora inexista qualquer distinção valorativa nas funções adstritas a qualquer delas que o justifique. Ao contrário, há uma determinação comum a todas, que bem define a igualdade constitucional dessas carreiras: a isonomia de vencimentos que entre elas deve ser observada. [27]

Isso se explica uma vez que as três procuraturas não defendem interesses hierarquizados entre si. Nenhum interesse tem supremacia absoluta sobre os demais: a prevalência de um interesse qualquer, público, difuso, coletivo ou mesmo individual, depende da natureza de cada relação.

Não se justifica, tampouco, sob essa óptica, nem que se discrimine, em termos de prerrogativas e garantias, seja a advocacia privada da advocacia pública e, nesta, que se discrimine funcionalmente qualquer das procuraturas públicas. Ao contrário: o aperfeiçoamento institucional das funções essenciais à justiça há de seguir a linha apontada pelos *princípios* dessumidos do ordenamento constitucional, de modo a que se obtenha o máximo de prestância na afirmação de um Estado de Justiça, Democrático e de Direito. Servem, portanto, os princípios, que a seguir serão examinados, ao duplo propósito de orientar a exegese do Capítulo IV, do Título IV, da Constituição de 1988, e de guiar o polimento esperado, na Revisão de 1993, segundo toda a linha exposta, de aperfeiçoamento do Estado contemporâneo.

Pode-se extrair os seguintes princípios: *essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso*.

A *essencialidade* está afirmada na própria designação constitucional das funções. Elas não podem deixar de existir, com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção

27 Artigo 135 da Constituição Federal.

do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.

A *institucionalidade* também resulta evidente da própria criação constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (artigo 127), da Advocacia Geral da União (artigo 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (artigo 132).

A *igualdade* decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as *desempenham*.

A *unidade*, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, está explícita no caso do Ministério Público (artigo 127, § 1.º) e também da Advocacia Geral da União (artigo 131, § 1.º), e implícita, para os Procuradores de Estado e do Distrito Federal e para a Defensoria Pública (artigos 132 a 134).

A *organicidade unipessoal* decorre da fundamental e genérica condição de advogado, estabelecida no artigo 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um *órgão individual*, para empregar nomenclatura de MARCELLO CAETANO, com sua natureza institucional ligada ao cargo, desempenhado com independência técnico-profissional. Isso está explícito para os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (artigo 132) mas fica implícito para os demais membros das procuraturas constitucionais. [28]

A *independência funcional* diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à justiça. Mesmo o seu inter-relacionamento segue a própria fórmula de independência constitucional. Não obstante poderem atuar, em tese, em face a qualquer dos Poderes do Estado, não podem a eles se sujeitar nem deles receber influência quanto ao desempenho de suas funções. No que respeita ao Ministério Público, este princípio está explícito no artigo 127, § 1.º, mas resulta claro da própria sistemática constitucional, que está implícito para as demais procuraturas. Quaisquer vinculações existentes com o Poder Executivo, no âmbito administrativo em que se inserem sem, contudo, o integrarem, não poderão interferir no exercício das atividades de seus órgãos, tão-somente segundo sua consciência e sua orientação científica.

---

28 "O órgão é caracterizado pela sua função de exprimir uma vontade imputável à pessoa coletiva", enquanto que o "agente é um meio colaborador do órgão", "atuando na formação da vontade a manifestar pelos órgãos, ou a dar execução às decisões destes, sob sua direção e fiscalização" (MARCELLO CAETANO, *Princípios*, Forense, Rio, 1977, p. 65).

A *inviolabilidade* é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos *agentes públicos* das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro direito, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente no artigo 135, para todas as funções essenciais à justiça, mas há garantias específicas, de vitaliciedade e de inamovibilidade, que privilegiam os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia Geral da União e das Procuradorias de Estado e do Distrito Federal não poderá ser arbitrária mas, ao contrário, sempre com motivação transparente, para que não encubra ou mascare atentados à independência funcional e à inviolabilidade de seus agentes.

A *autonomia administrativa* consiste na outorga, às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para garantir-se-lhes a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa se valer. Trata-se, portanto, de uma condição constitucional para que prevaleçam, na prática, todos os demais princípios, tal como a Carta Política de 1988 veio a reconhecer também como imprescindível, ao expandir a auto-administração do Poder Judiciário (artigos 96, I, II e III, e 99). Da mesma forma, para o Ministério Público, o alcance dessa autonomia está definido explicitamente no artigo 127, § 2.º, deixando-se implícito, o princípio, no tocante às demais procuraturas, para ser considerado nas respectivas Constituições e leis orgânicas, conforme o caso.

A *autonomia de impulso,* por fim, é o princípio fundamental da atuação das procuraturas constitucionais. Ele preside e orienta o poder-dever desses órgãos, de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes foram confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela *juridicidade,* desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, inclusive *ex-officio* pela fiscalização, [29] e de atividades postulatórias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios a cada uma delas.

O único limite à atuação de defesa da ordem jurídica, para essas instituições, só pode estar na própria ordem jurídica. A lealdade dos agentes das procuraturas constitucionais não se dirige aos Governos mas à ordem

---

29 À guisa de exemplo de explicitação infraconstitucional da função fiscalizatória, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro registra, em caráter pioneiro, o poder de supervisão dos Procuradores do Estado (artigo 173), retomado pela Lei Complementar nº 15, de 25 de novembro de 1980, no artigo 2º, incisos VII, XII, XIII, XIV, XV e XVIII.

jurídica, a que todos devem servir com elevação e independência: por isso têm o poder de impulso, do qual não se devem demitir, nem mesmo por receio de desagradar aos agentes de quaisquer dos Poderes, ainda que o Chefe do Poder Executivo, que nomeia os Chefes institucionais das procuraturas constitucionais (artigo 128, § 1.º; 128, § 3.º; 131, § 1.º).

5. *Regime dos agentes das procuraturas constitucionais*

Examinada a situação orgânico-funcional das procuraturas constitucionais, no desempenho das funções essenciais à justiça, cumpre deixar consignada algumas conseqüências do que foi exposto, quanto aos *agentes* que as integram.

Serão examinados, portanto, quanto aos *cargos* dos exercentes das funções essenciais à justiça, integrantes das procuraturas constitucionais, os seguintes aspectos: 1. *natureza jurídica;* 2. *organicidade;* 3. *autonomia funcional* e 4. *remuneração de radical constitucional*.

O primeiro aspecto diz respeito à *natureza jurídica dos cargos* aos quais serão confiadas as funções essenciais à justiça em cada uma das procuraturas, pois, é claro, esses órgãos contarão, também, com outras categorias de agentes, incumbidas do apoio administrativo.

A referência, portanto, se cinge aos cargos, necessariamente de carreira (artigo 129, § 2.º, para o Ministério Público; artigo 131, § 2.º, para a Advocacia Geral da União; artigo 132, para os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, e artigo 134, parágrafo único, para os membros das Defensorias Públicas) das procuraturas constitucionais.

Recentemente, MARIO BERNARDO SESTA demonstrou que, na nova sistemática constitucional, residem nas competências e nas funções constitucionalmente definidas, ainda que não exaustivamente, os autênticos e confiáveis critérios classificatórios das diversas categorias de agentes públicos.[30] Basicamente, se todas as competências e funções constitucionalmente definidas se dirigem a finalidades específicas, nada mais lógico que, a partir dessa consideração, sejam distinguidos os agentes que exercem essas *funções necessárias,* em contraste com os demais agentes, que exercem *funções auxiliares*. Só a partir dessa distinção se pode chegar a um elenco fechado de *agentes públicos de existência necessária* e, por exclusão, a um elenco aberto de *agentes públicos de existência contingente*.

Lembra MARIO SESTA, a propósito, a clássica distinção de HENRI NÉZARD, entre *fonctionnaires de autorité* dos *fonctionnaires de gestion.*[31]

---

30 Anais do XVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado; Tese sobre Classificação dos Agentes Públicos, aprovada por unanimidade.

31 *Théorie Juridique de la Fonction Publique,* Paris, 1901, p. 7.333.

Definido o radical constitucional dos agentes das procuraturas incumbidos do exercício das funções essenciais à justiça, não há dúvida de que podemos classificá-los como *funções necessárias* e ressaltar-lhes, assim, a sua *natureza política*.

Mesmo seguindo distinto método, outro autor que tratou da classificação dos agentes públicos na atual Constituição, SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em seus recentes e valiosos *Comentários*, enquadra os titulares de funções (cargos) nas instituições de provedoria de justiça, as *procuraturas públicas*, como são aqui designadas, entre os *agentes políticos*, por considerá-las "instituições governamentais *complementares*" aos Poderes Políticos. [32]

Examine-se, em conseqüência, a *autonomia funcional* dos exercentes das procuraturas constitucionais.

Assentado que se tratam de *agentes políticos*, com autonomia de suas funções, resulta evidente que eles não poderiam, efetivamente, integrar qualquer dos Poderes. Do contrário, ocorreria submissão no exercício de delicados poderes políticos, como os de fiscalização, de consultoria, de promoção de justiça ou de defesa de interesses indisponíveis, a *outros* agentes políticos, em seu exercício, seus atos examinados e questionados. Conformam, portanto, quadros próprios, desvinculados e desarticulados com os quadros de quaisquer dos três Poderes.

Outra e não menos relevante decorrência vem a ser a inexistência de subordinação hierárquica dos agentes políticos das procuraturas constitucionais a qualquer autoridade dos Poderes Políticos. Isso não significa inexistência de precedência honorífica mas, como bem esclarece o artigo 68, do Estatuto da Ordem dos Advogados, a hierarquia é estranha à instituição da advocacia. O que existem são relações legalmente definidas, que são incompatíveis com a *subordinação funcional*. Nem mesmo em relação ao Chefe dos órgãos coletivos das procuraturas existe hierarquia funcional: apenas *administrativa*.

Por outro lado, não integrando o Poder Executivo, nem estando a ele subordinadas funcionalmente, as procuraturas constitucionais também independem do sistema disciplinar e do sistema remuneratório desse Poder.

Finalmente, e como um consectário da autonomia funcional, a *remuneração dos agentes das procuraturas tem radical constitucional*, o que implica no estabelecimento de parâmetros remuneratórios a salvo de eventuais pressões políticas de parte dos Poderes Legislativo e Executivo. A norma

---

32 *Op. cit.*, pp. 112 e 113. Grifei *complementares*, porque essa palavra deixa nítido que os Poderes Políticos do Estado são incompletos sem que, hoje, se lhes agreguem as funções (políticas) de provedoria da justiça. *O que "completa" tem necessariamente, a mesma natureza do completado.*

que estabelece essa salvaguarda política no tocante à remuneração desses agentes é a *isonomia específica* ou *isonomia concreta,* instituída no artigo 135 da Constituição.

Seria grosseiro equívoco, tanto inferir-se desse artigo uma isonomia estipendial dos agentes políticos das procuraturas constitucionais com *outros* agentes que não os das magistraturas constitucionais, como entender-se que será necessária uma lei específica para *concretizar* tal tratamento isonômico.

A remissão ao artigo 39, § 1.º, não tem o sentido de estender todo sistema dos servidores públicos civis às carreiras das procuraturas, ainda porque essas devem ser regidas por sistemas próprios, definidos em leis complementares, mas, apenas, o de absorver a regra isonômica tal como naquele dispositivo se contém: "isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados"... "ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho".

Por outro lado, a exigência de uma lei específica que viesse a concretizar a isonomia constitucionalmente proclamada, tem repudiado os publicistas que se debruçaram sobre o assunto, como CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO na seguinte passagem:

> "afora a isonomia referida no § 1.º do artigo 39 e que terá de ser apurada ante a igualdade de atribuições e semelhança dos cargos — encarregou-se o próprio Texto Constitucional de definir casos em que já qualificou de antemão como existente a sobredita igualdade. São os que constam de seus artigos 135 a 241.
>
> Dispõe o artigo 135 que:
>
> > "Às carreiras disciplinadas neste Título aplicam-se o princípio do artigo 37, XII, e o artigo 39, § 1.º"
>
> Aí se estabeleceu, portanto, que as carreiras mencionadas no Título IV (Da Organização dos Poderes) são consideradas isônomas. Quais as carreiras cogitadas no Título? São as da magistratura, de Ministério Público, Advocacia Geral da União, Advocacia Pública e Defensoria Pública. Assim, mesmo que se considere — o que aliás é induvidoso —, existirem entre elas muitas diferenças, conquanto tenham o aspecto fundamental comum de serem carreiras jurídicas, na Constituição foram igualadas para fins retributivos. Vale dizer: entendeu-se bastante o fato de serem privativas e específicas de bacharel em Direito. Daí que, dentro das respectivas órbitas, isto é, da União, dos Estados e do Distrito Federal — pois Município não tem Judiciário nem Ministério Público — os servidores integrantes das distintas carreiras referidas estarão todos parificados em vencimentos, respeitados os

escalões correspondentes em que estejam alocados, tendo em vista a correspondência recíproca de seus patamares." [33]

E não é outra a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao caracterizar, na própria Constituição, a concreção da isonomia das magistraturas com as procuraturas em título específico de seu Curso, com a denominação "Carreiras Jurídicas e Isonomia Concreta", do qual permito-me destacar a seguinte passagem, após definir o autor quais as carreiras disciplinadas no Título IV da Constituição (magistraturas e procuraturas):

> "A Constituição as tem como preenchendo os requisitos do artigo 39, para o fim de determinar a aplicação da isonomia ali estabelecida a seus integrantes, equiparadas, assim, para tal, suas atribuições sem qualquer outra cogitação. Vale dizer: para essas carreiras, a Constituição (artigo 135) assegura, por si e diretamente, a isonomia. Não fora assim, não teria sentido o artigo 135. Bastaria o artigo 39 que já as compreenderia também, se não houvesse um dispositivo especial para elas. Consoante já discutimos antes: 'O tratamento igual — esclarece Petzod — não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os 'iguais' podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julgue, assim, como 'essenciais' ou 'relevantes', certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias, ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos, as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por conseqüência, as pessoas que apresentam os aspectos 'essenciais' previstos por essas normas, são consideradas como encontrando-se nas 'situações idênticas', ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador'. Ora, no caso, o legislador constituinte considerou 'relevante' a circunstância de os servidores pertencerem àquelas carreiras. Integrar-se a uma delas constitui o aspecto 'essencial', tomado em consideração pela norma constitucional, para reputar os servidores em 'situação idêntica'. A Constituição, aqui tal como na hipótese da igualdade entre homem e mulher vistos antes, tomou esses servidores, como termos concretos de comparação, só pelo fato de serem integrantes das carreiras indicadas. Isso é o que se pode chamar de isonomia concreta, ou seja, a própria Constituição equipara situações, em função de algum de seus aspectos, e determina que sejam tratadas igualmente." [34]

---

33 *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, RT, 2ª ed., pp. 117, 118, item 144.

34 *Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, S. Paulo, 6ª ed., pp. 501 a 502.

Quanto à aplicação do *teto de vencimentos* (artigo 37, XII) às carreiras que desempenham funções essenciais à justiça, deve-se ter em conta o instituído no inciso anterior (artigo 37, XI), isto é: os maiores *vencimentos* do agente político das procuraturas, não poderão ultrapassar "os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título", no caso, pelos Ministros de Estado, para a órbita federal, e pelos Secretários de Estado, seus "correspondentes" nas órbitas estaduais.

Isso significa que há uma diferença a ser considerada entre *vencimentos*, quando o Texto Constitucional se refere aos estipêndios dos cargos paradigmados, e *remuneração em espécie a qualquer título*, quando se refere aos cargos paradigmas. É claro que a segunda expressão é mais ampla que a primeira, o que leva à conclusão de que "as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho" (artigo 39, § 1.º, CF), não devem ser computadas ao se considerar os *vencimentos* dos paradigmados.

A esse respeito, tenho esclarecido, em meu *Curso de Direito Administrativo*, nas sucessivas edições surgidas a partir de 1988, que *remuneração* é a expressão de sentido genérico, tornando obsoleta a controvertida doutrina que via uma diferenciação substantiva entre o plural e o singular de *vencimento*. [35]

Finalmente, deve-se deixar bem claro que o teto *não será* — nem poderia sê-lo, sob pena de desvirtuar-se o sistema da nova ordem constitucional e criar-se uma ditadura remuneratória do Poder Executivo — o que este Poder *efetivamente esteja "pagando"* aos agentes políticos titulares dos cargos-paradigmas ou, ainda, o que *efetivamente estejam "recebendo" esses titulares*. O limite está *no que deva legalmente "perceber"* o titular do cargo paradigma, em rigorosa relação de equivalência com os co-paradigmas dos demais Poderes, reajustados sempre que um dos limites máximos for registrado. [36] Como perfeitamente esclarece ainda Sérgio de Andréa Ferreira, ao comentar os incisos, "o limite não leva em conta a remuneração efetivamente recebida por ocupante de cargo-paradigma, mas o valor máximo que algum titular do mesmo poderia, em tese, *perceber;* o termo *perceber* tem sido empregado quando, exatamente, quis o legislador se referir a valores *in these*, e não *in casu;*". [37]

---

35 *Op. cit.*, 9ª ed., p. 252.

36 O Supremo Tribunal Federal, firmou, na Mensagem nº 2/88, de 1º de dezembro de 1988, a reafirmar, no julgamento da ADIN 14, de 28 de setembro de 1989 (CÉLIO BORJA, JSTF, Lex, 136/5) que, à luz da Constituição, o princípio da isonomia entre servidores dos Três Poderes "pressupõe que os limites máximos, a que se refere o citado artigo 37, XI, guardem, entre si, *relação de equivalência*. Elevado o limite máximo de um Poder, cumpre ajustar os limites máximos dos outros Poderes, em ordem a que o princípio da isonomia entre servidores dos Três Poderes, opere, na conformidade do espírito e sistema da nova ordem constitucional" (n/ grifo).

37 *Op. cit.*, p. 170.

Inconstitucional, em conseqüência, o "congelamento" da remuneração dos Ministros de Estado ou dos Secretários de Estado, pelos Chefes de Poder Executivo, praticada com a finalidade esconsa de *limitar* os vencimentos dos cargos das procuraturas.

Essa manipulação da competência, que é atribuída para *aumentar-lhes* ou *corrigir-lhes* a remuneração, [38] constitui, na verdade, um caso do *desvio de poder*. Com efeito o poder de iniciativa privativa, que detêm os Chefes do Poder Executivo, para propor ao Legislativo o aumento ou *correção* da remuneração dos cargos políticos (artigo 61, § 1.º, II, *a*) não pode ser desviado com o propósito de *reduzir* indiretamente os vencimentos dos cargos titulares das funções essenciais à justiça.

Tal discriminação já seria, desde logo, inconstitucional, porque atenta contra a regra isonômica de *revisão* geral da remuneração dos servidores públicos em sua totalidade, estabelecida no artigo 37, X, da Carta Magna.

Mas esse desvio de poder é ainda mais grave, se é que se pode potenciar uma inconstitucionalidade, porque, ao engendrar um teto "congelado", deixando de reequilibrar a remuneração de seus próprios auxiliares diretos, em relação aos demais cargos-paradigmas do artigo 37, XI, da Constituição, o Chefe do Poder Executivo estaria também violando o princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos cargos paradigmados.

Essa redução se dá, insista-se, não nominalmente, mas em termos *reais;* foi porém nesses termos que o legislador constitucional determinou a preservação do poder aquisitivo dos vencimentos e salários e, sobretudo, a *independência funcional dos agentes políticos.*

Manipular o teto do artigo 37, XI, "congelando" a remuneração dos cargos-paradigmas do Poder Executivo, vem a ser, portanto, três vezes inconstitucional, transparecendo o exercício desvirtuado de poder-dever, com o objetivo de discriminar e de *reduzir* vencimentos e de subjugar, por indireta via, agentes políticos que devem ser independentes em suas funções e invioláveis à coação, numa indevida exploração dos efeitos perversos do estado inflacionário da economia.

Tenha-se em conta que esse resultado, de paulatina degradação dos vencimentos dos agentes titulares de funções essenciais à justiça, jamais poderia ser alcançado senão "explorando" os efeitos do processo inflacionário. Por outro lado, uma alegável preocupação com o erário não poderia se sobrepor à devida preocupação com a ordem jurídica, pois esta é o próprio fundamento da sociedade organizada, inclusive do próprio erário.

---

38 Já que a irredutibilidade não permitiria reduzi-los (artigo 39, § 2º, c/c artigo 7º, VI).

E, na verdade, nenhum golpe, nenhum acometimento é mais violento, sobre a independência e a intangibilidade funcional de agentes com tamanhas responsabilidades perante a sociedade e o Estado, que o amesquinhar-se-lhes a remuneração e desestimular a convocação a concurso dos melhores profissionais do direito para os quadros das procuraturas constitucionais.

6. *Conclusões*

Propôs-se, este trabalho, a despertar a inestimável colaboração da doutrina e da jurisprudência no aperfeiçoamento do novo sistema constitucional de organização dos Poderes do Estado (Título IV, da Constituição), notadamente considerando a proximidade de mais uma etapa de nossa evolução constitucional. Em particular, conotou-se o quarto grupo de funções do Poder Público, as *funções essenciais à justiça,* ao qual não corresponde nenhum quarto Poder orgânico, à promoção do valor *justiça,* entendido como síntese da realização da licitude, da legitimidade e da legalidade ou base de todos os valores convivenciais, como prefere MIGUEL REALE. [39]

Fez-se um paralelo entre as duas novas linhas de aperfeiçoamento constitucional, a participação política e as funções essenciais à justiça, buscando demonstrar-se sua convergência para essa finalidade comum de lograr-se a realização de um Estado de Justiça.

Através do estudo dos poderes, órgãos e funções, procurou-se definir a categoria das funções essenciais à justiça e os respectivos órgãos das procuraturas constitucionais, como responsáveis pelo exercício do poder público indispensável para zelar, acautelar e promover importantes interesses públicos, difusos, coletivos e até individuais, nas múltiplas relações intra-sociais, entre sociedade e Estado e intra-estatais.

A advocacia, *lato sensu,* foi apresentada em suas divisões classificatórias e como uma expressão genérica das funções essenciais à justiça, das quais a advocacia pública é espécie, com suas três subespécies: a advocacia da sociedade, a advocacia do Estado e a advocacia dos necessitados, destacando-se dela as modalidades dirigidas constitucionalmente à defesa da justiça, no sentido lato.

Examinadas, cada uma delas, com os respectivos conjuntos de interesses à sua cura, chegou-se à concepção orgânica das *procuraturas constitucionais,* expressão encontrada como de sentido específico e mais apro-

---

39 *Op. cit.,* p. 38, qualificando o valor justiça como "valor franciscano", o mais elementar, pois, "torna possível a realização dos valores mais altos".

priada que "procuradorias" para designar os *órgãos* que exercem o controle institucional de provedoria de assento constitucional.

Procurou-se alinhar os *princípios básicos* das funções essenciais à justiça e de suas respectivas procuraturas, apresentando-se oito: essencialidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso.

A seguir, passou-se a examinar algumas importantes conseqüências do sistema constitucional das funções essenciais à justiça, relativamente aos seus *agentes*, os titulares de cargos de carreira nas procuraturas públicas: o *status* de agentes políticos, a não integração dos quadros de quaisquer dos Poderes, e a inexistência, em conseqüência, de hierarquia ou subordinação de qualquer espécie, salvo administrativa, devida ao Chefe institucional de cada procuratura, jamais, porém, funcional.

Finalmente, destacou-se das conseqüências a situação estipendial dessas carreiras, demonstrando-se a vinculação isonômica que as interliga e às da magistratura (artigo 135, CF), o sentido que se deve dar aos institutos limitadores de vencimentos (artigo 37, XI e XII) e, de modo particular, a grave inconstitucionalidade da "manipulação do teto" diante de deliberada omissão do Chefe do Poder Executivo em reequilibrar a remuneração dos Ministros ou Secretários de Estado ao nível dos demais coparadigmas, dos outros Poderes, podendo provocar, com desvio de poder, a redução inconstitucional dos vencimentos devidos aos membros das procuraturas públicas, garantia de seu desempenho independente ante qualquer dos Poderes, junto aos quais devam atuar com altivez e dignidade.

Como se vê, são todos temas de relevância, a serem estudados e definidos, entre tantos outros que possam ser suscitados na nova sistemática constitucional da organização dos Poderes do Estado. Vale lembrar, a propósito, que toda essa evolução se insere numa transformação de ainda maior significação histórica, que MIGUEL REALE aponta como a passagem do Direito, de suas exauridas fases de predominância dogmática e dos interesses, para a atual fase do primado dos *valores*.[40]

Sobretudo — deixo-o como última observação neste artigo —, uma constituinte revisional, sensível e aberta a essas e a tantas vertiginosas mudanças juspolíticas deflagradas neste fim de século e de milênio, não deve deixar de considerar todas essas circunstâncias, para a construção duradoura de um Estado de Justiça, essa ambiciosa e bela aspiração do gênio humano, que se avizinha e que contém e supera a concepção do Estado Democrático de Direito.

---

40 *Op. cit.*, pp. 113 a 129.

A Tutela Jurisdicional na Constituição de 1988 (*)

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO
Catedrático de Direito Administrativo e Professor Emérito da Universidade Federal do Paraná

Uma Constituição deve ser apreciada pelo pensamento e não pelo sentimento. Toda e qualquer norma, embora objetiva, pode afirmar subjetividade. Mas não é por isso, sobretudo no tocante aos direitos, que o hermeneuta pode, ao sabor de teorias, dar sentido inapropriado aos aplicáveis preceitos jurídicos formais.

É preciso que o fato, na relação jurídica, corresponda à norma na sua expressão de verdade constitucional. Não cabe ao constitucionalista alargar pressupostos a favor de soluções sub-reptícias. Seu papel de maior relevo é de, na aplicação da norma, não se deixar levar por discussões de como ela poderia ser e não é.

Grande é a distância entre as Constituições e o Direito Constitucional. Pela doutrina podemos saber disso. Pelas teorias alimentamos contradições dialéticas. Provocamos conflitos de pensamento crítico envolvendo a norma na sua pureza conceitual e muitas vezes deturpamos aquele significado que se deve dar às regras mandamentais.

Qualquer análise não deve fugir do entendimento finalístico, não pode ser totalmente livre diante de textos formalmente escritos. Aprisionando preceitos, uma Constituição, enquanto viva, pede respeito na sua aplicação. Deve ser lida como ela é. Não aceita premissas que possam desvirtuá-la ou decisões que possam corrompê-la.

Regimes políticos ou sistemas de governo dependem da organização constitucional. A ordem jurídica integra Constituições. Os direitos estão nelas consagrados. As garantias, sociais ou individuais, nelas capituladas. Seus princípios indicam processos que na relação jurídica realizam meios legais de comportamento regulado.

Os códigos procedimentais, mesmo não readaptados, ficam submetidos ao mandamento constitucional. Impõem inteligência hermenêutica para harmonizar possíveis choques de preceitos, valendo no entanto aquele preceito que decorra da ordenança maior conforme a hierarquia das leis que ainda continuarem vigentes nas contendas.

Razão por que o controle jurisdicional operante vai por aí, sendo no momento, aqui no Brasil, em face da Constituição de 1988, uma linha

* Conferência pronunciada em 29 de novembro de 1991, no momento da inauguração do Auditório Ministro Jarbas Nobre, na sede da Justiça Federal, Secção Judiciária do Paraná.

de conduta entre as leis que permanecem e as normas que passaram a viger. A complexidade se apaga diante de proposições que aconselham a ordem nova nos sistemas jurídicos tradicionais.

Nas crises, o direito não perece, deve ser aplicado conforme a natureza dos fatos. Quanto à norma sofre outros meios de aplicabilidade, ajustando-se às circunstâncias sociais ou cumprindo-se em razão de finalidades cogentes. A tutela jurisdicional faz isto. O controle das leis exige que se acompanhe mudanças econômicas ou sociais.

Pensar diferente será o mesmo que não aceitar transformações naturais determinantes de fatos novos, dando à norma constitucional figurações destinatórias outras que não alteram o conteúdo mandamental. Não há, por assim dizer, tutela jurisdicional alheia à evolução das coisas. Sua presença condiz com realidades inafastáveis.

A partir do conhecimento da norma temos de adequá-la às situações que surgirem. Aqui reside o valor da tutela, a importância do controle. A vida dos direitos evolui, é contínua, é complexa nas suas manifestações jurídicas. A norma não existe só pelo que diz, mas existe sempre pelo que representa nas relações privadas e sociais.

Quem tem a tutela, quem faz o controle, o que quer dizer aquele poder de apreciar e julgar, tribunais e juízes na organização estatal, precisa entender a norma nas suas projeções fáticas, porque ela, a norma, não constitui um preceito morto estratificado sem virtudes que não possam atender às mais variadas relações jurídicas.

O problema não é de uma Constituição, porém de todas as Constituições. O julgador não dispensa ter uma relativa autonomia de vontade. Para aplicar a lei que vem da norma ele precisa saber dos efeitos que se criam e, diante dos efeitos, evitar a inconstitucionalidade das decisões. Na verdade, os pressupostos determinam conhecimentos dos fatos.

Não basta filosofar em torno de sistemas. Muito mais é necessário. As normas, depois que passam a existir no mundo do direito, pela tutela jurisdicional pedem ao aplicador conhecimento de valores jurídicos protegidos ou não, sempre valores capitulados que sensibilizam coisas, pessoas, relações jurídicas permitidas.

A experiência constitucional histórica chamaria isso de bem saber administrar a aplicação da norma quando chamada para aplicar-se. O princípio universal do controle jurisdicional responde na extensão pela harmonia dos poderes na consecução de funções divididas ou distribuídas na mecânica da atividade estatal.

A nossa Constituição de 1988, como as anteriores outorgadas ou promulgadas, impõe, na separação, a harmonia entre os poderes, impondo a tutela jurisdicional como o melhor meio de manter a exação no exame e na prática das postulações envolvendo possíveis direitos ou interesses buscando legitimação perante a norma posta.

O saber da ciência jurídica, na universalidade dos sistemas, não deságua em soluções contraditórias. Realiza, nos sistemas nacionais, o que está nos sistemas internacionais. Identificam-se os sistemas através de processos semelhantes ou assemelhados visando à lisura no tocante ao cumprimento dos preceitos constitucionais normados.

Sem dúvida, a doutrina alimenta especulações teóricas. Palmilha muitos caminhos para explicar o *óbvio*. Na realidade não observa os fenômenos de maneira global. Fica de um lado só. Não soma elementos componentes dos fatos. Pesquisa intencionalmente à margem das constantes lógicas. Complica o conhecimento da norma.

Pela tutela, ou controle jurisdicional, o ajustamento das situações efetiva, nas contradições, medidas consentâneas com as normas, jurisprudenciando colocações, dando formal unidade às decisões para que o direito incluso venha a ser respeitado executoriamente, não deixando de existir nas aplicações legais o *suum cuique tribuere*.

A temática, a rigor, não traz novidade aos estudiosos preparados para entender os sistemas de direito e as conseqüentes ordenações jurídicas. Em qualquer nível, a norma quando aparece, vem declaradamente textuada, gramaticalmente escrita, formalmente capitulada, explicitamente finalizada na eficácia esperada.

Claro que o *fim* é importante quando resulta de relações jurídicas permitidas ou relações jurídicas fundadas no legítimo interesse provado. Assim, o controle, ou a tutela, nasce já ao início das demandas, do primeiro petitório ajuizado, do ato de vontade manifestado judicialmente e amparado na legalidade.

Na verdade dos vários sistemas sempre domina o controle ou a tutela jurisdicional. Critérios ficam estabelecidos constitucionalmente a fim de que normas não fiquem descumpridas, a fim de que normas tenham efetiva aplicação executória conforme parâmetros processuais destinados a prever nos casos concretos o ajuizamento tempestivo.

As questões, sobretudo na prática, embora legitimadas no direito ou no interesse, reclamam equacionamento jurídico devido à natureza específica das postulações. A dúvida, uma vez presente, movimenta a tutela objetivando nas hipóteses flagradas que o controle se ative resguardando o império da ordem jurídica.

Não há quem não saiba que a ordem jurídica necessita dos rigores processuais para ficar isenta de lesões denunciáveis, devendo nos trâmites comuns encontrar o amparo de regras cautelares positivas, *regras* capazes na relação jurídica de manterem atuantes os meios decisórios legais no momento jurisdicionalizados.

Importa muito que a ordem jurídica fique inviolável nos confrontos judiciários, já porque essa ordem nas suas prescrições é produto da lega-

lidade e assim da constitucionalidade, incluindo-se nela atos de controle jurisdicional ou de tutela indispensáveis ao respeito devido à lei ou à norma antes preventa.

Em linhas gerais, as afirmações agora aqui deixadas decorrem da Carta Constitucional de 1988. Nos diplomas antes passados, com mudanças de sentido e de palavras, a problemática não oferece diferenças substanciais. Apenas as expressões terminológicas atraem a pesquisa histórica que se fizer dos velhos documentos políticos.

Com maior ou menor ação judiciária, sempre a tutela ou o controle jurisdicional permanecem nas Cartas para que não se arranhe a ordem jurídica, para que se mantenham normais as relações de direito, policiando atividades que não extravaguem determinantes legais, examinando procedimentos que não se oponham às prescrições processuais.

Quando se diz, no art. 102, que compete ao Supremo Tribunal Federal, "precipuamente", a guarda da Constituição, estamos a ver predominante a tutela do Estado-político e, por conseqüência, do Estado-administrativo. Exemplos temos alguns: cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade; o julgamento de disposições contrárias à *Magna Carta*.

Embora pouco estudado ainda, o preceito tem aqui alcance federal que se marca na composição política do Estado *nacional*. "Guardar a Constituição" é tutelar, controlar, vigiar, amparar, fazê-la respeitar, impedir que suas normas sejam violentadas ou que as leis dela ocorrentes não se cumpram conforme sua real eficácia jurídica.

Devemos porém ter em mente, no estudo das relações jurídicas, o fator psicológico que faz atuante o controle jurisdicional. As sutilezas são enormes para o julgador. Recomendam acuidade no entendimento da norma diante dos fatos. Nem sempre podemos, na discrição decisória, adiantar soluções que possibilitem inversões jurídicas.

Acredito que, nesta palestra informal e sem maiores pretensões, tenha podido colocar o problema do controle nos seus aspectos gerais objetivos e subjetivos, porque a tarefa de julgar direitos não é só uma tarefa que se consume na letra fria das leis. Há para considerar o sentido fático e o sentido humano das decisões judiciais.

Nem sempre, normas e leis, se mantêm socialmente atuais, impondo ao julgador, sem quebra do conteúdo legal, a missão de apreciar os fatos de acordo com as eventuais circunstâncias de tempo jurídico. Tais circunstâncias, quando levadas em conta, embora não contradigam a legislação, apontam caminhos que a norma mantém abertos na sua aplicação.

Concluindo, nada fica fácil nas funções judicantes, aumentando a responsabilidade dos que julgam. Usar do controle, da tutela jurisdicional, mantendo sistemas jurídicos, é conhecer o direito que a norma contém na sua expressão de vida. É vivificá-la, sem corrompê-la. É atualizá-la, sem tirar dela seu conteúdo programático constitucional.

Responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento da Justiça

Evolução da Responsabilidade do Estado

FLÁVIO DE QUEIROZ B. CAVALCANTI

SUMÁRIO

O direito soube superar infundadas resistências à admissão da responsabilidade estatal, passando os organismos modernos a admiti-la. As últimas barricadas da irresponsabilidade, Estados Unidos e Inglaterra, as removeram, respectivamente, pelo "Federal Tort Claims Act", de 1946 e pelo "Crown Proceeding Act" de 1947. Inteiramente superada, restou, assim, a doutrina da irresponsabilidade do Estado.

Ultrapassada a posição inicial, desembocou-se na responsabilidade do Estado em termos privativistas, isto é, da responsabilidade com culpa.[1]

1 Não se olvide que hoje o próprio Direito Privado tem mostrado tendência para admitir e ampliar as hipóteses de responsabilidade objetiva, CFR, entre nós, JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade civil*. 1º vol., pp. 16 e ss., Forense, 7ª ed. 1983, e WILSON MELO DA SILVA, *Responsabilidade sem culpa*, Saraiva, 2ª ed., 1984.

Em último estágio da evolução, passou-se a admitir a responsabilidade sem culpa "como a única compatível com a posição do Poder Público perante os cidadãos".[2]

A responsabilidade do Estado afastou-se de termos privatistas, inadequados para a sua solução, para moldes publicistas, podendo ser identificado como marco da evolução a decisão do Tribunal de Conflitos da França no caso "Blanco", remetendo a controvérsia para o tribunal administrativo, vale dizer, aceitando-a em termos de direito público.[3]

A título de curiosidade, nota-se, neste ponto, a diferença evolutiva entre o direito anglo-americano e o direito francês. A decisão do "caso Blanco" data de 1873, isto é, mais de meio século antes daqueles países sequer admitirem a ocorrência de responsabilidade do Estado. O destaque ao contraste serve para demonstrar que a evolução em degraus, como muitas vezes transparece do estudo da evolução, é forma idealizada.

A posição francesa de responsabilidade do Estado em termos publicistas fez fortuna, sendo a tendência dominante no mundo moderno. Aceita a responsabilidade estatal direta e objetiva, subdivide-se a doutrina em três posições: *a)* culpa administrativa, *b)* risco administrativo, e *c)* risco integral, que são variantes, ainda que com distinções importantes, do tronco maior.

Fixemo-nos na adotada entre nós, na posição dominante de HELY LOPES MEIRELLES[4] e MIGUEL REALE,[5] entre outros, ou seja, na tese da responsabilidade direta e objetiva do Estado, na modalidade do risco administrativo, acolhida no art. 37, § 6.º da Constituição Federal. Nesta tese "não se cogita da culpa do agente, ou da culpa do próprio serviço, não se indaga se houve um mau funcionamento do serviço público"[6] para que surja a responsabilidade estatal, bastando a prova do dano e o estabelecimento do nexo de causalidade entre aquele e uma ação ou omissão da administração. Anote-se, porém, que não tendo sido acolhida entre nós a modalidade extremada do risco integral, é possível ao ente público demonstrar o fato da vítima, exclusivo ou concorrente, para, respectivamente, excluir ou mitigar a responsabilidade do Poder Público.

---

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 599, 14ª ed. RT.

3 CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*, p. 337, Forense, 5ª ed., 1989.

4 ————. Ob. cit., p. 553.

5 ————. "Responsabilidade Civil do Estado", in *Revista de Direito Público* nº 87, jul./set. de 1988, Ed. RT.

6 PEREIRA DA SILVA, Caio Maria. *Responsabilidade Civil*, p. 141, 2ª ed., Forense, 1990.

Estas breves anotações sobre a evolução me parecem suficientes para demonstrar a tendência ampliativa da responsabilidade estatal, bem como a atual situação do direito brasileiro.

1. *Função jurisdicional*

O Estado moderno, a partir de Montesquieu estrutura-se na divisão de poderes, ou mais propriamente, na divisão de funções (o poder é uno) exercidas por diferentes órgãos. É o princípio consagrado, entre nós, no art. 2.º da Constituição Federal.

Ao Judiciário caberá a função de fazer justiça, ou, em termos menos idealísticos, trazer certeza às relações intersubjetivas estabelecidas. Em um Estado de direito, fazer justiça confunde-se com aplicar a lei, "daí a conceituação tradicional, segundo a qual o Judiciário" tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares "(PEDRO LESSA)". [7]

Reveste-se de certa dificuldade, ainda que quase intuitiva, a distinção entre a atividade jurisdicional e a executiva, cuja função, de igual forma, é a aplicação da lei, não faltando autores que pretendessem igualar a natureza das funções, louvando-se para tanto em LOCKE.

Distingue-se porém, com maior clareza, em face da atividade do Judiciário ser "como uma" atividade de substituição, "estando aí o ponto de distinção entre jurisdição e administração". [8]

Por outro lado o modo realiza-se diferentemente, sendo a atividade jurisdicional caracterizada pelo debate entre as partes, do que, inclusive, decorrem diversos princípios processuais, diferentemente da função executiva.

2. *Caracterização da atividade jurisdicional*

O órgão que por função precípua desempenha a atividade judicante é o Poder Judiciário. Entre nós vigora o sistema de jurisdição una, diferente, v.g. do sistema francês onde o Conselho de Estado desempenha a função de julgamento do "contencioso administrativo".

3. *Natureza da função judicial*

A doutrina, nossa e estrangeira, diverge ao considerar a função judicial como serviço público (ou não). A divergência decorre, principalmente, da dificuldade de conceituar serviço público. Em sentido lato o "serviço público é toda atividade exercida pelo Estado, direta ou indiretamente,

---

7 FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 212, 17ª ed. São Paulo, 1989.

8 FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, ob. cit., p. 213.

para a consecução de seus fins"[9]. Neste sentido amplo, o serviço público confundir-se-ia com as funções desempenhadas pelo Estado, podendo ser administrativo, legislativo e judiciário. Dentro desta concepção a atividade judicial é serviço público.

Outra corrente, porém, de larga aceitação considera "que el ejercicio de la función judicial no resulta, en principio, asimilable a prestación de un servicio público en el sentido restringido que se lo entiende en la actualidad"[10].

A questão, entre nós, escapa ao plano simplesmente teórico. A aceitação da atividade judicial como serviço público levará a uma simplificação da questão suscitada.

Posição divergente, porém, não implica afastar de inopino a responsabilidade do Estado em relação ao "serviço" da justiça.

4. *A prestação Jurisdicional como requisito do Estado de Direito*

Compreendido que no Estado de Direito "se submetam ao Judiciário quaisquer questões que sua natureza abranja e que a letra da Constituição lhe deva atribuir"[11], fácil fica entender que a prestação jurisdicional é requisito para um verdadeiro Estado de Direito.

A submissão às normas exige que possam ser estas eficazes e corretamente aplicadas. Não é necessário esforço intelectual para aprender que a lei que não passe de letra morta não pode ser compreendida como ordenamento jurídico mantenedor do organismo social, quer nas relações entre particulares, quer onde ocorra intervenção estatal. Para utilizar exemplo recente, a intervenção na propriedade alheia pelo Estado (Plano Collor) não teria limites sem um aparelhamento jurídico eficaz que lhe pudesse reprimir.

GIMENO SENDRA afirma em palavras precisas: "la eficacia de la justicia se encuentra en la actualidad intimamente ligada a la de un modelo de proceso que, sin olvidar sus principios consubstanciales (contradicción, igualdad de armas, dispositivo en las democracias occidentales), posibilite una rápida solución del conflito, mediante el descubrimiento de la relación jurídico-material debatida y la aplicación a ella del derecho objetivo, y todo ello con los mínimos costes para las partes. Celeridad, economía y justicia material conforman los nuevos postulados del modelo procesal del

---

9 CRETELLA JÚNIOR, ob. cit., p. 207.

10 TAWIL, Guido Santiago. *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamento de la Administración de la Justicia*, p. 49, Depalma, Buenos Aires, 1989.

11 SALDANHA, Nelson. "Estado de Direito e Ordem Política" — *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 33, p. 486, Saraiva, 1979.

Estado social de derecho, que se han venido a superponer a los ya clásicos del liberalismo".[12] Sem isto a garantia constitucional não passaria de mera utopia ou palco dos mais persistentes.

5. *Mau funcionamento da justiça: generalidades e delimitação*

O Estado reservou para si não só a composição do conflito, como a condução do processo e seu impulsionamento. Por si e seus auxiliares cabe ao juiz preservar a dignidade da justiça e velar pela boa e útil prestação jurisdicional.

Se é verdade que não pode o julgador fugir a tais obrigações, não é menos verdade que incumbe ao Estado prover os meios materiais e humanos para a execução das obrigações que são determinadas, pela norma, a seu órgão executor.

Quando por culpa ou dolo do julgador ou de seus auxiliares, ou por deficiência da máquina judiciária, incluída a *faute anonyme,* isto é, do aparelhamento do Estado colocado à disposição para execução da atividade judicante, ocorre falha do "serviço" judiciário, encontra-se a hipótese de mau funcionamento da justiça. Quando da falha ou falta do serviço decorre dano a terceiro, exsurge a obrigação do Estado de reparar o mal causado.

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul cristalizou:

> "...Em dois casos é admissível a responsabilidade do Estado, por atos judiciais: *a*) quando ocorre culpa grave ou dolo do juiz, que pode ser responsabilizado, e *b*) quando ocorre culpa objetiva do serviço judiciário, não imputáveis aos magistrados, mas à inércia, negligência, desordem na manutenção dos serviços públicos da justiça." Ac. unâm. da 2.ª Câm. do TA-RS, de 16-7-74, na apel. 8.716, Rel. Juiz Alfredo Zimmer, Julgs. do TA-RS, vol. 17, p. 168).

O acórdão é digno de elogio, ao menos na sua fundamentação, não só por contemplar as duas distintas hipóteses, como por delas extrair suas conseqüências distintas: na hipótese de culpa ou dolo do magistrado (e também de seus auxiliares) cabe o direito de regresso; na hipótese de falha do serviço (não imputável aos indivíduos) descabe a ação de regresso. Consigna, igualmente, a responsabilidade objetiva sobre a qual nos deteremos a seguir.

Observe-se, igualmente, que o conceito do mau funcionamento não restringe-se à atuação do julgador, ampliando-se para abarcar os serventuários da justiça e auxiliares outros.

---

12 SENDRA, Gimeno — "Causas Históricas de la ineficácia de la Justicia, *Revista de Derecho Procesal,* ano 1987, nº 2, Madri, p. 265, Transcrito por Tawil, op. cit., p. 73.

6. *Morosidade e mau funcionamento da justiça*

A celeridade processual é princípio consagrado entre nós. É bem verdade que a mesma não deve ser confundida com atropelo. Os passos da justiça devem ser bem medidos a fim de evitar tropeços. Não equivale, porém, à inércia.

Nossos códigos processuais estipulam, ao lado dos prazos para as partes, dos quais decorrem conseqüências, prazo para os juízes e seus auxiliares, cujo descumprimento, via de regra, não se traduz em nenhum efeito. Nenhum cultor do direito acreditará que tais determinações estejam no ordenamento como letra morta e inerme. Por um lado servem como imposição ao agente público (normalmente desconsiderada) e, por outro, devem ser norteadoras do ente provedor das condições para a realização do serviço.

A norma existe e deve ser cumprida. Se não foi, das duas, uma: *a)* ou houve falta do preposto público na realização do seu mister; *b)* ou não houve o adequado aparelhamento da máquina estatal destinada à realização da justiça. A excessiva procrastinação de medidas necessárias e devidas caracteriza mau funcionamento da justiça.

Freqüentes são os casos em que a lenta administração da justiça torna inútil a prestação jurisdicional, muitas vezes redundando em graves prejuízos à parte.

Não socorre a defesa do Judiciário alegar simplisticamente existir culpa do outro litigante que, freqüentemente, cria desnecessários incidentes. Ao julgador, no sistema de nosso Código, foi conferido um amplo poder diretor do processo, sendo-lhe permitido afastar os incidentes procrastinatórios, ordenar diligências, etc. Quando não pode o julgador exercer seu poder de impulso, notadamente por excesso de processos, é inegável que o Estado não propiciou as necessárias condições para a realização do dever que a norma lhe atribuiu, sendo, portanto, responsável.[13] Existindo as condições necessárias e o julgador não realizando com correição seu mister, ainda assim persiste a responsabilidade estatal, sendo a diversidade da solução encontrada unicamente no exercício (ou não) do direito de regresso, e não em relação ao prejudicado.[14]

Por outro lado, será irrelevante que a parte, geralmente, ao utilizar-se do aparelho judiciário, além de arcar com as custas processuais, recolhe

---

13 SOUZA, José Guilherme de. "A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Atividade Judiciária" — RT-652, pp. 29 e ss., fev. de 1990.

14 LAZZARINI, Alvaro. "Responsabilidade do Estado por Atos Omissivos de seus Agentes", in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, vol. 117, pp. 8 e ss., Lex Editora.

nas justiças estaduais taxas de utilização do serviço público? Por certo que não.

A excessiva morosidade da justiça deve ser entendida como mau funcionamento, ao lado de outras hipóteses em que a máquina judiciária demonstra deficiência ou omissão, das quais, exemplificativamente, são prodigamente encontradas: constrangimentos na execução das diligências pelos meirinhos, deterioramento ou destruição dos bens recolhidos a depósitos, certidões que não espelham a realidade, fraude em leilões.

É de se notar que construção jurisprudencial neste sentido, prenunciada por JOSÉ AUGUSTO DELGADO,[15] já iniciou-se, v.g.: RDA 53-183, citada por CRETELLA JÚNIOR.

7. *O mau funcionamento da justiça e o direito positivo*

No título dos direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, LXXV) a Constituição Federal expressa a indenização por erro judicial, bem como ao preso além do tempo fixado na sentença. Celso Ribeiro Bastos entende limitar-se a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, unicamente a estes previstos na Constituição, ressalvando, contudo, as hipóteses do Código de Processo Civil em relação à responsabilidade do julgador.[16]

Não me parece a interpretação correta, quer em razão do inciso não possibilitar uma compreensão de elenco exaustivo, quer em razão do parágrafo segundo do mesmo artigo constitucional consagrar que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...". Adotou-se, portanto, o princípio do *numerus apertus*.

D'outro turno, como já observamos, o conceito de mau funcionamento da justiça é mais amplo do que o de erro judicial, este podendo ser compreendido como englobado naquele.

O Código de Processo Civil, no seu art. 133, nos traz hipótese de mau funcionamento da justiça, por ato do julgador. Nesta, ao meu ver, a responsabilidade do Estado afigura-se de forma bastante clara na medida em que o julgador é órgão estatal que, causando dano à esfera jurídica do administrado, fará despontar a obrigação daquele.[17]

---

15 DELGADO, José Augusto. "Responsabilidade do Estado pela Demora da Prestação Jurisdicional", in *Revista da Associação dos Magistrados Mineiros* — Amagis, vol. II, ano I, 1983, pp. 169 e ss.

16 ————. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., p. 385, Saraiva, 1989.

17 ALESSI, Renato. *L'illecito e la Responsabilità Civile Degli Enti Pubblici*, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1972.

Necessário examinar com maior rigor se o Estado teria responsabilidade em relação a atos dos auxiliares da justiça e das falhas da máquina burocrática do Judiciário, a chamada falta anônima pela doutrina alienígena, na ausência, entre nós, de norma específica, diferentemente de *países como a Itália e a Espanha*.

Nossa Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva das pessoas *de direito público pelos atos praticados por seus agentes*. Agente como termo técnico, deve ser compreendido com "todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal". [18] Nesta categoria incluem-se os membros do Poder Judiciário como agentes políticos. São também agentes, os serventuários e auxiliares da justiça em geral, v.g. peritos, vez que desempenham funções estatais.

A responsabilidade do Estado, de forma objetiva, já era aceita doutrinariamente e assim permanece. Não há justificativa para afastá-la em relação a atos típicos emanados do Poder Judiciário. Não vislumbro qual regra técnica deixaria ao desamparo a vítima do mau funcionamento da justiça, o que, no mínimo representaria grave disparidade com a sistemática de socialização dos riscos, acolhida através da responsabilidade objetiva na sua modalidade do risco administrativo.

Sequer socorre a tese da irresponsabilidade do Estado o argumento de certeza necessária às decisões da justiça. Não só em razão da simplicidade redutora do problema a termos inaceitáveis, (afastando inclusive em relação a sentenças penais) como também, em razão do conceito de má administração ser mais amplo do que o de erro judicial. O mau funcionamento da justiça manifesta-se, em conseqüência, em hipóteses em que não aparece o erro judicial *stricto sensu* e, portanto, onde não seja necessário questionar a imutabilidade das decisões.

Longe se vai o tempo em que a responsabilidade do Estado por atos judiciais era simplista e injustificadamente afastada, como fazia o *Crown Proceedings Act*. [19]

Parece-me, à vista do brevemente exposto, que a responsabilidade do Estado por má administração da justiça deve ser acolhida, entre nós, independentemente de regra específica exsurgindo da sistemática da responsabilidade do Estado pelos atos ou pela deficiência ou falta dos serviços. Via de conseqüência ingressará na regra geral, sendo responsabilidade objetiva da modalidade do risco administrativo.

---

18 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., pp. 58 e ss.

19 GIGENA, Julio I. Altamira. *Responsabilidad del Estado*, p. 138, Astrea, Buenos Aires, 1973.

Políticas Públicas e Privatização: o Caso do Sistema Prisional

JOSÉ EDUARDO FARIA

Professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do Centro de Estudos Direito e Sociedade (CEDISO) da USP. Autor de *Justiça e Conflito*, publicado pela Editora Revista dos Tribunais, e *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*

Não é de hoje que se afirma ser a modernização institucional condição necessária para que o Estado brasileiro possa voltar a cumprir, de modo eficaz, suas funções básicas nos campos da educação, justiça e segurança. O grande obstáculo para o sucesso dos projetos modernizantes tem sido a hábil reação corporativa dos diferentes segmentos a serem desentranhados do setor público, tentando sutilmente induzir a sociedade a encarar o debate sobre a privatização *versus* estatização como uma espécie de luta mortal entre as forças do bem e as forças do mal.

Essa luta, no entanto, não é assim tão maniqueísta, a encerrar inúmeras disputas que os cidadãos comuns ainda não conseguiram perceber inteiramente. Uma dessas disputas é protagonizada por certos grupos empresariais que, confundindo deliberadamente privatização de serviços estatais com o desmonte do Estado, desejam apropriar-se "patrimonialmente" de parte das funções públicas. É esse, por exemplo, o caso das propostas de privatização que têm sido apresentadas por algumas empresas particulares de vigilância e segurança, justificadas com base no pretenso sucesso de experiências já realizadas no exterior, em termos de redução dos custos do aparelho estatal para os contribuintes, de elevação da eficiência organizacional do setor público, da ampliação do número de vagas nos estabelecimentos penais, da adoção de técnicas "empresariais" na administração do sistema prisional, da diminuição dos encargos financeiros com serviços essenciais etc.

Partindo de dois fatos conhecidos, a dramática insuficiência de vagas nas prisões e a situação agônica do sistema prisional brasileiro [1], os autores

1 Cf. Sandra Amaral de Oliveira Faria, *Sistema carcerário nacional: perspectivas para a década dos 90*, São Paulo, Fundap, documento de trabalho, nº 4, 1991.

dessas propostas oferecem-se para construir e gerir — com recursos próprios — novos estabelecimentos penais desde que, em contrapartida, o Estado os remunere com uma quantia fixa por cada preso por eles acolhido e tutelado. O principal argumento usualmente invocado, reproduzindo quase literalmente as mesmas palavras utilizadas por grupos empresariais privados congêneres nos Estados Unidos, é o da *economicidade:* sairia muito mais barato, para o Estado, e, por conseguinte, para toda a sociedade, que a iniciativa privada tomasse conta desse setor. Esse tipo de argumento, baseado no binômio custo/eficácia, como se pode ver abaixo, costuma ser relacionado a outros bem mais imprecisos e indeterminados, porém dotados de uma elevada carga emotivo-fabuladora — e, por conseqüência, com um imenso potencial de uso retórico:

> "1. O Governo brasileiro, que gasta tanto, não obtém dividendos educativos no seu sistema carcerário estatal;
>
> 2. os Estados e Municípios: qualquer homem público que decidir entrar seriamente numa política de privatização, receberá a vênia (sic) e os votos de todo o povo, aflito como vive com tantos criminosos, mais criminosos ainda após saírem da prisão onde aprofundaram seus sentimentos baixos (sic) e acabaram comendo o pão pertencente a brasileiros trabalhadores;
>
> 3. os empresários do país: em lugar de estragarem o dinheiro que pagam em impostos para manter masmorras de corrupção, poderão participar com bônus naquela iniciativa particular que melhor levar o preso a redescobrir os valores de sua vida e da do próximo;
>
> 4. os empresários, sobretudo de segurança: estas firmas, por tratarem com pessoas em linha de risco, já adquiriram uma sensibilidade que lhes permitirá melhor proximidade com o serviço de regeneração;
>
> 5. pelo seu *background* humano, sua cultura de muitos valores, a PIRES, até pelo acordo técnico com a WACK, merece, sobretudo ela, este desafio grande. Pode e deve aliar-se a homens do governo que nutram concepções elevadas sobre o homem; com eles, tentar que as FEBENS e as prisões, onde elas forem antros terríveis de corrupção e tristeza (sic), possam seguir o exemplo americano de privatização." [2]

Enfatizando a vantagem comparativa da redução dos custos, em relação aos gastos do setor público com seus degradados estabelecimentos penais,

2 Cf. material de divulgação da Pires Segurança, uma das maiores empresas particulares de vigilância, no qual se afirma ser "a idéia de privatização das prisões um movimento de opinião nacional". O documento conclui com esta afirmação: "a Pires associa-se ao Estado ou a outros particulares — empresas, associações culturais ou religiosas — para administrar uma ou mais prisões, sob a condição apenas de poder alvitrar sobre o *lay-out* de construção e o tipo de presos sobre os quais a sua pedagogia possa ser eficaz".

e aproveitando-se da crença profundamente enraizada no imaginário popular de que as penitenciárias brasileiras seriam equivalentes a um hotel com cinco estrelas, por oferecerem cama, comida e roupa lavada, os defensores dessas propostas também acenam com a possibilidade de converter a maioria das prisões tanto em fábricas-modelo quanto em escolas de "civismo" e de "consciência religiosa". Apenas os estabelecimentos penais de segurança máxima, cuja população é formada por elementos de alta periculosidade e cujo custo operacional costuma ser bastante elevado, ficariam sob responsabilidade do setor público. Ao setor privado, como se pode ver no próximo exemplo, caberia a missão altruísta e benemérita de promover a "transformação" de "massas sem aptidão" em profissionais verdadeiramente qualificados:

> "— A PIRES reconhece que é preciso fazer algo para mudar a situação dos presos. Impõe-se tal dever ao sentimento de civismo e até à consciência religiosa.
>
> Toda a tecnologia da PIRES está na sua concepção do homem. No homem investe ela, largamente, desde o recrutamento, a seleção, o aprendizado e a formação sistemática até criar um verdadeiro tipo de cultura.
>
> — Estas mesmas habilidades humanas usadas na transformação de massas, antes sem aptidão e tornados profissionais em seguida, a PIRES tem a certeza de as converter em método sério pedagógico para a psicoterapia verdadeira dos detentos (sic).
>
> — Para lá de segurança, nesse exercício do seu *know how* humano, esta empresa tornou-se uma escola de formação e mudança nas pessoas. Desta feita, qualquer funcionário do seu quadro administrativo tem a consciência de que precisa ser um professor ou educador.
>
> — Mais fácil será, por conseguinte, deslocar profissionais de personalidade moral para colocá-los nos quadros administrativos das prisões." [3]

Por mais que pretendam estar inseridas nos ventos neoliberalizantes dos dias atuais, propostas como essas não representam, necessariamente, o "enxugamento" do Estado; pelo contrário, abrem caminho para sua feudalização. Tratando homens como simples mercadorias e convertendo a mão-de-obra presa em operários "compulsórios", tais propostas desprezam os pressupostos fundamentais subjacentes à criação do próprio Estado liberal, que foram forjados pelas revoluções inglesa, norte-americana e francesa. A primeira delas, deflagrada em 1688 contra o absolutismo, gerou a moderna representação legislativa. A segunda, ocorrida em 1776, consagrou os direitos do homem como princípio básico da legitimação da ordem política. E a terceira, em 1789, abriu caminho para a racionalização do poder,

3 *Cf. Jornal da Pires,* São Paulo.

mediante movimentos de codificação que consolidaram o caráter uniformizador, abstrato e impessoal da ordem legal, institucionalizando a igualdade formal de todos perante a lei e pondo fim às múltiplas hierarquias e aos diferentes privilégios do *ancien régime*.[4] Tocqueville, no plano da filosofia política, e Weber, no campo da sociologia jurídica, mostraram em textos clássicos como as instituições de direito do Estado liberal adquiriram autonomia formal ao preço da racionalidade material comum à ordem aristocrática. O preço dessa autonomia foi, em outras palavras, a valorização da forma em detrimento do conteúdo substantivo da ordem legal.

A segurança e a justiça se inserem, desde o advento do Estado liberal, entre as funções precípuas do setor público.[5] Embora no Brasil o sistema prisional tenha sido quase inteiramente sucateado por causa da venalidade e da inconseqüência de nossos dirigentes, o estrondoso fracasso do Estado no cumprimento de seus papéis básicos não justifica a apropriação dos serviços prisionais por empresas particulares de vigilância e segurança. Ao contrário do que poderia ocorrer com a eventual privatização das aposentadorias, que envolvem valores monetários, a privatização das prisões envolve homens — isto é, seres vivos e entes morais — e seus respectivos direitos. Todo sentenciamento sempre acarreta a perda da maioria desses direitos, é certo, mas o Estado que julga, condena, pune e encarcera, em nome da ordem e da segurança pública, assume inúmeras obrigações legais e éticas em relação aos presos.[6] O que se costuma discutir, nas sociedades efetivamente democráticas, são os limites e os graus toleráveis de privação de direitos daqueles que foram julgados, condenados e encarcerados pelo Judiciário.

Há um outro aspecto importante nessa discussão. Se o monopólio do exercício legítimo da violência física é o grande traço distintivo do Estado moderno,[7] para relembrar novamente Max Weber, a abdicação — ainda que parcial — desse monopólio, sob a forma de estabelecimentos penais privados e da gestão "empresarial" de homens desprovidos da maioria de seus direitos, geraria uma situação de incerteza e insegurança expressa por uma perigosa dualidade entre o poder público e os poderes privados. Na medida em que as empresas de segurança e vigilância exercem efetiva-

4 Ver, nesse sentido, Haroldo Berman, *Law and Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.

5 Cf. Max Weber, *Max Weber on law in Economy and Society*, Max Rheinstein org., Cambridge, Harvard University Press, 1954.

6 Para uma arguta análise dessa perda de direitos dos sentenciados e das obrigações a eles devidas pelo Estado, ver Antonio Luiz Paixão, "Crime, controle social e consolidação da democracia, as metáforas da cidadania", in *A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas*, Fábio Wanderley Reis e Guillermo O'Donnell orgs., São Paulo, Vértice, 1988; e "Segurança privada: novos dilemas políticos", in *Novos Estudos*, São Paulo, Cebrap, 1991, nº 31.

7 "É, com efeito, próprio de nossa época o não reconhecer, em relação a qualquer outro grupo ou aos indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere: o Estado se transforma, portanto, na única fonte do "direito" à violência". Cf. Max Weber, *A política como vocação*, São Paulo, Cultrix, 1970, p. 56.

mente suas atividades por meio da força física, como impedi-las de estabelecer formas alternativas e autônomas de sanções e de penas, com relação àquelas previstas pelos códigos e pelas leis positivadas no plano do Estado? Esta não é uma indagação retórica, feita exclusivamente para efeito de argumentação. O que a justifica, em termos substantivos, é o fato de que essa dualidade de poderes está chegando a níveis alarmantes, uma vez que as empresas particulares de segurança brasileiras atualmente dispõem de 550 mil homens armados e treinados — uma quantidade equivalente ao dobro do contingente das Forças Armadas. Somente no Estado de São Paulo, o número de homens treinados e armados pelas empresas de segurança — 210 mil — é igual ao efetivo regular de todo o Exército brasileiro. [8]

Com esse risco de ruptura do monopólio do uso legítimo da violência física por parte do Estado, mediante a privatização das prisões, o advento dessa situação do dualismo de poderes pode significar, por um lado, a rejeição da própria idéia de cidadania; e, por outro, a negação do próprio caráter *público* do Estado brasileiro. Entre outras razões porque esse dualismo abre caminho para a substituição da ordem legal, "formalmente" válida *erga omnes*, por ordens paralelas constituídas *ad hoc* e geridas "substantivamente" por milícias privadas que vêem a administração da justiça apenas e tão-somente como um simples negócio. No âmbito de uma penitenciária particular, por exemplo, em que o preso é convertido em mão-de-obra compulsória, de que modo enquadrar seus deveres, como condenado *judicial, com seus direitos trabalhistas, enquanto operário*? De que maneira enquadrar tanto esses deveres quanto esses direitos, positivados pelo Estado, com base nas normas constitucionais que disciplinam o processo legislativo, com as normas internas de segurança estabelecidas pelos dirigentes dessa prisão, com suas estratégias "disciplinares", com seus programas de organização e métodos, com suas estratégias para ganhos de produtividade? Qual o interesse dos estabelecimentos prisionais privados, cujas "fábricas" com toda certeza enfrentarão os problemas da flutuação de sua mão-de-obra e seu reduzido nível de qualificação, em ressocializar efetivamente os sentenciados que se revelarem excelentes trabalhadores nas linhas-de-montagem? Como, enfim, evitar a natural e inevitável tendência desses estabelecimentos de desenvolver vida própria a partir de seus critérios pragmáticos e de suas prioridades, em termos de lucro e conquista de mercado?

Invocada como argumento de autoridade pelos defensores da privatização das prisões, a experiência internacional revelou-se minimamente eficaz, no início, e um fracasso, em seguida, em termos de redução das taxas de reincidência criminal, de incorporação dos egressos do sistemas prisional no mercado formal de trabalho e de redução dos custos financeiros do Estado na administração de estabelecimentos penais. Países como

8 Ver, nesse sentido, Suzeley Kalil Mathias, "A segurança privada em São Paulo", in *São Paulo em Perspectiva*, Fundação SEADE, v. 4, nº 1, 1990.

os Estados Unidos, que a adotaram, estão hoje tentando revertê-la.[9] Penalistas, criminólogos e sociólogos do direito norte-americano, após terem avaliado objetivamente essa experiência, revelaram que as prisões públicas apresentaram melhores resultados do que as prisões privadas na implementação de políticas de reeducação e ressocialização de sentenciados presos. Mostraram, igualmente, que nas prisões públicas com programas responsáveis de laborterapia surgiram movimentos de sindicalização de presidiários que, em pouco tempo, protegeram seus direitos trabalhistas, abreviaram o tempo de suas penas e os recolocaram em circulação na sociedade com empregos fixos.

Já a grande maioria dos estabelecimentos penais privados atuou, basicamente, como uma espécie de depósito de detentos, deixando de cumprir com um mínimo de eficácia as funções educativas anteriormente acertadas quer com os dirigentes do Executivo quer com as autoridades do Judiciário. Muitos desses estabelecimentos também não obtiveram a lucratividade esperada, o que os levou a reivindicar subsídios, incentivos fiscais, "complementações" de receitas e créditos favorecidos junto ao setor público, desmoralizando-se assim o argumeno de *economicidade*. Outros estabelecimentos denunciaram contratos para administrar prisões de segurança máxima, que implicam alto custo operacional e exigem um expressivo contingente de pessoal de apoio, optando por concentrar seus investimentos apenas nas prisões com grau mínimo de segurança, cujos sentenciados, por estarem em final de cumprimento de suas respectivas penas, constituem uma mão-de-obra dócil, colaboradora e de baixíssimo custo.

Descartadas a justificativa da economicidade, por questões éticas, a justificativa da eficiência do sistema prisional, por dados objetivos levantados por fontes isentas, e a justificativa doutrinária, uma vez que o neoliberalismo doutrinário não propõe nem a ruptura do monopólio do exercício legítimo da violência nem a feudalização do Estado, as propostas privatizantes das prisões, formuladas pelas empresas privadas de segurança, não se sustentam. Em termos concretos, caso os projetos de lei já apresentados e aprovados nesse sentido venham a ser efetivamente concretizados, a separação entre a aplicação das leis, por um judiciário soberano, independente e profissional, e a "administração" das sentenças penais por empresas privadas de segurança poderá constituir-se num dramático entrave para a legitimação de um Estado que, além de moderno, também pretende ser democrático — um Estado de Direito digno desse nome.

---

9 Ver, nesse sentido, Charles H. Logan, "Proprietary prisions", in *The American prision: issues in research and policy*, Lynne Goodstein e Doris Layton Makenzie orgs., Plenum Press, 1989; John Donahue, "O debate sobre as prisões privatizadas", in *Privatização: fins públicos, meios privados*, Rio de Janeiro, Zahar, 1992 (1ª edição: 1989); Michael Keating Jr., *Seeking profit in punishment: the private management of correctional institutions*, Washington, American Federation Employees, 1985; e Connie Mayer, "Legal issues surrouding private operation of prisions", in *Criminal Law Bulletin*, 1986. Ver, também, Bernardo del Rosal Blasco, "As prisões privadas: um novo modelo em uma nova concepção sobre a execução penal", in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 665, 1991.

Assistência às Presas (*)

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO
Professora da Academia de Polícia Civil do Distrito Federal

A igualdade consiste em tratar igualmente os que se igualam e desigualmente os que se desigualam, na medida em que se desigualam.

A noção de igualdade transcrita, não é novidade, pois se encontram em Aristóteles — na obra *Ética a Nicômaco*, Livro V, A Justiça — certas considerações sobre a igualdade e a justiça, de cuja multissecular elaboração resultou a fórmula supra, aceita pela Filosofia do Direito. Desde há alguns anos, passou a ser divulgada por citações feitas por pessoas da área jurídica e de fora dela também.

Todavia, com freqüência — eu até diria geralmente — a última parte tem sido omitida. Pensando um pouco, porém, logo se percebe que não bastaria "tratar igualmente os que se igualam e desigualmente os que se desigualam"...

Todos os presos, entes humanos que são, têm, igualmente, a dignidade humana reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (além de outros instrumentos normativos internacionais e regionais), bem como pela Constituição Brasileira.

As Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, da ONU, estabelecem terem de ser elas aplicadas imparcialmente, devendo o tratamento estar livre de qualquer preconceito, principalmente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião (política ou qualquer outra), origem, nacional ou social, condição econômica, de nascimento ou qualquer outra (R. 6.1).

---

* Exposição feita no dia 10/6/92, abrindo o painel "Assistência à presa", incluído no "Simpósio: Mulher presidiária", realizado pela Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica/DF, no Auditório da Ordem dos Advogados do Brasil/DF. O texto reflete conceitos e pontos de vista doutrinários, bem como princípios e normas gerais internacionais, embora possa não combinar com a legislação (de 1984) em vigor no País. Não é a doutrina nem são os princípios e as normas gerais internacionais que devem ser modificados, mas a legislação, para a eles conformar-se. Os tristes efeitos dessa legislação constituem inspiração e apoio para as manifestações havidas em favor da sua reforma. Valha esta Exposição como subsídio de *lege ferenda!*

Não obstante, estabelecem também a separação por categorias, em estabelecimentos ou seções diferentes (fisicamente autônomos), conforme o sexo, a idade, os motivos da prisão... (R. 8).

Assim, pois: as Regras Mínimas são iguais para todos os presos, devendo ser aplicadas imparcialmente, sem preconceitos, mas reconhecem diferenças que não são preconceitos, porém constituem categorias diferentes de presos, que devem ficar separados. Por que e para que devem ficar separados? Para melhor aplicação das mesmas Regras Mínimas, conforme a noção de igualdade inicialmente enunciada.

Por isso, divididas em duas partes, a 1.ª parte é composta de disposições que convêm a todos os presos, naquilo que todos são iguais, quer sejam provisórios, quer sentenciados; a 2.ª parte é constituída por disposições especiais, conforme cada categoria, isto é, tendo em vista aquilo que constitui a grande diferença, que sempre há de ser levada em conta, a par das demais que se verifiquem (uma ou mais). É a diferença decorrente do motivo da prisão (tomada a palavra prisão no seu sentido genérico de privação da liberdade), configurando as seguintes categorias: presos condenados, presos doentes ou anormais mentalmente, presos provisórios, presos civilmente, presos nem mesmo indiciados.

Quer na 1.ª parte, quer na 2.ª, há normas que se referem especificamente à mulher (presa) sempre que a diferença decorrente do sexo, reclame adaptação da regra geral. Como se trata de Regras Mínimas, destinadas a serem observadas em todos os países, de qualquer condição geo-sócio-político-econômica, de qualquer grau de desenvolvimento, qualquer país, adotando-as, pode (e deve) especificá-las, conforme as suas próprias peculiaridades, por meio de leis, leis essas, por sua vez, em tais termos que permitam sejam elas esmiuçadas em regulamentos. Nessas leis é que se há de cuidar, em termos amplos, das diferenças, entre elas, quanto às categorias; nos regulamentos, tais diferenças hão de ser consideradas especificamente.

Para ficarmos com a questão no Brasil: normas contidas em dispositivos constitucionais (que se supõe estejam de acordo com as citadas regras Mínimas e outros instrumentos internacionais ou regionais, entre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem)... A seguir, normas, que são federais, de processo penal e de execução penal, subordinadas aos termos constitucionais... Facultando, a Constituição, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar concorrentemente com a União, sobre "direito penitenciário" e "procedimentos em matéria processual" (art. 24, inc. I e XI), as Unidades da Federação hão de ter, subordinadas às federais, as suas próprias leis, e à luz delas elaborar os regulamentos, conforme cada categoria de presos, com possíveis adaptações para cada estabelecimento prisional.

Deverá haver, então, em linhas gerais: regulamento para as casas de prisão provisória; para as casas ou estabelecimentos de cumprimento de pena; para as casas de internação de doentes ou anormais mentalmente.

Cada um desses regulamentos deverá ter adaptações para estabelecimentos destinados a mulheres (configurando os seus regulamentos específicos). Em Estados de população prisional mais densa, poderão ser necessárias disposições quanto a estabelecimentos ou seções para presas jovens-adultas (18 a 21 anos ao ingressar, considerando-se essa condição até os 24 anos de idade, quando passarão a ser consideradas adultas), e presas velhas (com 60 anos de idade ao ingressar, ou, se os completarem já presas, a partir de então).

Mais comumente, quando se fala em preso, pensa-se em condenado. As pessoas que desejam prestar colaboração nas prisões, falam em "dar assistência para os presos se recuperarem", ou para eles "se ressocializarem"... Com esses dois verbos inadequados, querem dizer "para os presos se emendarem e virem a se reintegrar no convívio social", o que está no âmago das funções e finalidades da pena. O preso provisório (em flagrante, preventivamente, por efeito de pronúncia, temporariamente...) não tem que se emendar e reintegrar no convívio social; a prisão provisória não é pena, mas tão-somente uma cautela processual, usada naqueles casos em que se faz necessária para garantir (ou para que não se frustrem) as finalidades processuais e os altos interesses da Justiça. O preso provisório, como qualquer acusado (indiciado, suspeito...) se presume inocente (enquanto não houver contra ele sentença condenatória passada em julgado — momento esse, aliás, em que ele deixa de ser provisório, para ser condenado).

Presumindo-se inocente, pois, o preso provisório deve ser tratado como tal. Deve ser tratado de modo que sofra o menos possível o fenômeno denominado "prisionalização", consistente em, gradativamente, imperceptivelmente, ir se desajustando da vida em liberdade, desintegrando-se do convívio social, ao mesmo tempo que se ajusta ao ambiente da prisão e se integra no estilo de vida prisional. Deve ser tratado de modo que se mantenha tanto quanto possível apto para, se comprovada a sua inocência, retornar ao seu ambiente, sem problemas de ajustamento psicossocial, de vinculação com a família, de integração no convívio social, de exercício profissional, de freqüência à sua igreja...

Para isso, é indispensável que a prisão tenha adequadas condições físicas quanto à construção, instalações, aparelhagem, áreas ao ar livre... e que seu pessoal tenha boa e adequada preparação.

A casa de prisão provisória deve ser de segurança máxima, com regime fechado *sui generis*. É indispensável que haja, como em qualquer prisão, uma agenda diária, que seja bem observada, obedecida. Essa providência, por si, contribui muito eficazmente para serem os presos tratados como gente, respeitada a sua dignidade humana, estimulado o seu senso de responsabilidade, cumprindo eles seus direitos e exercendo seus deveres — tudo o que significa diminuição considerável de problemas para a administração, e de desnecessários sofrimentos para os presos.

A agenda diária de uma prisão será mais rígida ou mais flexível, de acordo com a segurança e o regime do estabelecimento. De certo modo, ela se subordina ao regime (e à segurança a ele apropriada), mas de certo modo é ela que "dá o tom" ao regime e garante a sua observância. Ela indicará o horário de todas as atividades, desde o levantar, o asseio pessoal, ordem na cela (compartimento individual) ou alojamento (compartimento coletivo), oração ou meditação, refeições, trabalho, escola, lazeres, visitas etc. — até o recolher.

Numa casa de prisão provisória, sendo o regime fechado *sui generis*, a agenda diária não terá a rigidez (de horários) que há de ter a de um regime fechado comum, pois o preso provisório, presumido inocente, não está cumprindo pena, não tem de se emendar...

Um dos pontos de flexibilidade já se nota quanto ao trabalho, pois o preso provisório não é obrigado a trabalhar, mas tampouco pode ser obrigado a ficar em ociosidade. Por isso, deve haver possibilidades de trabalho dentro de casa (cozinha, lavanderia, oficinas, conforme as peculiaridades locais), e ao ar livre (horta, jardim, criação de pequenos animais, como coelhos, galinhas, abelhas...). O preso que deseje ter um trabalho, deverá solicitá-lo (por escrito) ao diretor ou administrador, indicando aquele que, dentre as possibilidades oferecidas pelo estabelecimento (nos termos do regulamento e nos limites da agenda diária) melhor se coadune com a capacitação que já tenha, ou com o seu gosto e pendores.

As atividades ao ar livre são muito importantes — muito benéficas; não basta o singelo (às vezes ridículo) "banho de sol", mas é preciso atividade tanto de trabalho (semelhantes às recém-mencionadas) como de lazer (jogos, esportes diversos, utilizáveis para competições, campeonatos...). Cada prisão, seja ela de que categoria ou tipo for, deve ter suficiente terreno adjacente para tais atividades, que têm papel tão relevante em favor da preservação do equilíbrio emocional e até mesmo da saúde física e psíquica dos presos. De modo algum se pode mais admitir que uma prisão só disponha de uma nesga de pátio, para "banho de sol", porque uma prisão não é simples cárcere, isto é, depósito de seres humanos reduzidos a meros indivíduos, quando não a elementos...

Numa prisão, seja ela de que categoria ou de que tipo for, estão recolhidos seres humanos, que são pessoas, sujeitos de direitos, de deveres e de responsabilidade.

Nas casas de prisão provisória, inclusive nos locais de prisão junto a órgãos policiais, acresce que os presos são presumidos inocentes. O seu *status* jurídico se compõe, de modo geral, do gozo de todos os seus direitos, exceto o de locomoção, suspenso por efeito da prisão na forma da lei, sendo suspenso o exercício daqueles que depende dele, do gozo e exercício do direito de locomoção. Em casos concretos, poderão ser suspensos, por decisão judicial, o exercício e o gozo de outros direitos. Por outro lado,

o preso provisório tem os direitos que a Constituição reconhece como fundamentais do preso (art. 5.º, incs. LXI e seguintes), tendo também acrescidos os direitos e deveres previstos no regulamento da prisão.

O que acaba de ser dito, a respeito das casas de prisão provisória e respectivos presos, será que convém somente a presos homens? — É claro que não, pois convém a seres humanos, pessoas em geral, sejam homens sejam mulheres, tenham a idade que tiverem. Cabe ao regulamento de cada prisão — respeitando os princípios fundamentais e as normas gerais que se acaba de brevemente resumir, e que estão refletidos em leis — fazer as previsões normativas, especificadamente, conforme a categoria de pessoas ali recolhidas. Tratando-se de seção de uma prisão — seção separada — dito regulamento incluirá normas para ela. Se a prisão (ou seção) for para mulheres, as normas regulamentares têm de ser tais que a dignidade humana delas seja em tudo respeitada, e que na sua condição de pessoas, sujeitos de direito, de deveres e de responsabilidade, sejam contemplados os direitos e os deveres próprios da mulher.

Modelo básico, universal, para as leis, às quais se subordinarão os regulamentos, são as próprias Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, da ONU, muitas delas desdobradas em alíneas, e que não é o caso de repetir aqui.

Falando-se de presos condenados, o que fundamentalmente os distingue dos provisórios é que não se presumem inocentes, mas são autores de algum crime — fato típico, antijurídico, culpável — tendo de cumprir uma pena que sirva para se emendarem e virem a se reintegrar no convívio social. O tratamento a ser-lhes dispensado, deve ser tal que os estimule a reconhecer o seu crime, a sua culpabilidade pelo crime cometido, e se disponham a fazer o seu próprio esforço para não vir a reincidir, mas, ao contrário, reintegrar-se (ou permanecer integrados) no convívio social, vivendo honestamente. Para tudo isso, "devem ser ajudados a ajudar-se".

Modernamente, distinguem-se três regimes de execução da pena privativa da liberdade: o fechado, o semi-aberto e o aberto (que pode ser genérico, e pode incluir uma espécie, que é a prisão-albergue). Para cada regime, há um tipo de estabelecimento, conforme a segurança da sua construção: segurança máxima — regime fechado; segurança média — regime semi-aberto (eventualmente, fechado atenuado); segurança mínima — regime aberto genérico e prisão-albergue.

O que caracteriza cada regime, são certos aspectos jurídicos que, do rigor do regime fechado, tendo escassas atenuações (entre as quais restritos contatos com o mundo fora da prisão), prossegue, no regime semi-aberto, menos rigoroso em razão de concessões e algumas regalias, maiores contatos com o mundo fora da prisão (incluindo saídas do preso); continua prosseguindo, no regime aberto, com mais amplas concessões e regalias, mais facilidades para saídas do preso e, mais ainda, na espécie do regime aberto, que é a prisão-albergue.

Entretanto, também concorre para essa caracterização, a disciplina interna, muito coordenada com o tipo da construção, da segurança (física). Tal disciplina é ordenada pela agenda diária.

É rigorosa, de acordo com a agenda rígida, própria do regime fechado; todos os horários e respectivos usos são definidamente estabelecidos; a obediência às normas regulamentares e às disposições da agenda é imposta — o que significa submissão à disciplina, por imposição: disciplina coercitiva.

É menos rigorosa, no regime semi-aberto, o que é possibilitado pela agenda um tanto flexível que, a par de certos horários rígidos, prevê horários que os presos podem usar segundo a sua vontade (desde que não seja ferido o regulamento); a obediência às normas e disposições, e a submissão à disciplina, são obtidas, em grande parte, por persuasão; cautelosamente, se tiverem os requisitos quanto à pena cumprida, personalidade e conduta, podem ser-lhes concedidas saídas para trabalhar, freqüentar escola, visitar a família, ir à sua igreja, participar de atividades que concorram para a emenda e a reintegração no convívio social — segundo for permitido e concedido; durante as saídas, hão de cumprir condições e obedecer a normas de conduta, consoante lhes for imposto. Todos os abrandamentos, dentro da prisão, como para obter as saídas e gozá-las, têm como pressuposto certa confiança que os presos mereçam, por demonstrarem, para isso, suficiente senso de responsabilidade.

A disciplina é praticamente sem rigor, no regime aberto (genérico), em consonância com a grande flexibilidade da agenda diária, muito "esquemática"; os horários, entre o de levantar e o de recolher, são amplos, dando muita possibilidade para o preso obedecer às normas e ser disciplinado (no trabalho, na escola, nos lazeres...), e permanecer na prisão (não fugindo) apesar da ausência de obstáculos físicos contra a fuga; a obtenção de saídas é mais fácil que no regime semi-aberto, pois o fato mesmo de estar neste regime — ter aptidão para este regime — indica que tem alto grau de senso de responsabilidade (de senso de compromisso assumido, de palavra empenhada), fazendo-o mais merecedor de confiança, razão por que são mais brandas as condições que deve cumprir e as normas de conduta que deve observar durante as saídas.

Continuando essa progressão, é praticamente sem qualquer rigor a agenda diária numa prisão-albergue, espécie do regime aberto.

O regime aberto genérico é executado em estabelecimento que se diria comum, no sentido de ser de médio porte (máximo de 500 presos), ter instalações, aparelhagens, pessoal, disposições administrativas, se não semelhantes, análogas às dos outros dois regimes.

A prisão-albergue, porém, é uma prisão de pequeno porte (capacidade máxima 50 presos), que pode ter a configuração exterior de uma casa comum de moradia.

Internamente, tem o mínimo indispensável de dependências para a administração, constituída por reduzido número (contado em unidades) de funcionários, além das dependências para os presos. Os serviços de caráter doméstico (cozinha, limpeza, lavanderia, conservação de roupa e outros semelhantes) ficam a cargo dos presos que ainda não têm (ou eventualmente não estão tendo) trabalho nas pequenas oficinas ou ao ar livre, nem gozam da concessão do trabalho externo.

Embora a agenda diária seja praticamente sem qualquer rigor, constituída por umas poucas e extremas indicações de horários, ela deve existir para facilitar e garantir a obediência ao regulamento e a observância da disciplina, sem o que a prisão-albergue poderia ficar (ficaria) desnaturada, deixando de ser prisão; a pena a ser cumprida (no todo ou em parte) perderia o seu sentido, podendo-se caracterizar uma situação pior que a impunidade.

Presume-se que o condenado que cumpre pena em prisão-albergue — que tem aptidão para ali cumprir a sua pena — tenha alto grau de senso de responsabilidade, quer quanto ao crime cometido e disposição de não vir a reincidir (isto é, vir a emendar-se), quer quanto ao seu próprio esforço para reintegrar-se no convívio social, como pessoa honesta. Pode-se bem confiar que ele cumprirá os compromissos assumidos e a palavra empenhada. Assim sendo, as saídas são mais facilmente concedidas, com imposição de bem poucas condições e normas de conduta (possivelmente semelhantes às que qualquer pessoa de bem observa espontaneamente na sua conduta nas diversas situações do dia-a-dia).

Distinguindo-se, como se distinguem, regime semi-aberto, regime aberto (genérico) e prisão-albergue, de um lado, e de outro lado, trabalho externo, todas as prisões, de qualquer dos três regimes têm de ter possibilidades de trabalho — que é obrigatório para os condenados — dentro de casa e ao ar livre. Aliás, também para atividades de lazer deve haver possibilidades dentro da casa e ao ar livre. Quaisquer possibilidades, locais e áreas tanto para trabalho, como para lazer ou outras atividades, dependem de cada estabelecimento em concreto, e suas circunstâncias. Vale lembrar o que foi dito sobre as casas de prisão provisória, com a diferença de que o trabalho, obrigatório para o condenado, deve inserir-se nas funções da pena, concorrendo para que ele se disponha a se emendar e capacitar (ou manter-se capacitado), a fim de ter uma profissão honesta fora da prisão.

Cabe repetir a pergunta feita a respeito das casas de prisão provisória e respectivos presos: Será que o que acaba de ser dito quanto aos presos, só convém aos presos homens? — A resposta é a mesma: não, pois convém a todos os seres humanos presos, condenados — homens e mulheres, de qualquer idade. As especificações terão de ser feitas por leis e regulamentos. É bom frisar que um regulamento bem feito e bem observado, com a ajuda de uma agenda diária bem elaborada e bem cumprida, evita inúmeros problemas para a administração e muitos sofrimen-

tos inúteis para os presos. Uma vivência "humana", dentro das prisões, está intimamente relacionada com a disciplina, por sua vez vinculada à ordem interna, que depende do regulamento e da agenda diária, ao mesmo tempo que reflete um e a outra. Sem tal ordem interna, qualquer prisão, de qualquer categoria ou tipo, não será mais que um desumano cárcere, seja ela destinada a homens, seja destinada a mulheres.

Nada disso, porém, se faz por si — é preciso haver quem faça. É preciso uma administração bem, adequadamente, preparada, dispondo de pessoal técnico e pessoal administrativo igualmente bem, adequadamente, preparados. É a administração que vai aplicar o regulamento, propondo, se for o caso, sua reforma ou sua substituição, se ele não servir para que, em boa ordem interna e disciplina, sejam realizadas as funções e alcançadas as finalidades, da prisão provisória ou da prisão-pena, respeitada a dignidade humana dos presos, segundo o *status* jurídico próprio da categoria a que pertençam (*status* esse que, em qualquer caso, inclui direitos, mas também deveres — e obrigações — obviamente). É à administração de cada estabelecimento que incumbe organizar a agenda diária.

Quantos problemas e dissabores para a administração, quantos sofrimentos inúteis para os presos, quantas distorções, quantas acusações (tantas vezes infundadas e até temerárias) contra funcionários da prisão são evitados, havendo uma agenda diária bem elaborada e bem observada!

Com exceção de uma ou outra unidade da Federação, o pessoal das prisões (tomada a expressão em sentido lato, desde os agentes até os integrantes da direção) não tem o devido preparo. Mesmo onde há preparação específica para agentes e outros funcionários de escalões menos elevados, de pouco adianta se os ocupantes dos altos cargos não a têm.

O que ocorre é que para os altos cargos, são nomeadas pessoas que, tendo, embora, formação universitária, não têm preparação específica; o cargo é "de confiança". Não raro, a pessoa nomeada para o cargo de direção, apenas havia entrado numa prisão em tempos de estudante, quando de uma visita didática... ou (sendo advogado) havia ido conversar com algum cliente, na casa de prisão provisória... ou jamais havia entrado... Assumindo o cargo, o diretor (que pode ser uma diretora...) procura "enfronhar-se" das coisas... procura ler, estudar... observar... Ao cabo de algum tempo de vivência, que também terá sido de experiência, ele já tem pelo menos relativa aptidão para o cargo. Então pode acontecer, e acontece, que por uma reviravolta qualquer na política ou nos órgãos governamentais, ele seja substituído...

E começa tudo de novo... Freqüentemente acontece que o diretor nomeado — que pode até ser um grande penalista, um excelente professor de Processo Penal ou de Direito Penal das Execuções (ou Direito da Execução Penal) que trata do procedimento das execuções penais; pode ser um festejado advogado de júri... ou um reconhecidamente com-

petente delegado de Polícia... etc. etc. — nada entende nem se preocupa por entender dos assuntos, das realidades e problemas materiais, morais, jurídicos, humanos da prisão e dos presos, nem dos funcionários (que também são gente).

Há muitos anos, venho falando em aula e em outras circunstâncias, e tenho escrito, que é fundamental, imprescindível, constituir carreiras do pessoal penitenciário (administrativo e técnico), podendo ascender, desde o cargo inicial, até aos mais altos, uma vez que tenha em seu favor não só o bom exercício da função, mas o fato de ter procurado aperfeiçoar-se, pela leitura, o estudo, a freqüência a cursos de revisão de conhecimentos e outras atividades similares. Não se exclui que o cargo de diretor e alguns outros sejam "de confiança", mas é indispensável que as pessoas a merecerem essa confiança sejam tiradas de dentro da carreira (como já acontece, por exemplo, no Ministério Público).

Outro ponto de suma importância para os presos terem a sua dignidade humana respeitada, e serem tratados como pessoas, sujeitos de direitos, de deveres e de responsabilidade, é o da colaboração da comunidade, com diferentes formas de assistência, seja para complementar atendimentos e serviços da própria prisão, seja para suprir a falta de tais atendimentos ou serviços.

A atual Lei de Execução Penal tem, entre os seus inúmeros defeitos, o de dificultar essa participação da comunidade. Entretanto, a Constituição assegura a prestação, nos termos da lei, de assistência religiosa nas entidades civis e militares de intervenção coletiva (art. 5.°, inc. VII). As prisões são entidades civis de internação coletiva.

Ora, como diz o Dr. Mário Ottoboni, com a sua experiência de mais de vinte anos no assunto, "assistência religiosa não se confunde com comício de Bíblia"... Isto é, a assistência religiosa vê o assistido como um ser humano integral: corpo, psiquê, espírito, que tem necessidades físicas, psíquicas (psicossociais, sociais...) e espirituais. Consistindo ela primordialmente em levar a palavra de Deus a quem dela carece, amplia-se ou se desdobra em formas diversas, consoante se faz preciso em cada caso ou situação: material (aspectos diversos), afetiva, moral, familiar, jurídica, médica (com as suas distintas facetas) etc. Sempre se pode ter a surpresa de alguém precisar de assistência num sentido não especificamente previsto.

A experiência, não de anos, mas de decênios, tem ensinado que nas prisões onde a comunidade colabora com a sua assistência, senão tudo, muita coisa funciona melhor. Note-se: a presença da comunidade na prisão, não é fiscalizadora, mas colaboradora; por isso, (e enquanto assim se mantiver) é bem recebida, bem aceita, tanto pela administração e o pessoal, como pelos presos, e assim, naturalmente, pelo órgão judiciário competente em cada caso, e respectivo representante do Ministério Público.

Sem embargo, por vários motivos de ordens diversas, sobressaindo os de ordem sociológica, a colaboração da comunidade é mais facilmente obtida e é mais eficiente e eficaz em centros urbanos menos populosos, o que sugere que neles haja prisões não só destinadas às modalidades de prisão provisória, mas também a cumprimento de pena.

Os presos, sejam provisórios, sejam condenados, são, continuam sendo, membros "daquela" comunidade urbana (ou dos seus arredores). A sua família, os seus amigos e conhecidos, a sua igreja, o seu clube, a sua escola, o seu local de trabalho estão "ali".

Na prisão de pequeno porte, quando muito médio, os presos podem ser conhecidos e chamados pelo próprio nome...

Tudo isso facilita e estimula a participação da comunidade, prestando assistência aos presos, dentro da prisão, e colaborando com a administração e com o Poder Judiciário, prosseguindo no acolhimento aos presos provisórios, indiciados ou acusados, a quem é concedida liberdade provisória ou a absolvição, e assistindo, dando o apoio de que necessitam, aos condenados, quando das saídas legalmente previstas e concedidas, e lhes possibilitando trabalho, seja como benefício de trabalho externo, seja como requisito para concessão do livramento condicional, seja como meio de vida ao término da pena (não se trata, neste momento, de pena não privativa da liberdade).

Para assim ser possível, não só com os provisórios, mas também com os condenados, é preciso, pois, que eles possam cumprir a pena (no todo ou em parte) na sua comarca. A Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, autorizava, com prudentes precauções, o cumprimento da pena "em prisão da comarca da condenação ou da residência do condenado" (nova redação do art. 30, § 6.º, inc. III do C.P., dada por essa lei).

Lamentavelmente, as revogações feitas pela legislação de 1984 alcançaram também essa disposição, determinando, em dispositivos diversos, onde devem ser cumpridas as penas, de tal modo que só por feliz coincidência, de localização da penitenciária, da "colônia agrícola, industrial ou similar", ou da "casa do albergado", poderá ser cumprida na própria comarca da condenação ou da residência do condenado... A regra atual é que todos os condenados — homens e mulheres, jovens-adultos, adultos e velhos — tenham de cumprir a pena longe do seu ambiente, longe da sua família, a quilômetros, dezenas de quilômetros ou, conforme o caso, centenas... Particularmente se o caso for de ser recolhido à Penitenciária, deixará de ser uma pessoa, para ser mais um indivíduo, senão um "elemento", na superlotação...

Como logo se há de perceber, na área penitenciária existe uma trama de situações e de problemas muito complicada...

Para isso muito influi a centralização penitenciária de acordo com a legislação em vigor, mas em desacordo com a realidade brasileira e,

o que parece mais sério, em desacordo com as exigências ético-jurídicas de preservar a dignidade humana dos presos, e respeitar a sua condição de pessoas, sujeitos de direitos, de deveres e de responsabilidade; em desacordo, também, com as funções e finalidades ético-jurídicas e utilitárias da pena, sobressaindo as de emenda e reintegração do condenado ao convívio social, reintegração essa difícil, às vezes impossível, se o condenado é "arrancado" do seu ambiente para cumprir a pena em estabelecimento prisional distante. As exceções constituídas por casos (os há) em que é necessário, por motivos de ordem social, jurídica e semelhantes, que o condenado cumpra a pena distante do seu ambiente, não invalidam, de modo algum, o que acaba de ser dito.

Infere-se, portanto, que a regra deve ser a descentralização: cada comarca tendo a sua prisão de pequeno ou médio porte, com seções separadas, tanto quanto possível fisicamente autônomas — isto é, com suficiente autonomia para assegurar a separação de provisórios e condenados, de homens e mulheres, adultos, jovens-adultos e (eventualmente) velhos. Em comarcas mais populosas, e, conseqüentemente, de maior número de presos, poderão ser prisões diversas, de tamanho e capacidade, conforme as necessidades locais. Cada comarca há de poder ter, consoante normas federais (que devem ser flexíveis, para permitir serem, à sua luz, tratadas e resolvidas as peculiaridades locais e regionais), pelo menos uma prisão para cumprimento de pena. Aqueles que logo se preocupam com os custos, fiquem tranqüilos: sai muito mais barato...

Um ponto, ainda, que, pela sua importância, não pode deixar de ser lembrado: a presença do juiz, do promotor, do Conselho Penitenciário, dos advogados, nas prisões, não esporadicamente ou para fins de fiscalização ou outros fins de mera formalidade, mas, dir-se-ia, habitualmente.

Quanto às casas de prisão provisória: faz-se mister a presença dos juízes de Varas Criminais (ou Penais), e respectivos promotores, para prevenir possíveis desacertos no tratamento dos presos, presumidos inocentes.

Quanto aos estabelecimentos destinados ao cumprimento de penas ou de medidas de segurança: a jurisdicionalização da execução penal não pode se resumir nas formalidades do procedimento, realizadas nas dependências da Vara de Execução Penal, no Fórum, indo o juiz, periodicamente, às prisões, na qualidade de inspetor. Tampouco as funções do promotor podem ser, *mutatis mutandis,* essas ou semelhantes tão-somente. Por sua vez, o Conselho Penitenciário, que "faz a ponte entre a administração penitenciária e a Vara de Execução Penal", não pode exercer suas funções somente à distância...

Para o bom funcionamento das prisões, sem o que não se realizariam as funções da pena, e não se alcançariam as suas finalidades, é indispensável a presença que se diria habitual, desses órgãos e autoridades

nas prisões. Só que... não vão lá... porque em primeiro lugar, não tendo lá um local "seu", quando vão, esporadicamente, são recebidos pela administração, como visitas, nem sempre bem-vindas... o que não só não estimula, mas desestimula.

Convenhamos que, quando periodicamente vão, para inspecionar ou fiscalizar, seu papel não é simpático para a administração, e para eles mesmos não é agradável.

No que diz respeito aos advogados: antes do julgamento, não só os bons, mas, também, "os outros", costumam ser solícitos; se o cliente está preso, há os que vão entrevistar-se com ele na prisão, mas há também os que têm no seu escritório um colega encarregado disso. Embora não sejam muitos, há advogados que se conduzem como se fosse um desdouro entrar numa prisão, seja, embora, para entrevistar-se com um cliente...

Se o cliente vem a ser condenado, não só "os outros", mas também os bons, expressa ou implicitamente dão o assunto por encerrado; cumpridos todos os deveres e obrigações segundo os poderes conferidos na procuração, nenhum compromisso mais têm com o cliente...

Será que não têm nenhum compromisso "humano" com ele? Ademais, durante o cumprimento da pena, o cliente pode ainda precisar ou desejar serviços advocatícios...

Acontece que os advogados tampouco soem ter um local "seu" nas prisões, onde falar cômoda e tranqüilamente com o cliente. Certas salas com um balcão no meio, provido de guichês, ficando o advogado de um lado e o preso do outro (ou análogas), como às vezes se vê em filmes ou em novelas, não satisfazem. Nesses locais, ditos parlatórios ou locutórios, o direito do advogado de falar reservadamente com seu cliente, e vice-versa, pode não ser respeitado, e às vezes não o é efetivamente. Além disso, tais locais são muito incômodos para ali serem exercidos atos profissionais, que tenham de sê-lo. Uma dependência mais ou menos "arranjada", que os advogados podem utilizar, tampouco é satisfatória.

Para solucionar esse problema de locais apropriados destinados a autoridades e advogados, o Ministério da Justiça, na década de 1970, exigia que nas prisões a serem construídas ou reformadas (e foram mais de trinta, naqueles anos) houvesse uma "sala para autoridades", que seriam o juiz, o promotor e, nas prisões para cumprimento de pena, algum representante do Conselho Penitenciário, bem como, eventualmente, outras. O juiz, o promotor e, se fosse o caso, o Conselho Penitenciário, teriam, respectivamente, a sua chave da sala, de sorte que lá poderiam ir quando entendessem (dentro da cominação feita entre eles), permanecer na sala, ir à sala do diretor ou convidá-lo a ir à sua, ou mandar chamar algum funcionário e presos... fazer um giro pela prisão... Devia haver também, nas casas de prisão provisória, como nas prisões para cumprimento de pena, pelo menos uma se não duas "salas para advogados", que

não se confundiriam com as dependências dos serviços de assistência jurídica (e judiciária) da própria prisão.

As recomendações básicas para uma programação penitenciária, editadas pelo Ministro Armando Falcão, dispunham sobre a arquitetura penitenciária, à luz de normas internacionais, adaptadas à realidade brasileira, e refletiam a experiência do Ministério da Justiça juntamente com os competentes órgãos das Unidades da Federação; preceituavam elas (item 30), entre os locais, que todo projeto para estabelecimento prisional devia prever, "sala de autoridades, sala de advogados". Essas salas, para cumprirem a sua finalidade, deviam dispor, naturalmente, de móveis e utensílios, algum material de escritório, legislação... indispensáveis para um mínimo desejável de comodidade e de possibilidade de exercer atos funcionais ou profissionais.

Não é fácil modificar a mentalidade, desfazer preconceitos, dirimir dúvidas... Entretanto, o que se pôde notar foi que as salas de advogados foram usadas antes e mais facilmente que as destinadas a autoridades, embora não (ainda) com tanta freqüência como seria de desejar.

Passados os anos, as mudanças havidas — iniciadas no começo da década de 1980 e arrematadas com a legislação de 1984 — fizeram esquecer (entre tudo o mais da década de 1970) as salas de autoridades; as salas de advogados se não foram inteiramente alcançadas pelo geral esquecimento, tampouco têm merecido a devida atenção. No entanto, a habitual presença das referidas autoridades e dos advogados, nas prisões, constitui, por si, importante fator de respeito aos direitos humanos dos presos e dos funcionários, na vivência de uma boa ordem interna e equilibrada disciplina, nessa comunidade *sui generis* constituída pela população dos presos, mais os funcionários e todas as pessoas que ali vão no exercício de atividades funcionais, profissionais ou assistenciais, podendo-se, ainda incluir os parentes e amigos dos presos, que comparecem para visitá-los.

Por tudo que acaba de ser dito, se há de ter percebido que a questão não é detectar problemas, irregularidades, erros, desrespeito a direitos (humanos, fundamentais, ou adquiridos), especificamente, quiçá amiudadamente, nesta ou naquela prisão destinada a uma ou a outra categoria de presos, especificamente, como se fossem próprios ou exclusivos de tal prisão. Muito do que aparece como gritantes problemas, irregularidades, erros, desrespeitos a direitos das presas, afrontas à dignidade feminina, nesta ou naquela prisão, e que talvez se deseja solucionar e corrigir "lá" mesmo, na prisão onde se fazem notar, depende, em realidade, de providências amplas, de caráter geral. Essas providências, por terem caráter geral, convêm a homens e mulheres, a adultos, a jovens-adultos e a velhos. Tomadas que sejam, verificar-se-á um "saneamento" (digamos assim) em todas as categorias e tipos de prisões. Então será possível perceber, naquilo que sobra, e que será provavelmente o específico "daquela" prisão, com seus presos ou presas, e tomar específicas providências.

No que tange, pois, especificamente à prisão de mulheres: não é sem razão que as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos prescrevem (item 30.3) que, nas prisões (ou seções de prisões) destinadas a mulheres, a direção seja exercida por uma mulher, devendo ser composto por mulheres o corpo de agentes prisionais (pessoal "de vigilância"), só excepcionalmente admitindo homens em funções técnicas (o que também consta do item XV das Recomendações concernentes ao recrutamento e à formação do pessoal penitenciário, anexas às Regras Mínimas).

Uma mulher na direção terá sensibilidade e compreensão para melhor adaptar o regulamento à condição feminina com suas particularidades e naturais exigências, e igualmente elaborar ou reelaborar a agenda diária. Uma mulher na direção há de saber melhor o que à luz dos princípios, das normas gerais e das leis, é mais acertado para a agenda diária, a fim de haver uma ordem interna e uma disciplina, uma quotidiana vivência (ou convivência) mais adequadas à condição feminina, à dignidade humana das presas, que são primordialmente pessoas, sujeitos de direitos, de deveres e de responsabilidade.

Para isso, ela — diretora de uma prisão feminina, que se supõe tenha apropriada formação, como deve ter — há de poder dispor, à luz dos mesmos princípios, normas gerais e leis, das indispensáveis condições físicas (construções, aparelhagens, áreas ao ar livre...) e, principalmente, de pessoal, também constituído por mulheres, devida e apropriadamente formadas (física, intelectual e moralmente). O ideal seria que coexistissem boas condições físicas e pessoal bem formado, mas por motivos diversos nem sempre é possível... Note-se, contudo, que — qualquer prisão — por mais que sejam aperfeiçoadas as suas condições físicas (edificações, aparelhagem...) se não dispuser de um pessoal bem formado (desde a direção, principalmente a direção, e todo o pessoal administrativo e técnico, até os agentes) sem demora não passará de um cárcere, com a sordidez e outras coisas análogas que lhes são próprias. Ao contrário, se o pessoal for bem formado, saberá fazer a prisão funcionar bem, limpa, em ordem (dos pontos de vista físico, moral e jurídico) — fazê-la funcionar "humanamente", ainda que a casa e seu aparelhamento modesto sejam até precários; para isso, muito valem o "saber-fazer" e o bom senso, que, por assim dizer, aperfeiçoam a boa formação.

A experiência tem demonstrado e confirmado que, se bem é verdade que é preciso preocupar-se com a arquitetura penitenciária — mais amplamente, prisional — e dela cuidar, tão ou mais preciso é preocupar-se com o pessoal das prisões, e cuidar dele, da sua boa seleção e formação.

A grande educadora francesa do século XIX, Julie Billiart (hoje canonizada) dizia que as escolas são o que são seus mestres e professores. Parafraseando-a, podemos dizer que as prisões são o que são seu pessoal e sua administração e direção.

Competências Constitucionais em Matéria Ambiental

LEONARDO GRECO
Professor Titular da Universidade Gama Filho. Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor em Direito na Universidade de São Paulo. Advogado no Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. *Conceito de Direito Ambiental e sua autonomia*

O chamado Direito Ambiental é o conjunto de princípios e regras jurídicas que disciplinam a preservação e a racional utilização dos recursos naturais e dos bens culturais, com a finalidade de assegurar a sadia qualidade da vida humana para as gerações presentes e futuras (Constituição Federal, artigo 225).

Nessa definição procuramos colocar as notas características do Direito Ambiental: a proteção da natureza, mas não no sentido de um conservacionismo *à outrance,* e sim como meio ou instrumento de bem-estar para o homem; a fruição pelo homem das riquezas naturais de modo ordenado, a fim de assegurar a perenidade dos recursos renováveis e o mais prolongado e fecundo aproveitamento dos recursos não renováveis; a proteção dos bens de valor cultural, na medida em que se constituem

em referências identificadoras do modo de ser dos diversos grupos que compõem a sociedade humana (Constituição, artigos 215 e 216); a preservação, através dos recursos naturais e dos bens culturais, de uma vida salubre para os seres humanos que já dela desfrutam e a melhoria da qualidade de vida para atingir o nível de salubridade para aqueles aos quais a utilização dos recursos naturais e dos bens culturais ainda não garante tal nível; a projeção da consecução desses objetivos para o futuro, como direito das futuras gerações.

Com tais características, pode dizer-se que os princípios e as normas do Direito Ambiental perpassam quase todos os ramos em que se costuma subdividir a Enciclopédia Jurídica: o Direito Civil, o Direito Administrativo, o Direito Penal, o Direito Processual, o Direito do Trabalho, o Direito Comercial, o Direito Tributário etc.

Em todos esses sistemas, encontramos regras que possuem um, ou mais de um, dos elementos que caracterizam as normas ambientais.

Por isso, se diz que o Direito Ambiental não possui autonomia científica, porque ele não possui um corpo próprio de normas, alcançando os seus objetivos através de regras integradas sistematicamente no âmbito de outras disciplinas jurídicas.

No entanto, tal importância adquiriu a matéria ambiental nos dias que correm, que é possível recolher em todas essas outras disciplinas jurídicas um conjunto de princípios e regras que se identificam pela sua unidade funcional ou teleológica, a saber, pela coincidência de se destinarem à proteção do meio ambiente.

O Direito Ambiental adquire assim autonomia didática, ao mesmo tempo em que a função de proteção ambiental vai influir na evolução ou na modernização coordenada de técnicas ou de institutos jurídicos que até agora tinham fundamentos totalmente independentes.

2. *O Direito Ambiental na Constituição de 1988*

É sabido de todos que o Estado Federal se caracteriza pela distribuição do exercício de diferentes atividades entre o Estado Central e os Estados-Membros,[1] o que podemos denominar de repartição de competências constitucionais,[2] e que no modelo adotado pela Constituição Brasileira de 1988 essa distribuição alcança ainda, além da União e dos Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios.

As normas constitucionais que interessam ao Direito Ambiental são abundantes no Texto Constitucional de 1988, atribuindo competências le-

1 KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1970, p. 357.

2 CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 1990, p. 259.

gislativas e administrativas privativas, comuns e concorrentes aos diversos entes territoriais, sem que o legislador constituinte tenha tido a preocupação de delimitar com precisão onde começa e onde termina a competência de cada um. Ademais, em certos dispositivos, a Constituição atribui competência em matéria ambiental ao Poder Público ou à lei,[3] sem especificar se se trata de competência federal, estadual ou municipal.

Basta ler três renomados juristas que se dedicaram ao tema, PAULO AFFONSO LEME MACHADO,[4] TOSHIO MUKAI[5] e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO,[6] para verificar que a matéria é espinhosa e que comporta mais de um entendimento.

A meu ver, a integração sistemática das diversas normas constitucionais pressupõe algumas considerações sobre o tipo de federalismo vigente no Brasil, em especial na Constituição de 1988.

3. *Federalismo dual ou federalismo de cooperação*

Nas suas origens, o federalismo norte-americano caracterizou-se pela estrita limitação dos poderes da União e dos Estados-Membros às competências expressamente enumeradas, como se fossem duas esferas paralelas de autoridade.[7]

Mas esse federalismo, chamado dual, evoluiu a partir do final do século XIX, e das novas exigências de intervenção do Estado nos domínios econômico e social, para uma nova fórmula de distribuição de competências, caracterizada pelo primado dos poderes da União sobre os dos Estados e pela atuação conjunta e coordenada de todas as esferas de Poder na provisão de serviços essenciais e no exercício de algumas atividades necessárias ao bem-estar da população.

O Poder Central foi se impondo aos Estados como pólo irradiador de autoridade e como esfera mais apta a equacionar os problemas nacionais, mesmo em matérias que não lhe tinham sido expressamente atribuídas.

Essa nova forma de federalismo cooperativo nasceu de exigências históricas e encontrou pleno apoio da jurisprudência da Corte Suprema.

---

3 Artigo 216, § 1º; artigo 225, *caput* e §§ 1º, 2º e 4º

4 *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, 1991.

5 As Competências dos Entes Federados na Constituição de 1988, em especial, em matéria ambiental, in *Boletim de Direito Administrativo*, dez./91, pp. 711 e ss.

6 Competência Legislativa e Executiva do Município em matéria ambiental. In *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, julho a setembro de 1991, ano 28, nº 111, pp. 123 e ss.

7 SCHWARTZ, *American Constitutional Law*, p. 63.

Ao contrário do que seria de supor, o Senado, Câmara representativa dos Estados, não opôs resistência a essa ampliação dos poderes federais em detrimento da autonomia dos Estados, servindo mesmo para legitimá-la, pois tornou-se, tal como a Câmara dos Representantes, mais uma caixa de ressonância dos interesses político-partidários de âmbito nacional do que um órgão preocupado com a preservação das autonomias estaduais. [8]

Na Alemanha, o federalismo moderno já nasceu mitigado pela preponderância da Prússia no concerto federativo. [9] A democracia social da Constituição de Weimar acentuou a tendência centralizadora. E a Lei Fundamental de Bonn de 1949, apesar do fortalecimento dos Estados nitidamente imposto pelas tropas de ocupação, não foi capaz de resistir à tendência centralizadora, ditada pela necessidade de reduzir desequilíbrios entre Estados mais ricos e Estados mais pobres [10] e mais tarde pela europeização e já agora pela unificação alemã.

A prevalência do direito federal sobre o estadual, em matéria de competência concorrente, foi a regra de ouro do direito alemão para este fortalecimento do poder central e o *Bundesrat* (Câmara Alta), tal como o Senado nos Estados Unidos, jamais foi empecilho para isso.

No Brasil, apesar de a Federação ter sido uma decisão política do movimento republicano, imposta pelo Decreto n.° 1, de 1889, e não o resultado de uma autêntica associação de Estados soberanos, nasceu ela dualista e dualista permaneceu até a Revolução de 1930, seguindo a Constituição de 1891 as pregações de Campos Salles e de João Barbalho, o que não escapou à crítica severa de Rui Barbosa que, apesar de republicano e federalista, temia pela unidade nacional [11]

A Constituição de 1934, pautada no modelo de Estado-Providencialista da Constituição de Weimar, introduziu no Brasil o federalismo cooperativo, que caracterizou todos os Textos Constitucionais que lhe seguiram,

---

8 KARL LOEWENSTEIN, ob. cit., p. 362.

9 No Reich de Bismarck se impossibilitou o funcionamento de um autêntico federalismo pela hegemonia da Prússia. A Prússia possuía não só dois terços do território e da população do Reich, mas também o Rei da Prússia era constitucionalmente o detentor hereditário da dignidade de imperador, e o primeiro ministro prussiano era, *ex-officio*, chanceler do Reich (cf. LOEWENSTEIN, *ob. cit.*, p. 375).

10 LOEWENSTEIN, ob. cit., pp. 376/377.

11 "Não somos uma federação de povos até ontem separados e reunidos de ontem para hoje. Pelo contrário, é da União que partimos. Na União nascemos. Na União se geraram e fecharam os olhos nossos pais. Na União ainda não cessamos de estar. Para que a União seja a herança de nossa descendência, todos os sacrifícios serão poucos" (RUI BARBOSA, Obras Completas, vol. XVII, tomo I, p. 146).

inclusive o de 1988, definindo extensa e crescentemente todas as atividades e competências da União para a realização do Bem Comum, que foram progressivamente reduzindo o Estado-Membro a um papel complementar e exigindo da parte deste integração nos planos e programas da União.

No federalismo de integração ou de cooperação a distribuição de competências entre a União e os Estados não é mais um instrumento de disputas entre o autoritarismo centralizador e as autonomias locais, mas um compromisso de solidariedade e de união de esforços para realizar do modo mais adequado possível o bem-estar da coletividade. [12]

Nessa união de esforços, sem prejuízo da competência residual dos Estados-Membros, o direito federal tem proeminência, pois ele não só dita, em respeito ao princípio da legalidade, as regras de convivência entre o Poder Público e os cidadãos nas matérias de competência privativa da União, mas disciplina as relações entre a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios, nas matérias de competência comum, em que a coordenação entre as atividades das diversas pessoas jurídicas de Direito Público Interno é essencial para a consecução do Bem Comum. [13]

4. *Competências judiciárias, administrativas e legislativas*

Na distribuição entre a União e os Estados das tarefas destinadas à proteção do meio ambiente, a Constituição de 1988 estabelece competências administrativas e legislativas.

As competências administrativas são as que conferem ao Poder Público o exercício de determinadas atividades concretas como a gestão de certos recursos naturais, o controle da utilização de substâncias perigosas, o desenvolvimento de programas de aproveitamento de recursos hídricos, a destinação de recursos financeiros para a recuperação de áreas desertificadas, dentro do princípio consagrado na Declaração de Estocolmo de 1972 de que a responsabilidade pelo planejamento, pelas políticas e pela gestão ambientais incumbe ao Estado.

Já as competências legislativas dizem respeito às matérias de interesse ambiental cuja disciplina jurídica é confiada a este ou àquele nível de Poder: águas, solo, energia nuclear etc.

Seria exagero falar em competências jurisdicionais em matéria ambiental pois seria difícil identificar nas regras constitucionais dessa área, como por exemplo, nas que definem a competência da Justiça Federal em

---

12 TOSHIO MUKAI, As Competências dos Entes Federados na Constituição de 1988, em especial, em matéria ambiental, in *Boletim de Direito Administrativo*, dez./1991, p. 713.

13 Constituição brasileira de 1988, artigo 23, parágrafo único.

contraposição à Justiça dos Estados, ou nas que estabelecem a competência originária dos Tribunais, motivação ambientalista.

É verdade que, ao atribuir à Justiça Federal a competência para julgar crimes praticados em detrimento de bens da União (artigo 109-IV), a Constituição indiretamente submete à jurisdição federal bens de valor ambiental, como as terras ocupadas pelos indígenas, as cavidades naturais subterrâneas, as praias marítimas e as ilhas oceânicas, todas bens da União (artigo 20). Entretanto, tal competência é determinada *ratione personae*, ou seja, em razão da titularidade desses bens pela União, e não *ratione materiae*, a natureza ambiental desses bens.

Não menos certo é que a competência da Justiça Federal para julgar as disputas sobre direitos indígenas constituirá importante regra de proteção de uma das nossas culturas mais características que, como tal, constitui-se em um bem de elevado valor ambiental. Todavia, diante do pluralismo cultural adotado na Constituição (artigo 215, § 1.º), seria difícil de compreender por que essa proteção jurisdicional se limitou apenas aos interesses das populações indígenas e não também aos de outras culturas que contribuíram para o nosso processo civilizatório e compõem, pois, o nosso ambiente cultural.

Quanto às competências administrativas, cumpre lembrar a lição incontestável de TOSHIO MUKAI [14] de que toda competência administrativa pressupõe idêntica competência legislativa, porque pelo princípio da legalidade, a esfera de poder que recebe determinado encargo administrativo deve primeiro legislar sobre essa matéria para legitimar a sua ação nessa área. [15]

Dentre as competências administrativas encontram-se, sem qualquer dúvida, as matérias de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, enunciadas no artigo 23 da Constituição, entre as quais a proteção ambiental. Mas na competência comum, a própria Constituição determina que lei complementar federal fixe normas para a cooperação entre as diversas esferas de poder, "tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional" (artigo 23, parágrafo único), o que evidencia que essa área de administração comum não deve estar sujeita a desperdício de esforços e à superposição de atividades, muito menos ao entrechoque de ações administrativas de órgãos entre si autônomos, mas que todos, sob a égide da lei, devem agir de maneira harmoniosa e cooperativa, o que significa, em síntese, para os poderes

14 Ob. cit., p. 713.

15 PONTES DE MIRANDA, em seus *Comentários à Constituição de 46* (vol. I, p. 278) e *Comentários à Constituição de 67* (tomo II, p. 51), afirma por sua vez que no exercício da competência legislativa, "pode o Congresso Nacional incluir a organização de serviços e editar as regras para o provimento dos cargos, respeitados os demais princípios da Constituição".

locais, limitar o exercício da sua própria competência em função de regras de interligação e de coexistência com igual competência de outras esferas de poder estatal e, até mesmo, subordinar-se à administração orgânica ou sistêmica sob o comando de um ou mais órgãos da esfera federal, cujo primado na definição das diretrizes da política nacional de gestão de uma determinada área decorre da maior relevância e maior generalidade de que se revestem os interesses nacionais, em relação aos interesses locais ou setoriais.

A exigência de lei complementar para coordenar as políticas públicas das várias pessoas jurídicas de Direito Público Interno em matéria ambiental e em todas as demais previstas no artigo 23 da Constituição, é novidade da Constituição de 1988. Antes dela, a própria lei federal ordinária já realizava essa coordenação, como o fizeram, por exemplo, a Lei n.º 6.803/80 relativa ao zoneamento industrial e a Lei n.º 6.938/81 que instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente, pois à União competia legislar sobre a execução da Constituição[16] e a distribuição de tarefas entre a União, os Estados e os Municípios dentro das matérias de competência privativa (legislativa ou administrativa) da União nada mais era do que uma explicitação da distribuição de competências constitucionais entre as diversas pessoas jurídicas de Direito Público, pré-ordenada de acordo com a esfera de interesses envolvidos.

Talvez por isso, ou seja, em virtude da prática legitimada pelos Tribunais de regulação por lei federal da execução coordenada de serviços e atividades públicas pela União, pelos Estados e Municípios, pouco uso teve na vigência da Constituição de 1967 o seu artigo 8.º, § 1.º, que facultava à União celebrar convênios com os Estados para a execução, por funcionários estaduais, de suas leis, dispositivo que desapareceu no Texto Constitucional de 1988.[17]

Tais leis, a partir de 5 de outubro de 1988, no que diz respeito à cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em matéria ambiental, por força do artigo 23, parágrafo único da Constituição, somente poderão ser modificadas ou aperfeiçoadas através de lei complementar.[18]

---

16 Constituição de 1967, art. 8º, inciso XVII, letra *a*.

17 CELSO RIBEIRO BASTOS, em seu *Curso de Direito Constitucional* (Saraiva, 13ª ed., 1990, p. 272), lamenta o desaparecimento dessa norma.

18 CELSO RIBEIRO BASTOS, ob. cit., pp. 262 e 263, é cético quanto à utilização da lei complementar prevista nos parágrafos únicos dos arts. 22 e 23 da Constituição de 88 para definição da atuação dos Estados em matérias da competência privativa da União ou da competência concorrente, dizendo: "A União será sempre mais tentada a de uma vez legislar sobre esses pontos do que a cuidar de uma difícil lei complementar que especificará os pontos que depois serão versados pelos Estados" (p. 262). "... os Estados não estarão imunes à obediência a uma legislação federal que, sob a generosa perspectiva de estabelecer uma cooperação, na verdade fixará normas de maneira impositiva para todas as unidades da Federação" (p. 263).

5. *Competências da União: privativas, comuns e concorrentes*

Em face do exposto, parece-me claro que o federalismo centralizador da Constituição de 88 confere à União competências administrativas privativas e comuns e competências legislativas privativas e concorrentes.

No âmbito das competências privativas, administrativas e legislativas [19], a lei federal ordinária dispõe sobre as tarefas da União e também dos Estados e Municípios, podendo a lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas dessas matérias [20] [21].

No âmbito das competências comuns, substancialmente administrativas, acho que a União não pode sucumbir à tentação prenunciada por CELSO RIBEIRO BASTOS [22] de impor por lei federal normas a todas as unidades da Federação, porque o parágrafo único do artigo 23 da Constituição exige lei complementar para regular a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nessas matérias. Entendo, pois, que a partir da Constituição de 88, será inconstitucional qualquer lei federal ordinária que regule tal cooperação. As leis federais ordinárias, anteriores à Constituição de 88, que definiam tal cooperação, no exercício da competência que a Constituição da época conferia à União de legislar sobre a execução da Constituição, estão agora elevadas à hierarquia de lei complementar, somente podendo ser alteradas por lei complementar, por força do mencionado parágrafo do artigo 23.

No âmbito das competências concorrentes, substancialmente legislativas, à União compete editar normas gerais e aos Estados normas supletivas ou complementares, editando estes também normas gerais nos vazios da legislação da União (artigo 24 e seus parágrafos).

A limitação da competência da União às normas gerais não significa que a legislação federal nessas matérias deva ater-se ao nível dos princípios e dos critérios, deixando a regulamentação dos institutos específicos à legislação estadual.

Normas gerais são todas as normas emanadas da União, desde que aplicáveis uniformemente a todos os Estados e a todos os cidadãos, sem dis-

---

19 Como já visto, as competências administrativas são também legislativas, e vice-versa.

20 Constituição de 88, art. 22, parágrafo único.

21 Na Lei Fundamental de Bonn, dispõe o art. 71: "no domínio da legislação exclusiva da Federação, cabe aos Estados a faculdade de legislar unicamente no caso e na medida em que forem para isso expressamente autorizados por uma lei federal."

22 Ob. cit., p. 263, transcrita na nota 18 acima.

criminações, ou seja normas de aplicação isonômica em todo o território nacional.

Tais normas podem dispor apenas sobre princípios ou descer a detalhes de regulamentação, desde que uniformes em todo o País, de acordo com a maior ou menor intervenção que a União queira exercer nessas matérias, deixando aos Estados maior ou menor autonomia. [23] [24]

Em matéria de competência concorrente, o direito federal prevalece sobre o direito local. [25] Essa é a regra que vem desde a Constituição de Weimar de 1919, que se encontra reproduzida na Lei Fundamental de Bonn de 1949 [26] e que a Constituição Brasileira de 1988 consagra no § 4.º do artigo 24.

6. *Competências da União em matéria ambiental*

Definidos os meios e os limites da distribuição e da concorrência de competências entre a União e os Estados, torna-se mais fácil aplicar esses critérios à matéria ambiental para explicitar as competências privativas, concorrentes e comuns da União, as competências privativas, concorrentes e comuns dos Estados e as competências privativas, supletivas e comuns dos próprios Municípios nessa matéria.

6.1. *Competências privativas*

A primeira competência privativa da União em matéria ambiental decorre dos incisos II a XI da Constituição Federal, que incluem entre os bens da União, a par de outros: as terras devolutas indispensáveis à preservação ambiental, lagos, rios, terrenos marginais, praias fluviais, ilhas fluviais e lacustres, praias marítimas, ilhas oceânicas e costeiras, recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, o mar territorial, os terrenos de marinha e seus acrescidos, os potenciais de energia elétrica, os recursos minerais, as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos e as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

---

23 PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p. 167: "Para o corte como inconstitucional, é preciso que o legislador central tenha ido a pormenores absurdos, pelo intervir em "particularidades" do Estado-Membro; e.g., vedando qualquer regra jurídica estatal a respeito de replantio das florestas e sendo-lhe peculiar a necessidade de certas árvores para a sua indústria de corantes."

24 TOSHIO MUKAI, ob. cit., p. 714.

25 Staatsrecht bricht Landesrecht.

26 Arts. 31 e 72.

Independentemente de outras competências privativas inscritas nos artigos 21 e 22, à lei federal cabe privativamente definir o que é o mar territorial, o que são os terrenos de marinha, o que são os sítios arqueológicos e pré-históricos etc., pois se a própria Constituição os considera bens da União, não podem tais bens ficar sujeitos à disciplina legal dos Estados, com base no artigo 25, § 1.º, pois isso implicaria em admitir que este ou aquele tipo de bem tivesse em cada Estado configuração e proteção diferente.

A enumeração do artigo 20 contém implicitamente a competência privativa da União de legislar sobre esses bens e de administrá-los, pois, embora seja da competência comum (artigo 23-I) conservar o patrimônio público, não podem a definição e o modo de proteção dos bens da União, poder originário, ficar sujeitos à autonomia estadual.

A nossa Federação não nasce de um tratado entre Estados soberanos, mas de uma Constituição elaborada por representantes do povo de um Estado nacional. O Poder Constituinte originário que confere aos Estados a competência residual é o mesmo que indica os bens que integram o patrimônio do Estado nacional, cuja disciplina jurídica só atenderá ao comando da Constituição se for uniforme em todo o País e se se sobrepuser à legislação e à ação dos Estados Federados.

Dentre os bens da União, muitos são bens ambientais, porque incluídos no patrimônio público para assegurar a sua preservação, em benefício das presentes e futuras gerações, sem prejuízo do concurso de outros fundamentos (políticos, militares) para tal apropriação.

No artigo 21, com mais extensão do que as Constituições anteriores, a Constituição de 1988 atribuiu com exclusividade à União o desempenho de uma série de atividades e a organização e gestão de inúmeros serviços, que, pelo princípio da legalidade, devem ter suporte em lei privativamente federal, sem a qual a União estaria impossibilitada de exercê-los.

Dentre essas matérias, têm função ambiental: a elaboração e a execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (inciso IX), o aproveitamento energético dos cursos d'água (XII, *b*), planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e inundações (XVIII), instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de uso (XIX), instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (XX), explorar os serviços e instalações nucleares e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (XXIII).

Em todas essas matérias, a legislação da União é privativa porque visa a instituir e disciplinar serviços e atividades dela própria e a competência administrativa também é exclusivamente da União, ficando a colaboração dos Estados e Municípios, admissível em certos casos, como os dos incisos XVIII e XIX, adstrita aos limites e mecanismos previstos na própria lei federal.

No artigo 22 da Constituição de 1988, está definida a competência legislativa privativa da União que, por si, já exclui qualquer concorrência de legislação estadual nessas matérias, a não ser mediante autorização da lei complementar prevista no parágrafo único desse artigo. Como já dissemos, a competência legislativa privativa acarreta, segundo PONTES DE MIRANDA,[27] competência para organizar os serviços dela decorrentes. Assim, aos Estados e Municípios somente caberá exercer atividades decorrentes da competência legislativa privativa da União, nos limites e condições da lei federal.

Ora, no rol das matérias da competência legislativa da União do artigo 22, há inúmeras que podem ser usadas com função de proteção ambiental, a saber, legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (inciso I), sobre desapropriação (II), sobre requisições civis em caso de iminente perigo público (inciso III do artigo 22 e inciso XXV do artigo 5.º), sobre águas (IV), sobre medidas (VI), sobre comércio exterior e interestadual (VIII), sobre trânsito e transporte (XI), sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (XII), sobre populações indígenas (XIV), sobre registros públicos (XXV), sobre atividades nucleares (XXVI), sobre defesa civil e mobilização nacional (XXVIII) e sobre propaganda comercial (XXIX).

E fora do artigo 22, há em outros dispositivos constitucionais outras inequívocas atividades legislativas privativas da União, nas mesmas condições, com função ambiental, tais como: no artigo 43 (§ 2.º-IV e § 3.º), para articular a política da União de desenvolvimento regional, através de incentivos regionais para aproveitamento de recursos hídricos, recuperação de terras áridas e o estabelecimento de fontes de água e de pequena irrigação nas regiões de baixa renda sujeitas a secas periódicas; no artigo 225 (§ 6.º), através da localização de usinas nucleares por lei federal; no artigo 225 (§ 4.º), que prevê a utilização da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, da Serra do Mar e da Zona Costeira, na forma da lei; e no artigo 231 (§§ 3.º e 6.º) que prevê legislação sobre o aproveitamento de recursos hídricos e minerais, a ocupação do solo e a exploração de riquezas naturais em terras indígenas.

---

27 V. nota 15.

6.2. *Competências concorrentes da União*

Como já dissemos, as matérias de competência concorrente da União e dos Estados, previstas no artigo 24, dizem respeito substancialmente à competência para legislar.

Nessas matérias, a União somente deverá editar normas gerais (§ 1.º). Normas gerais não são apenas linhas gerais, princípios ou critérios básicos a serem observados pela legislação suplementar dos Estados. Normas gerais contrapõem-se a normas particulares. A União, nessas matérias, pode legislar com maior ou menor amplitude, conforme queira impor a todo o País uma legislação mais ou menos uniforme. O que a União não pode é legislar sobre assuntos particulares da esfera de interesses ou de peculiaridades dos Estados.[28] Normas gerais são normas uniformes, isonômicas, aplicáveis a todos os cidadãos e a todos os Estados.

Mas nas matérias de competência concorrente, os Estados também podem legislar, desde que respeitem as normas gerais da União, prevalecendo o direito federal sobre o direito local.[29]

A novidade da Constituição de 88 em matéria de competência concorrente foi a possibilidade conferida aos Estados, na omissão da União, de também legislarem sobre normas gerais (§ 3.º), o que não podiam fazer na Constituição anterior.

No exercício da competência concorrente, além de observarem as normas gerais da União, os Estados devem observar as normas especiais de competência privativa da União, incidentes sobre as mesmas matérias, porque as normas de competência concorrente, não permitem que os Estados legislem ou organizem serviços em matérias da competência privativa da União, por força dos artigos 21 e 22 da Constituição.

As competências privativas são *lex specialis* em relação à competência concorrente, derrogando-a.

No artigo 24, as seguintes matérias de competência concorrente são de interesse ambiental: direito urbanístico (inciso I), florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI), proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII), responsabilidade por dano ao meio ambiente, a bens e direitos de valor estético, artístico, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII) e proteção e defesa da saúde (inciso XII).

---

28 V. nota 23.

29 V. texto a que se refere a nota 25.

6.3. *Competências comuns*

Categoria nova na distribuição de competências constitucionais, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prevista no artigo 23 da Carta Magna define um conjunto de áreas de atuação ou de serviços em que todos os entes de Direito Público estão autorizados a agir simultaneamente. São competências administrativas que já existiam no regime da Constituição anterior, ora reguladas por lei federal, ora reguladas por cada ente público na sua esfera própria de atuação.

A partir de agora, a União não mais poderá através de simples lei ordinária regular a coordenação da atuação dos diversos entes públicos nessas matérias, dependendo de lei complementar (artigo 23, parágrafo único).

A competência comum é geral, em relação à competência privativa da União, o que significa que no conflito de competências comum é privativa da União; Esta, como *lex specialis*, prevalece sobre aquela.

Mas entre a competência comum e a competência concorrente não há procedência, as duas são gerais e paralelas: enquanto a competência concorrente é substancialmente legislativa, a competência comum é substancialmente administrativa.

Observe-se que a proteção do meio ambiente é, ao mesmo tempo, matéria da competência concorrente (artigo 24, inciso VI) e matéria de competência comum (artigo 23, inciso VI).

Isto significa que tanto a União, quanto os Estados, o Distrito Federal e os Territórios devem atuar na proteção ambiental, dirigindo as suas ações em conformidade com a legislação privativa da União em temas específicos de sua competência, com a legislação de normas gerais da União e de normas gerais dos Estados que não conflitem com as da União, e ainda com as normas suplementares dos Estados.

Em onze dos doze incisos do artigo 23 da Constituição (incisos I a XI), que trata da competência comum, há matérias de interesse ambiental: conservar o patrimônio público (I), saúde (II), proteção de bens de valor cultural, paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos (III), impedir a evasão, destruição e descaracterização de bens de valor cultural (IV), proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (V), proteger o meio ambiente e combater a poluição (VI), preservar florestas, fauna e flora (VII), fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (VIII), melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (IX), combate à pobreza e à marginalização

(X), fiscalizar a pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (XI).

Há também competências comuns em matéria ambiental no *caput* e nos parágrafos 1.º 2.º, 3.º e 5.º do artigo 225 da Constituição.

7. *Competências dos Estados*

Apesar do entusiasmo que o Texto Constitucional de 88 despertou entre simpatizantes do fortalecimento da autonomia dos Estados, pela enumeração mais extensa de competências comuns e concorrentes, a análise ora feita conduz à conclusão contrária de que o que restou de competência legislativa e administrativa para os Estados é bem menos do que nos textos anteriores, porque sobre essas competências genéricas prevalecem as competências específicas privativas da União, sensivelmente ampliadas na Constituição em vigor.

Se ganharam os Estados com a possibilidade de editar normas gerais nos vazios da legislação federal em matérias de competência concorrente, e com a necessidade de lei complementar para obrigá-los a cooperar com a União nas matérias de competência comum, perderam com a exigência de delegação por lei complementar para que possam legislar sobre matérias de competência privativa da União e com a extensão dessas matérias privativas.

Em matéria ambiental, quase toda a matéria legislável é da competência privativa da União, como as atividades nucleares, a exploração de recursos minerais, a proteção das populações indígenas, as águas, ou de competência concorrente em que a legislação federal já se produziu com abundância, como flora, fauna, caça, pesca, patrimônio histórico, artístico, cultural e saúde.

Restam aos Estados, em caráter privativo, com fundamento no artigo 25, § 1.º, da Constituição, como competências privativas, as que porventura residualmente lhes pertençam por omissão nas competências da União, privativas, comuns ou concorrentes, ou dos Municípios.

E como competências concorrentes e comuns, as dos artigos 23, 24 e 225, *caput* e parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 5.º, com as limitações já expostas.

Em matéria ambiental, cabe aos Estados especialmente exercer as funções que lhes são atribuídas dentro do Sistema Nacional do Meio Ambiente, tal como definido na Lei 6.938/81, que em matéria de articulação das ações da União e dos Estados está elevado ao papel de lei complementar, por força do parágrafo único do artigo 23, e legislar supletivamente à legislação da União nas demais matérias ambientais, salvo as de competência federal privativa, em que além da abstenção legislativa, deverão dar cumprimento às normas federais.

8. *Competências dos Municípios*

Quanto aos Municípios, o artigo 30, inciso I, lhes confere competência privativa para legislar sobre o interesse local, ou seja, sobre as suas especificidades ou particularidades, no quadro da legislação geral da União e supletiva dos Estados em matérias da competência concorrente.

Essa legislação municipal não pode derrogar ou retirar eficácia ao direito federal ou estadual, muito menos nas matérias de competência privativa da União ou do Estado.

Ainda no âmbito das suas especificidades, podem os Municípios suplementar a legislação federal e estadual (artigo 30-II).

Mas onde os Municípios têm grande contribuição a prestar é no âmbito da competência comum (artigo 23 e artigo 225, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 5.º), especialmente em matéria ambiental, organizando e executando os seus próprios serviços, com respeito à legislação federal e estadual, integrados ao Sistema Nacional do Meio Ambiente instituído pela Lei federal 6.938.

Dentro dessa competência comum, o artigo 30 da Constituição ainda prevê três importantes atribuições municipais: serviço de atendimento à saúde (inciso VII), ordenamento do uso do solo urbano (inciso VIII) e proteção do patrimônio histórico-cultural local (inciso IX).

9. *Um caso concreto: as leis estaduais sobre agrotóxicos*

Antes do advento da Constituição de 88, o pretendido avanço da legislação ambiental dos Estados sofreu grande abalo com as decisões do Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade das leis de agrotóxicos editadas em alguns Estados, como o Rio Grande do Sul e o Paraná.

Com a nova Constituição, reanimaram-se as esperanças daqueles que vêm na autonomia estadual e no exercício da competência legislativa estadual um meio mais eficaz e mais rápido de progredir na proteção ambiental.

PAULO AFFONSO LEME MACHADO chega a sustentar que agora essa legislação dos Estados não seria mais considerada inconstitucional.[30]

Examinemos alguns dispositivos da lei do Paraná, declarados inconstitucionais pelo STF em 11 de junho de 1986,[31] e confrontemos com as

30 Ob. cit., p. 24.

31 Lei nº 7.827/83, objeto da Representação nº 1.246-PR, in *RTJ* 119/72, Relator o Sr. Ministro Rafael Mayer.

regras de competência da nova Constituição, para aferirmos em concreto em que medida as competências constitucionais em matéria ambiental ampliaram ou reduziram a autonomia estadual.

Ressalte-se que, àquela época, a União ainda não havia editado uma lei federal sobre agrotóxicos, que sobreveio em 1989, através da Lei 7.802/89.

O artigo 1.°, § 1.°, da lei paranaense definia agrotóxicos e foi declarado inconstitucional pelo STF porque definir agrotóxicos seria matéria da competência legislativa da União, reservada para estabelecer normas gerais de defesa e proteção da saúde, válidas para todo o País. Na época, a inércia da União em editar normas gerais, em matéria de competência concorrente, não permitia o preenchimento dessa lacuna por legislação estadual. Hoje, não existisse a Lei 7.802/89, tal dispositivo não seria inconstitucional, em face do § 3.° do artigo 24 da Constituição de 88. Mas, com o advento da Lei 7.802, que define agrotóxicos, tal dispositivo estadual seria ineficaz.

No artigo 1.°, § 2.°, da lei do Paraná, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional expressão que somente permitia a comercialização no Estado de agrotóxicos importados, que tenham registro para utilização no país de origem. O Tribunal entendeu que essa norma invadia a competência privativa da União de legislar sobre comércio exterior, competência que persiste na Constituição de 88 (artigo 22-VIII) e que constituiria igualmente óbice à norma estadual.[32]

O § 6.° do artigo 1.° foi declarado inconstitucional porque estabelecia exigências para os rótulos dos agrotóxicos, pois era da competência federal definir rótulos e embalagens, matéria já disciplinada por Portaria dos Ministérios da Agricultura e da Saúde. Na vigência da Constituição de 88, o sistema de medidas é da competência privativa da União (artigo 22-VI). Já a produção e consumo é de competência concorrente da União e dos Estados (artigo 24-V), mas existindo norma federal, é nula a norma estadual que a contraria.[33]

O § 7.° do artigo 1.° foi declarado inconstitucional porque atribuía ao cadastramento estadual validade equivalente ao registro junto ao órgão federal competente. Alegou o Supremo violação do princípio da hierarquia, pois a lei federal não pode perder eficácia, em matéria de sua com-

32 Na minha opinião pessoal essa norma não é de comércio exterior, pois não proíbe nem condiciona a importação do produto. O óbice constitucional, a meu ver, é outro, qual seja a restrição à livre circulação de mercadorias de um Estado para outro, que não pode ser imposto por lei estadual, sob pena de violar a livre concorrência (artigo 170-IV) e a unidade do mercado interno (artigo 219).

33 Na fundamentação da decisão, o STF invoca a unidade federativa, ou seja, a unidade de mercado, não devendo os Estados estabelecer normas que, por conveniências locais, desprezem aquela unidade.

petência, em razão de ato administrativo estadual. No contexto da Constituição de 88 o dispositivo, tal como o entendeu o STF, não teria melhor sorte, pois havendo registro federal decorrente de lei federal, o Estado não podia exercer a sua competência legislativa suplementar para retirar eficácia ao registro federal em razão de ato da autoridade estadual.[34]

O § 8.º do artigo 1.º foi declarado inconstitucional porque estabeleceu que qualquer alteração física ou química do agrotóxico implicaria em novo pedido de registro, pois tratar-se-ia de norma de proteção da saúde de âmbito nacional, reservada à competência da União. O registro estadual não pode ser cancelado enquanto perdurar o registro federal, sob pena de o mesmo produto continuar a ser comercializado em outros Estados. Sem referência expressa, a decisão do Supremo mais uma vez preservou a unidade do mercado nacional que, igualmente na vigência da Constituição de 88, impede que exigências administrativas de um Estado obstem a livre circulação de mercadorias em todo o território nacional.

Foi declarado inconstitucional o artigo 7.º que proibiu o uso de agrotóxicos organoclorados em todo o território estadual, sob o fundamento de que não é lícito ao Estado, com apoio em competência supletiva, impor restrições diversas das existentes na legislação federal. Na Constituição de 88, em matéria de competência concorrente, igualmente o Estado não pode impor proibições que contrariam a disciplina do assunto nas normas gerais federais.

No artigo 10, foi declarada inconstitucional a expressão "do Paraná" na exigência de que a comercialização do agrotóxico dependesse de receita de Engenheiro Agrônomo registrado no CREA do Paraná. O acórdão não está nessa parte fundamentado, mas é evidente que a inconstitucionalidade resulta da violação da liberdade profissional, inscrita na Constituição da época, como na de 88 (artigo 5.º-XIII).

O artigo 17 foi declarado inconstitucional porque exigia que a propaganda de agrotóxicos ficasse sujeita à aprovação das secretarias de Agricultura e de Interior do Estado, não só porque a publicidade seria matéria da competência privativa da União, mas também porque já regulada a matéria em Portaria dos Ministros da Agricultura e da Saúde. No regime de 88, esse artigo não teria melhor sorte, e face ao artigo 22, inciso XXIX da Carta Magna em vigor.

Foi também declarado inconstitucional o artigo 18 da lei paranaense que instituiu multas pecuniárias a diversas infrações aos dispositivos nela previstos, sob o fundamento de que a matéria já estaria regulada na

---

34 Talvez a deficiência redacional do dispositivo da lei paranaense tenha levado à declaração de inconstitucionalidade, pois, a meu ver, a intenção do dispositivo era totalmente diversa da que imaginou o STF: não suspender o registro federal em razão do cancelamento do registro estadual, mas o inverso.

Lei Federal n.º 6.437/77. No regime da Constituição de 88, havendo lei federal dispondo sobre o assunto, igualmente não haveria margem para o exercício de competência supletiva do Estado-Membro, como aliás argumentou o STF.

10. *Considerações finais*

Concluo, pois, que, basicamente, a distribuição de competências constitucionais da Constituição de 1988 não fortaleceu significativamente a autonomia estadual, nem introduziu alterações de monta nas regras existentes no regime constitucional anterior, seguindo o constitucionalismo brasileiro a sua trilha em direção ao reencontro de uma unidade nacional teoricamente rompida na República, em que as autonomias regionais somente se justificam em limites estreitos, que não chegam a destruir a unidade de conjunto.

E em matéria ambiental, esse papel preponderante da União é indiscutível e desejável. Não há como planejar a proteção do meio ambiente a não ser numa visão global. A unidade nacional já não basta. É imperiosa a unidade internacional. A soberania nacional é questionada e até mesmo negada. Que dizer das autonomias regionais?

Se pensarmos nos mais preciosos bens ambientais que o Brasil possui, como a Floresta Amazônica e a Mata Atlântica, não há como preservá-los, a não ser nacionalmente.

Se as autonomias regionais podem ser mais exigentes em favor da proteção ambiental, elas também podem ser menos exigentes ou simplesmente ineficazes.

Aliás, em matéria ambiental, nunca se negou a competência supletiva dos Estados e Municípios para fixar padrões ambientais mais exigentes do que os federais, de acordo com as suas especificidades.

O que não se pode aceitar é que as normas de proteção ambiental transformem o território nacional em um conjunto de ilhas, separadas, em que os produtores tenham que se submeter a exigências ambientais diversas para a circulação e comercialização de seus produtos.

Não é preciso dizer que a aceitação dessa diversidade, mais do que beneficiar o meio ambiente, vai favorecer a formação de barreiras protecionistas e de mercados reservados.

Por isso, a tendência centralizadora da Constituição brasileira de 88, não deve ser motivo de preocupação, desde que sejam exercitados com eficiência os mecanismos de participação democrática, tão carentes em nosso País, que assegurem que a gestão ambiental seja exercida através de um amplo diálogo com os setores interessados.

A Proteção do Meio Ambiente pela Polícia Militar

ÁLVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Professor de Direito Administrativo

Exegese do artigo 195, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo e legislação sobre proteção ao meio ambiente, no tocante à competência dos órgãos policiais.

SUMÁRIO

1 — *Introdução*

Alguma dúvida tem gerado a regra de competência inserida no artigo 195, parágrafo único, da Constituição Paulista de 1989, ao dispor que "o sistema de proteção e desenvolvimento do meio ambiente será integrado pela Polícia Militar, mediante suas unidades de policiamento florestal e de mananciais, incumbidas da *prevenção* e *repressão* das infrações cometidas contra o meio ambiente, sem prejuízo dos corpos de fiscalização dos demais órgãos especializados".

O tema, além de oportuno pela realização da ECO-92, é da mais alta relevância para o interesse público, mesmo porque há aqueles que sustentam

que as infrações contra o meio ambiente têm repercussão interestadual ou internacional, sendo, portanto, competência da Polícia Federal *reprimi-las*.

2 — *Significado do vocábulo "repressão"*

Quanto ao vocábulo *prevenção* não há dúvida sobre a sua extensão. É a atuação policial militar com o fim de evitar as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e que possam sujeitar, nos termos da lei, os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, com aplicação de multas diárias e progressivas no caso de continuidade da infração ou reincidência, incluídas a redução do nível de atividade e a interdição, independentemente da obrigação dos infratores de reparação aos danos causados, tudo a teor do aludido artigo 195, *caput*, da Carta Paulista.

A discussão que se tem armado, embora seja bem mais ampla, tem seu fulcro na extensão do significado, e por via de conseqüência da competência da Polícia Militar, que o vocábulo *repressão* conferiu ao mencionado dispositivo constitucional.

Não se trata, é óbvio, da só *repressão* na esfera da polícia *administrativa*. O vocábulo *repressão* está escrito no parágrafo único do artigo 195, que, assim, *deve ser interpretado em conjunto com o "caput" desse mesmo artigo, que diz respeito não só às infrações administrativas, como também às penais*, que sujeitam os infratores às sanções respectivas, tudo a demonstrar que o Constituinte paulista atribuiu à Polícia Militar, pelas suas unidades de policiamento florestal e de mananciais, uma competência bem ampla, abrangente, também, da atividade de polícia *judiciária*, especificamente na matéria de proteção do meio ambiente.

Lembre-se, com CARLOS MAXIMILIANO,[1] que "sob o aspecto formal ou técnico-sistemático, deve-se ter em vista, *acima de tudo*, o lugar em que um dispositivo se encontra. Especialmente das *relações com os parágrafos vizinhos, o instituto a que pertence e o conjunto da legislação se deduzem conclusões de alcance prático, elementos para fixar as raias de domínio da regra positiva*. Até mesmo em se aplicando o processo sistemático de exegese, deve-se ter o cuidado de confrontar e procurar conciliar disposições que se refiram ao *mesmo* assunto ou a matéria *semelhante*, embora inserta em leis diversas".

MARCUS CLÁUDIO ACQUAVIVA,[2] seguindo a mesma linha, orienta que na relação entre artigo (*caput*) e parágrafo, este, "serve para dividir, ordenadamente, a exposição da idéia contida no artigo... revelando que o parágrafo não é o conteúdo principal do artigo, o qual somente será

1 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito;* 8ª ed., Livraria Freitas Bastos; Rio de Janeiro, 1965, nº 329, p. 281.

2 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Notas Introdutórias ao Estudo do Direito;* Ícone Editora Ltda.; São Paulo, 1990, Terceira Parte: Técnica Jurídica; p. 126.

encontrado no *caput* (cabeça) deste", portanto reafirmamos: se o *caput* do artigo 195 fala em "sanções penais e administrativas", a "repressão", contida no seu parágrafo único, refere-se necessariamente a ambas.

O termo *repressão,* quando usado para designar esfera de atuação policial, só pode ser entendido no seu sentido comum, pois, juridicamente falando, a *repressão,* em matéria penal, no Estado Democrático de Direito, é própria e exclusiva do Poder Judiciário. Conforme ensinou o eminente MÁRIO MASAGÃO,[3] os atos de polícia praticados depois do ilícito penal "têm por objeto, auxiliar o Poder Judiciário na respectiva repressão". O preclaro José CRETELLA JÚNIOR,[4] no mesmo sentido diz: "a polícia judiciária é também denominada *repressiva,* nome que merece reparo porque ela não "reprime" os delitos, mas auxilia o Poder Judiciário, nesse mister". Tal posição é praticamente unânime entre os publicistas pátrios e estrangeiros, não havendo o que discutir.

Mas, se por um lado é indiscutível a impropriedade jurídica do termo citado em relação à atuação da polícia, por outro, é pacífico que, quando se fala em *repressão,* a quase totalidade dos juristas — as citações acima o comprovam — refere-se aos atos de polícia praticados após a eclosão do ilícito penal, portanto, incluídos na esfera da polícia judiciária. Assim, temos que *repressão* ou polícia *repressiva* é sinônimo de atividade própria de polícia *judiciária*. Até a Constituição Federal assim considera no seu artigo 144, § 1.º, I: "... exija repressão uniforme...", ao cuidar da competência da Polícia Federal.

Poucos são os autores, entre os quais nos incluimos, que se referem à *repressão* como sinônimo de sanção de polícia administrativa, também. Nesse caso, evitando-se dubiedade invariavelmente costuma-se clarear a referência de forma expressa: repressão administrativa. A propósito, temos ensinado que a chamada repressão policial comporta os atos de polícia praticados após a ocorrência de infração penal, de infração administrativa ou ainda quando a ação humana, mesmo não se enquadrando nesses casos, viola a moralidade pública ou os bons costumes. Em qualquer dessas hipóteses havendo lesão à ordem pública, a polícia de *preservação* dessa ordem deverá atuar, reprimindo o comportamento sinuoso. Segundo o festejado DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO,[5] [6] a "sanção de polícia destinada à repressão das infrações contra a ordem pública, no exercício do poder de polícia, se esgota no constrangimento pessoal, direto

---

3 MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo;* 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais; São Paulo, 1977, pp. 165/166.

4 CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo da Ordem Pública;* Forense, 1987, Rio de Janeiro; pp. 171/172.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Revista de Informação Legislativa,* nº 109; Senado Federal; Brasília - DF; 1991, p. 147.

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo;* Forense, Rio de Janeiro, 9ª ed., 1990, pp. 342/343.

e imediato, na justa medida para restabelecê-la". Ainda no tema, o autor reporta-se ao grande publicista alemão Otto Mayer, que subdivide a sanção de polícia em *pena de polícia e constrangimento de polícia,* o que no caso em exame tem finalidade apenas ilustrativa.

Está evidente que quando, em assunto de ordem pública se fala de *repressão,* sem adjetivá-la, a extensão do termo é abrangente, tanto de atividades de polícia *judiciária,* quanto de polícia *administrativa,* podendo entender-se até como referência mais próxima daquela, do que desta, nunca o inverso. Não pode ter sido outra a intenção do legislador constituinte ao formular o parágrafo único do artigo 195 da Constituição Estadual. Se ela referiu-se à *prevenção* e à *repressão* sem especificações, é porque quis dar-lhe sentido amplo. Assim, onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazer distinções — *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* — já proclamaram os romanos.

Pelo prisma da hermenêutica, nada melhor que voltar-se às origens do texto legal. Assim, fomos aos Anais da Assembléia Constituinte Paulista, onde verifica-se que o dispositivo em exame é resultante da fusão das Emendas ao Projeto de Constituição n.os 2.320 e 2.694, a primeira dos ilustres Constituintes Vanderlei Macris, Waldyr Trigo, Guiomar de Mello, Tonca Falsetti, Fernando Leça e Rubens Lara, enquanto a segunda, assinada pelo também ilustre Deputado Getúlio Hanashiro, sendo interessante repetir-lhes, o teor:

> "Emenda n.º 2.320 ao Projeto de Constituição.
>
> Inclua-se, onde couber, no Título VII, Capítulo III, Seção III.
>
> Artigo — Sem prejuízo dos corpos de fiscalização dos órgãos especializados, incumbirá à Polícia Militar, através da Polícia Florestal e dos Recursos Naturais, a fiscalização e repressão das infrações contra o meio ambiente.
>
> Emenda n.º 2.694 ao Projeto de Constituição.
>
> Inclua-se, no artigo 228, do Título VI, Capítulo IV, Seção I, o seguinte parágrafo:
>
> § — A Polícia Militar através das unidades de polícia florestal e de mananciais integrará o Sistema de Proteção e Desenvolvimento do Meio Ambiente atuando na prevenção e repressão das infrações cometidas contra o meio ambiente e aos de proteção aos mananciais."

Mas, é na justificativa da Emenda n.º 2.320 que os Constituintes manifestaram sua intenção de maneira inequívoca, ao afirmar: "...Todavia, apesar das medidas administrativas preventivas, *faz-se necessária a existência de um serviço policial especializado de fiscalização e repressão contra as*

agressões ao meio ambiente e aos recursos naturais..." observe-se que o legislador distinguiu as medidas preventivas administrativas, das fiscalizadoras e *repressivas*, estas sem qualificativo, portanto, amplas e executadas por um serviço policial atuante sobre as agressões, toda e qualquer, ao meio ambiente. Confirma-se dessa maneira que a pretensão do legislador não foi a de limitar a discutida "repressão" à esfera administrativa. Se o fosse, tê-lo-ia explicitado na correspondente justificativa, onde seria oportuno.

Também é sintomático o fato de o legislador mencionar no citado parágrafo, apenas a Polícia Militar. Com certeza houve aí o reconhecimento aos trabalhos que a Milícia Paulista, através de suas unidades especializadas, vem realizando na área da preservação ambientl, particularmente das florestas e mananciais do Estado, há muitos anos, mesmo antes dos assuntos ecológicos ganharem a dimensão social que têm hoje. Contemplou-se o pioneirismo da Polícia Militar, dando dignidade constitucional a uma função específica cuja legislação infraconstitucional já lhe atribuíra.

3 — *A competência da Polícia Militar frente a outros órgãos*

Superadas as questões que pairavam sobre a mencionada "repressão", entendida também como relativas aos trabalhos de polícia *judiciária,* cumpre-nos agora examinar até que ponto isso não significaria a invasão da competência de outros órgãos públicos, em especial, policiais.

A Constituição Federal, considerando a relevância do assunto, tornou-o de *competência comum* da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme o artigo 23, *verbis:*

> "Art. 23 — *É competência comum* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> I — .....
>
> VI — proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
>
> VII — preservar as florestas, a fauna e a flora;" (grifo nosso.)

No tocante à capacidade legislativa, a Carta abordou o assunto de maneira *concorrente* entre a União, Estados e Distrito Federal, senão vejamos:

> "Art. 24 — Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal *legislar concorrentemente* sobre:
>
> I — .....
>
> VI — florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VIII — responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

. . . . . .

XI — procedimentos em matéria processual;

. . . . . .

§ 4.º — A superveniência da lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."

Como o assunto resvala para o direito processual, cabe também verificar o que diz, nesse sentido, a Constituição Federal:

"Art. 22 — Compete privativamente à União legislar sobre:

I — direito civil, comercial, penal, *processual,* eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

. . . . . .

Parágrafo único — Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo." (Grifo do autor.)

Está claro que, em matéria de flora, fauna e meio ambiente, a capacidade legislativa é *concorrente,* com prevalência das normas federais. Tocando matéria processual, torna-se privativa da União, excetuando-se o disposto no parágrafo único do artigo 22 da Carta, que no caso não se aplica. Sendo assim, só por legislação federal, caso da Lei n.º 4.771/65, alterada pelas Leis 7.803/89 e 7.875/89 (Código Florestal), será possível tratar da matéria nesse ponto específico. Devem ainda ser considerados os dispostivos constitucionais que tratam da Polícia Federal e das Polícias Estaduais, a saber:

"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:

I — . . . . . .

§ 1.º — A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

I — apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

. . . . . .

IV — exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

. . . . . .

§ 4.° — Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5.° — Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbem a execução de atividades de defesa civil."

Examinando o artigo 144 da Carta, nas partes que nos interessa, depreende-se que, em matéria de polícia *judiciária,* só há exclusividade expressa para a Polícia Federal (aliás uma impropriedade cujo momento de discutir não é este); já a Polícia Civil detém competência ampla de polícia judiciária, porém não exclusiva nem privativa, excetuando-se a da Polícia Federal, a militar, tanto na esfera federal quanto estadual, e as demais que a lei vier a prever. Portanto, na esfera da polícia judiciária estadual cabe exceções, com certeza. É o caso da Lei Orgânica da Magistratura, que no seu artigo 33, parágrafo único, assevera:

"Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do Magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação."

Assim, as investigações de infrações penais, evidente atividade de polícia *judiciária,* onde houver indício de autoria incriminando Magistrado, cabe ao órgão especial competente, ou seja, ao próprio Poder Judiciário e não à polícia.

Da mesma forma, a Lei Federal n.° 4.771/65, alterada pelas Leis n.°s 7.803/89 e 7.875/89 (Código Florestal), tratando de atividade policial *judiciária,* trilhou o caminho da exceção, e por coincidência histórica, também no seu artigo 33 estabeleceu:

"Art. 33 — São autoridades competentes para instaurar, presidir e proceder a inquéritos policiais, lavrar autos de prisão em flagrante e intentar a ação penal, nos casos de crimes ou contravenções, previstos nesta Lei ou em outras leis e que tenham por objeto florestas e demais formas de vegetação, instrumentos de trabalho, documentos e produtos procedentes das mesmas:

a) as indicadas no Código de Processo Penal;

b) os funcionários da repartição florestal e de autarquias, com atribuições correlatas, designados para a atividade de fiscalização.

Parágrafo único — Em caso de ações penais simultâneas, pelo mesmo fato, iniciadas por várias autoridades, o Juiz reunirá os processos na jurisdição em que se firmou a competência."

Note-se que o legislador vinculou as autoridades competentes para proceder a inquéritos policiais, em matéria florestal, às policiais previstas no Código de Processo Penal. Entenda-se aí as do artigo 4.º deste diploma, mais as administrativas de repartições florestais, inclusive autárquicas, demonstrando inequívoca intenção de ampliar o leque capaz desse ofício.

Vamos então ao Código de Processo Penal para exame do artigo 4.º, que diz:

"Artigo 4.º — A polícia *judiciária* será exercida pelas *autoridades policiais* no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único — A *competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função."* (Grifos do autor.)

Como afirmamos no nosso *Direito Administrativo da Ordem Pública* o artigo 4.º do Código de Processo Penal é verdadeira norma processual em branco, tendo o legislador processual deixado para o administrativo a incumbência de definir a respeito dessas autoridades. Mas, se a Constituição Federal admite exceção na competência, e os Códigos não definiram com precisão quais seriam as autoridades competentes, a Constituição do Estado de São Paulo, artigo 195, parágrafo único, definiu a Polícia Militar como competente, *atribuindo autoridade aos seus integrantes, para os trabalhos de prevenção — polícia administrativa — e repressão — polícia administrativa e judiciária — das infrações, penais ou administrativas, contra o meio ambiente,* particularmente no tocante às florestas e mananciais.

A ilustre Procuradora do Estado e Professora da Universidade de São Paulo, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO,[7] ao comentar as atribuições policiais, concordando conosco, ensina que:

"A linha de diferenciação está na ocorrência ou não do ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judi-

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo,* Editora Atlas, São Paulo, 1990, p. 90.

ciária que age... Outra diferença: a polícia judiciária é *privativa* de corporações especializadas (polícia civil e *militar),* enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, *incluindo, além da própria polícia militar,* os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social."

Sobre o artigo 33 do Código Florestal, ainda interessa notar que a referência à capacidade das autoridades administrativas em intentar a ação penal nos crimes e contravenções contra a flora não subsistiu em face do artigo 129, I, da Carta, cabendo o feito, privativamente, ao Ministério Público.

4 — *A competência da Polícia Federal na proteção do meio amibente*

Continuando na competência de polícia *judiciária* da Polícia Militar, segundo o enfoque constitucional, voltemos às atribuições da Polícia Federal, que vimos, é exclusiva no âmbito da União. Conforme ensina o preciso JOSÉ AFONSO DA SILVA,[8] "A diferença que se faz entre competência *exclusiva* e competência *privativa* é que aquela é *indelegável* e esta é *delegável*". Ora, sendo atribuída a mencionada exclusividade à Polícia Federal é forçoso reconhecer que as infrações contra o meio ambiente, ocorridas nas terras da União ou mesmo fora delas, quando alcançarem repercussão interestadual ou internacional, deverão ser apuradas exclusivamente pelo Órgão Policial Federal, não havendo possibilidade de delegação da função. Nesse sentido já se manifestou o Juiz Zalmino Zimmermann, da 5.ª Vara Criminal da Justiça Federal em São Paulo, emitindo em 31 de janeiro de 1992, alvará de soltura e tornando *nulo por incompetência da autoridade estadual,* o auto de prisão em flagrante, elaborado na Delegacia de Polícia de Piracicaba/SP contra infratores do Código Florestal.

A propósito, entendemos que a citação sobre infrações penais contra o meio ambiente, cuja prática repercuta de maneira *interestadual* ou *internacional,* não pode ser aplicada como regra geral a todas as infrações dessa matéria, mas apenas àquelas que venham a repercutir de fato. Teríamos, como exemplo, a matança de micos-leões-dourados, animais prestes à extinção, e outras ocorrências semelhantes. Somente nesses casos seria justificável a ação federal, fora das terras (domínios) da União.

Ressalte-se ainda que o Decreto-Lei Federal n.º 667/69, artigo 3.º, *a* e a Lei n.º 616/74, artigo 2.º, I, atribuem à Polícia Militar a competência exclu-

---

8 SILVIA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed., S. Paulo, p. 413.

siva para o policiamento ostensivo, cuja regulamentação feita através do Decreto Federal n.º 88.777/83, artigos 2.º, 27, especifica entre outros o tipo de policiamento florestal e de mananciais.

5 — *A competência da Polícia Civil na proteção do meio ambiente*

Tudo isso não veda a possibilidade da Polícia Civil em atuar também na *repressão* dessas infrações, fazendo trabalho de polícia *judiciária*, até porque, o parágrafo único do artigo 195 da Constituição do Estado de São Paulo assegura que *a competência da Polícia Militar não é exclusiva*. Assim, considerando-se o artigo 33 do Código Florestal, parece-nos transparente que a competência aí seria concorrente, o que não aconteceria com a *prevenção, própria do policiamento ostensivo, este exclusivo da Polícia Militar*, conforme a aludida norma federal.

6 — *Ciclo completo de polícia, em matéria florestal*

É de salientar-se também o interesse da Polícia Militar no domínio do *ciclo completo de polícia, em matéria florestal*, por razões práticas. Sabe-se que os ilícitos penais dessa natureza, geralmente ocorrem em locais de difícil acesso, dentro da mata, sem falar dos transtornos representados pelo transporte e guarda de animais e aves apreendidas, colocando-lhes a incolumidade em risco. Daí, ser mais racional à *autoridade policial florestal* exercer o procedimento informativo por completo, reportando-se diretamente ao Ministério Público, como aliás tem sido feito há anos.

7 — *Conclusões*

Desse complexo emaranhado de legislação, que exige interpretação sistemática, podemos concluir, à luz do interesse público, como competência dos órgãos policiais, tanto no âmbito estadual quanto no federal, em matéria florestal, o seguinte:

a) a Polícia Militar, principalmente pelas suas unidades especializadas, pode fazer a *prevenção* e a *repressão* das infrações florestais, *inclusive o respectivo inquérito*, salvo quando o fato ocorrer em terras da União ou tiver repercussão interestadual ou internacional, cabendo então o inquérito, e só ele, à Polícia Federal, que detém exclusividade na função;

b) a Polícia Civil poderá, concorrentemente com a Polícia Militar e ressalvada a competência da Polícia Federal, efetuar o inquérito sobre as infrações penais florestais, *não lhe cabendo missões preventivas*, administrativas, por falta de previsão legal, a nível constitucional e infraconstitucional.

O Novo FGTS. Percussões Constitucionais

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA
Professor da Faculdade de Direito da UFMG.
Aposentado. Juiz do TRT — 3ª Região.
Aposentado. Advogado em Belo Horizonte

1. O regime do Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço foi implantado pela Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966, com sua legitimidade coberta pela Constituição Federal de 1967, que abriu a opção pela dualidade de regimes, o tradicional da CLT, assegurador da estabilidade (arts. 492 e segs.) e o do FGTS, como estava previsto no seu art. 158, XIII, assim disposto:

> "Art. 158. (...)
>
> XIII — estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;" *(verbis).*

A ruptura do sistema único da estabilidade, previsto desde a Carta de 1937, em seu art. 137, letra *f*, a que deram pressupostos e forma os arts. 492 e segs. da CLT foi realmente brusca e representou uma reversão de expectativa da classe trabalhadora, toda concepcionada para a garantia do emprego como proteção pessoal e familiar de fontes de ganho com risco mínimo de perda.

O sistema do FGTS assentou-se em dois pólos, aparentemente reais: a) a liberdade do trabalhador, no momento da formação ou constituição do contrato, que podia optar ou não pelo novo regime; b) a crença ou a expectativa de que, optando pelo regime do FGTS, estava ele ingressando em uma carteira de poupança, de cujos despósitos e rendimentos

poderia livremente dispor, seja no curso do contrato de trabalho, seja em sua rescisão.

Como toda a abordagem experimental, a implantação do regime do FGTS pela Lei n.º 5.107/66, foi tosca, para não dizer grosseira, pois logo se viu que a opção, formalmente ato do empregado, era, na realidade, dirigida pelo empregador e que, se na admissão ou em até um ano da vigência da lei, o empregado não optasse, ele somente poderia fazê-lo, e até com efeito retroativo, com o consentimento do empregador.

Ao assim regular a Lei n.º 5.107/66, quis ela induzir no espírito dos trabalhadores que seu regime era muito vantajoso e mais vantajoso do que o seu correlato regime da estabilidade, pois lhe ensejava, com segurança, um amealhamento de dinheiro, um fundo econômico, suceptível de saque e de uso aberto.

Com o tempo, verificou-se que os levantamentos do Fundo eram muito condicionados, que as vultosas importâncias recolhidas em seu nome e os rendimentos de sua aplicação no mercado permaneciam e permanecem detidas nas mãos dos órgãos ou do administrador do Fundo, no caso, a Caixa Econômica Federal, que deles dispõem como se fossem próprios ou deles se servem, na maioria das vezes, para suprir o caixa do Governo para a cobertura de "deficits" orçamentários ou de remanejamento de dinheiros em situações imprevistas ou difíceis da administração pública.

O trabalhador tinha e tem a posse indireta do "seu" dinheiro, mas a posse direta, a sua administração são da exclusiva alçada, portanto, do arbítrio do Governo, como se fosse o seu proprietário e não mero detentor.

As colocações acima estão sendo salientadas, porque em nada se modificaram as linhas mestras do instituto do FGTS, das formas e pressupostos de arrecadação, das condições de saques e dos objetivos econômimos do sistema (arrecadação de dinheiro para as mãos do Governo; oportunidades marcadas de levantamentos pelos empregados e empregadores) e, como última e secundária finalidade de sua criação, a substituição da estabilidade ou garantia de emprego, por uma propalada atração econômica de movimentos de dinheiro, de gozo fácil e de fácil diluição, como que inserindo o trabalhador nos círculos financeiros de cálculos, de juros, de correção de esperanças e de, em um momento ou outro, poder ter em suas mãos o que é seu.

Mas, é nosso intento fazer uma abordagem na vida atual do FGTS, nas modificações, maiores ou menores que sofreu, seja com a Constituição Federal de 1988, seja com as leis posteriores à inaugural de 1966.

2. Depois de vigir por 23 anos, a Lei n.º 5.107/66, veio a ser revogada pela Lei n.º 7.839, de 12 de outubro de 1989, retificada em 18 de outubro de 1989.

A Lei n.º 7.839/89, embora de curta duração, pois, com algumas modificações, foi retirada de órbita pela Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, revelou mais nitidamente do que a Lei n.º 5.107/66 uma tendência de maior concentração burocrática, de maior inchaço organicista, portanto, de maior apresamento tecno-estatal de funções e de finalidades, como se o instituto do FGTS se destinasse, primeiro, a alimentar órgãos gestores (a CEF, a grande beneficiária que mantém dinheiros vivos e permanentes em seu poder, à disposição e à cobertura da incompetência oscilante do Executivo, o Conselho Curador; os órgãos integrantes do SFH; o Banco Central, com poderes em aberto de delegações ou "procurações") e a girar com capitais monetários arrecadados e, somente em segundo lugar, como objeto residual, visasse à classe trabalhadora em nome de quem promove vultosas arrecadações (vejam-se os arts. 3.º a 11, da Lei n.º 7.839/89).

O entumescimento da máquina burocrática e o egocentrismo concentracionista tornaram-se a tônica do sistema financeiro do FGTS, que se desnudam ainda mais abertamente nesta nova lei, vindo até seu art. 10 a dispor que o "Gestor" (leia-se CEF) "assumirá o controle de todas as contas vinculadas", com a força totalizante do n.º VI do seu art. 5.º, que lhe dá, entre outras, a atribuição de

> "centralizar os recursos do FGTS, bem como sua administração e aplicação, manter e controlar as contas vinculadas, e emitir regularmente os extratos individuais correspondentes às contas vinculadas, podendo ainda participar da rede arrecadadora dos recursos do FGTS" *(verbis).*

O paroxismo do controle e da centralização das contas vinculadas pela e na Caixa Econômica Federal repete-se com ênfase maior no art. 7.º, n.ºs I a VII (com poderes até para "expedir atos normativos", *sic!),* no art. 12 e seus §§ 2.º, 4.º e 5.º e art. 13, § 2.º da Lei n.º 8.036/90, em que o Estado não exerce apenas uma função natural de fiscalizar interesses públicos representados pelos valores do FGTS, devidos aos trabalhadores, mas a irreprimível tendência sempre *in fieri* de abocanhar dinheiros e administrá-los como se seus fossem.

A Lei n.º 7.839/89 visou a mostrar a acentuação da tendência estatizante no regime do FGTS — que, em sua sub-reptícia filosofia enganosa, se destinava a dar mais autonomia e maior economicidade nas relações de trabalho, por um lado, e, por outro, certas alterações no que diz

respeito à posição do trabalhador, a seus direitos ou pretensões dentro do contrato de trabalho ou dele decorrente.

3. Sob um aspecto muito particular, muito embora aparentemente formal ou terminológico, a Lei n.º 7.839/89, exibe um sintoma, que se redimensionou e se alargou no Direito do Trabalho Brasileiro: a palavra "trabalhador".

Nesta Lei substitui-se a palavra "empregado", corrente e inarredada na Lei n.º 5.107/66, por "trabalhador", como se lê em diversos de seus dispositivos,[1] com um cochilo regressivo no art. 14, ao mencionar "diretores não *empregados*".

A mudança terminológica, que se consumou relativamente a um dos pólos da relação de *emprego*, enfaticamente ratificada pela última e vigorante lei do FGTS, a Lei n.º 8.036/90,[2] vem a ganhar até nova conceituação do prestador de serviços tutelado pela legislação do trabalho em seu art. 15, § 2.º, com força modificadora do art. 3.º, da CLT e que dispõe:

> "Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio"[3] *(verbis)*.

Pelo conceito, nota-se uma idéia de versão ampliativa da *qualitas juris* do prestador de serviços tutelado, cuja denominação já se vem infiltrando no Direito Brasileiro seja o do Trabalho, seja o Previdenciário, a exemplo do que ocorreu com o art. 2.º do então Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n.º 4.214, de 2 de março de 1963), o qual, a exemplo de inúmeras

---

1 Arts. 3º e § 10; 10, §§ 4º e 5º; 11, § 3º; 12 e seus §§ 2º a 4º e art. 13 e seus §§ 1º, 2º e 3º, sendo que, neste último, se passa a enunciar "trabalhador doméstico".

2 Vejam-se os arts. 3º e seu § 9º; 7º, § 2º — em que contrapõe "empregadores e trabalhadores" —; 12, §§ 1º, 2º, 4º e 5º; 13, § 3º; 14, §§ 1º, 3º e 4º, observando-se outro resvalo saudosista no seu § 2º, ao falar "... transacionado entre empregador e *empregado*" e no art. 18, ao falar em "pagar diretamente ao empregado", a despeito de, em seu § 1º, voltar a falar em "trabalhador".

3 No que toca aos "servidores civis", tem-se aí evidente remessa aos trabalhadores estatais hoje regidos pelo chamado "regime único", que, à força de rejeição legal do § 2º acima, se podem (*ex vi legis*) situar como "estatutários" — cf., em excelente doutrina, ANASTASIA, Antônio Augusto. *Regime Jurídico Único do Servidor Público*. Belo Horizonte. Livraria Del Rey. 1990, pp. 59 e ss., nº 4.3.

legislações estrangeiras, se abstraiu do elemento "subordinação". Eis como estava redigido:

> "Art. 2.º — Trabalhador rural, para os efeitos desta é toda pessoa física que presta serviços a empregador rural, em propriedade rural ou prédio rústico, mediante salário pago em dinheiro ou parte *in natura* e parte em dinheiro." [4] (*verbis*.)

Embora revogado o Estatuto pela Lei n.º 5.889, de 8 de junho de 1973 e de haver o art. 2.º desta mantido os pressupostos subjetivos qualificativos do art. 3.º da CLT, o seu art. 17 adotou princípio conciliatório para os rurícolas, desdobrando o seu conceito. Veja-se a bifurcação conciliadora:

> "As normas da presente lei são aplicáveis, no que couber (*sic*), aos trabalhadores rurais não compreendidos na definição do artigo 2.º, que prestem serviço a empregador rural" (*verbis*).

Na mesma tônica da Lei n.º 5.889/73, vê-se que a Lei do FGTS (8.036/90) como que fixa no pólo-empregador toda a força captadora da conceituação do que seja trabalhador-tutelado, mas exuberante em mistificação, quando restringe a forma do trabalho prestado, que deve ser não eventual nem autônomo ("excluídos os eventuais, os autônomos"). [5]

Vejam-se os antecedentes no direito legislado brasileiro.

Na esteira do próprio Estatuto do Trabalhador Rural, encontra-se, como tendência pioneira, a Lei n.º 605, de 5 de janeiro de 1949, que instituiu o repouso semanal remunerado, cujo art. 2.º incluía, "entre os empregados", os "trabalhadores rurais", salvo os que operassem "em qualquer regime de parceria, meação ou forma semelhante de participação na produção". Desde que não se configurasse o regime societário rural, a relação fundada no trabalho estava amparada pela Lei n.º 605/49, no sentido mais compreensivo, da classificação de JACOBI.

A legislação da Previdência mantém-se na linha dicotômica *empregado* x *empregador*, mas desde os primórdios de sua estrutura legal, acentuando, em adjetivo expresso, a *qualitas* de *autônomo* do trabalhador e a de *subor-*

---

4 Cf. SAMPAIO, Aluysio. *Comentários ao Estatuto do Trabalhador Rural*. São Paulo. Editora Fulgor. 1963, pp. 15/8.

5 Cf., em exposição sobre o tema: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego*. São Paulo. Editora Saraiva, 1975, pp. 156/158.

dinado, do empregado, observando-se que a Lei n.º 3.807, de 26-8-1960, modificada pela Lei n.º 5.890/73, remetia a conceituação deste, o empregado, à Consolidação das Leis do Trabalho, preservando, entretanto, conceito próprio para *trabalhador autônomo,* distinção, aliás, que não repercutia na sua aplicação, quando ambos já eram segurados obrigatórios (Lei n.º 3.807/60, art. 2.º).

É interessante sublinhar que a novíssima lei da previdência social, que se intitula Lei Orgânica da Seguridade Social, mantém a terminologia anterior empregado e trabalhador, este como autônomo, aquele sujeito de uma relação de emprego, conquanto os abarque a ambos em sua rede de segurados ou contribuintes obrigatórios (cf. Lei n.º 8.212, de 24-7-1991, arts. 12, n.ºs I, letras *a* a *f* e IV, letras *a* e *b*). [6]

O que se dá nas direções captadas na legislação ordinária brasileira é a chamada força expansionista do Direito do Trabalho, no sentido de, a cada dia, alcançar maior e mais diversificado número de relações que tenham por objeto o trabalho, embora, como anteparo, deva aparecer, e sempre e *sine qua non,* a figura do *empregador* — o pólo que, *ultima ratio,* afeiçoa a natureza da relação. Tal direção, que revela a amplitude da política jurídica brasileira, parte, como princípio básico da própria Constituição Federal, como dispõe em seus arts. 7.º *caput* e n.ºs XXIX, XXXI, XXXIV e 114, *caput*.

4. O problema da opção não é novo.

Sabe-se, desde então, que apesar de a Lei n.º 5.107/66 enunciar o ato jurídico de incorporação do empregado em seu quadro através de uma manifestação de vontade chamada "opção", como "um direito de escolha", [7] a verdade é que quem sempre "optou" foi o empregador, pois, antes de assinar-se a Carteira de Trabalho ou um contrato, seja de experiência, assina-se o termo de opção, não se esquecendo que essa lei exigia, para a filiação ao regime, fosse formal, o ato e até escrito (art. 1.º, § 2.º, que

---

6 Ressalte-se que a *conditio juris* de "empregado" foi sempre o dado fundamental para definir o contrato regido pela legislação trabalhista, a ponto de o contrato em que se conforma a sua relação ter sido denominado por autores, da maior autoridade, como contrato "de emprego", acentuação que se encontra em CATHARINO, José Martins. *Contrato de Emprego.* Salvador, s. ed. e s.d. e *Contrato de Emprego* (Coments. aos arts. 442/510 da CLT). 2ª ed., Rio de Janeiro. Eds. Trabalhistas, 1965; COTRIM NETO. A. B. *Contrato e Relação de Emprego.* São Paulo. Ed. Max Limonad, 1944; HENRIQUE, João Milton. *Empresa — Empregado e Empregador.* Tese. Belo Horizonte. Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, s.d. e PIMPÃO, Hirosé. *Das Relações de Emprego no Direito do Trabalho.* Rio de Janeiro. Ed. José Konfino, 1960.

7 Cf. a excelente conceituação em PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico.* Rio-São Paulo. Ed. Forense, 1963. Vol. III, p. 1.095, verbete "opção".

impunha a "declaração escrita" da manifestação da "preferência" do empregado).

Na evolução do regime, no Brasil, é de grande significação a Lei n.º 6.185, de 11 de dezembro de 1974, pela sua probidade jurídica, quando, ao regular a admissão de trabalhadores estatais (da União), pelo regime contratual-celetista, eliminou a formalidade da "opção", ao fazer aplicar, automaticamente, para estes servidores, "as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço" (art. 3.º).

A Lei n.º 7.839/89, a que revogou a Lei n.º 5.107/66, portou-se às avessas. Ao invés de entreter-se com o ato da "opção", sobre que se silencia, conduz o intérprete a uma operação inversa, que, em hermenêutica, se pode entender por *a contrario*, ou seja, está-se disciplinando o regime do FGTS com regra geral afastando, como exceção não presumida, o sistema tradicional da estabilidade ou indenização "celetistas" (CLT, arts. 477 e segs.), entendimento que pode aconchegar-se ainda sob o calor de outros dois brocardos, tão bem explicados por CARLOS MAXIMILIANO: *inclusice unius fit exclusio alterius* ou *qui uno dicit, de altero negat* ou, ainda, *qui de uno negat de altero dixit.* [8]

Como dando vasão ao n.º III do art. 7.º da Constituição Federal (na suposição de que esta veio a admitir só o sistema do Fundo, com dizer "assegurado" ao trabalhador), a Lei n.º 7.839/89 dispunha em seu art. 12:

> "Fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores que, à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, já tinham direito à estabilidade no emprego nos termos do Capítulo V do título IV da CLT." (*verbis.*)

E, em seu § 1.º, insiste o mesmo art. 12:

> "O tempo do trabalhador não optante do FGTS, anterior a 5 de outubro de 1988, em caso de rescisão sem justa causa pelo empregador, reger-se-á pelos dispositivos constantes dos arts. 477, 478 e 479 da CLT." (*verbis.*)

A atual Lei do FGTS, a de n.º 8.036/90, em seus arts. 14 e § 1.º, mais não fez do que repetir os dispositivos acima transcritos.

O dispositivo referido atesta o que se pode qualificar de soberba, ao asseverar que "fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores..." etc., como se às suas costas e por sobre a sua cabeça não estivesse em vigor ou inexistisse na pirâmide normativa o art. 5.º, XXXVI, da Constituição nem a outra regra de sobre-direito (*überrecht*) do art. 6.º da Lei de

---

8 Cf. sua clássica obra, nunca bastante consultada, *Hermenêutica e Aplicação do Direito,* 9ª ed., Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1979, pp. 242/3, nºs 259/6.

Introdução ao Código Civil (Decreto n.º 4.657, de 4-9-42), que asseguram o direito adquirido *e contra a própria lei*...

Está visto que não existe mais a "opção" em sua formulação e em sua acepção originária, pois o regime que se pressupõe o geral e aplicável no contrato de trabalho é o do FGTS, ressalvando-se, para os trabalhadores com contratos anteriores à entrada em vigor da Constituição Federal (5-10-88) e não optantes então, o direito de transacionarem o tempo de serviço não regido pelo FGTS ou do recebimento de indenização por tal período, seja simples, seja em dobro, se despedidos sem justa causa. Não há mais contrato fora do Fundo.[9] Há resquícios de tempo de serviços ou sujeitos a conversão ou indenizáveis ou perdidos.

Na seqüência da inovação operada no Direito Brasileiro, a Lei do Fundo de Garantia em vigor, já estabelecido isto na Lei n.º 7.839/89, traz o instituto da "opção", mas somente com a finalidade da assegurá-la com efeito retroativo, antes, condicionado pela Lei n.º 5.938, de 10-12-1973, ao assentimento do empregador (art. 1.º), o que não mais se exige (Lei n.º 8.036/90 art. 14, § 4.º). A opção com efeito retroativo, pois, é ato unilateral, com eficácia plena, pressupondo-se escrita e comunicado ao empregador (ato receptício).

No art. 16, a Lei nova (8.036/90) agasalhou, com sensível modificação conceitual, o dispositivo anterior, da Lei n.º 6.919, de 2-6-81, cujo art. 1.º, que, com toda a propriedade e circunscrito ao sistema do Fundo, facultava às empresas estender a seus diretores não empregados "o regime do FGTS", ou seja, os órgãos da sociedade, sem que, com isto, passassem à condição de "empregados". Ora, o art. 16, além de voltar à denominação "empregado", intenta definir o que se deva entender por "diretor", *a fortiori* o diretor não empregado, defluindo, afinal:

> "Considera-se diretor aquele que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo."

Sob o prisma da extremação da figura típica do diretor, a lei traz contribuição significativa e, como já sustentávamos alhures,[10] é indispen-

---

9 Admitindo-se os trabalhadores temporário excluídos do regime do FGTS, por interpretação desnivelada da Lei nº 6.019/74 — já que ela rege a relação de emprego, seja com o cedente ou o cessionário ou com ambos, e as situações jurídicas discriminadas em seu art. 12 dizem respeito a nexos intra-contratuais — a lei atual nos §§ 1º e 2º do art. 15 tornou inequívoca a aplicação. Ressalte-se, como foco de observação, que até o momento, o direito ao FGTS para os domésticos constitui programa de política legislativa.

10 Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. "Diretor de S. A. e Relação de Emprego". *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n. 91, jul./set., Brasília. Senado Federal, 1986, esp. pp. 392 e ss.

sável que haja não só a previsão do cargo em norma jurídica (lei, estatuto ou contrato social), mas, substancialmente, que tal norma fixe as atribuições do diretor, pena de tornar-se uma pessoa subordinada a outra (outro diretor) ou outro órgão da administração ou de mando.

A infelicidade do art. 16 foi o equacionamento da posição jurídica, quando alude a que "as empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão equiparar seus diretores não empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS". Não há equiparação entre diretor empregado e diretor não empregado. Tal colocação importa em indiscriminação quanto aos efeitos demais do contrato de trabalho, tomando-se como ponto de partida o recolhimento do FGTS. O que, na realidade, se dá — assim estava na lei anterior — é a mera extensão, *facultada ao empregador ou à empresa* de conceder o regime do FGTS aos diretores não empregados, não mais.

Em princípio, a lei em vigor, com as retificações sucessivas à Lei n.º 5.107/66, manteve os mesmos fatos-suportes de movimentação das contas do FGTS das leis anteriores, notadamente nos casos de rescisão do contrato de trabalho (rescisão direta, indireta, por culpa recíproca, com ou sem justa causa — arts. 18 e 20 — e no curso do contrato, mormente para o pagamento de débito para com o SFH).

O deslizamento do sistema financeiro do FGTS para o sistema financeiro do SFH precipitou-se, desmesuradamente, na reforma da legislação do Fundo, como dá notícia viva o art. 20, V, *a* a *c*, VI e VII, *a* e *b*, da Lei n.º 8.036/90, em preservação ao disposto no art. 8.º, II, *b* da Lei n.º 5.107/66.

As hipóteses de levantamento, no curso do contrato, antes previstas na Lei n.º 5.107/66, art. 8.º, II, letras *a*, *c*, *d* e *e*, ainda em caso de rescisão pelo empregado, quais sejam, aplicação do capital em atividade comercial ou industrial ou agropecuária, necessidade grave ou premente pessoal, aquisição de equipamento destinado a atividade de natureza econômica ou por motivo de casamento do empregado do sexo feminino, tudo isto foi desmapeado. As razões de natureza pessoal ou individual econômica preconizadas pela Lei n.º 5.107/66 desapareceram e/ou se transmudaram em razões de macroeconomia, ligadas aos planos habitacionais do Governo, com transferência nominal de capitais, que continuam em poder do Governo, sempre na Caixa Econômica Federal.

5. Há uma temática que comporta exame, em razão de tratar-se uma situação jurídica contingente no Brasil, que consistiu na chamada implantação do Regime Único para o funcionalismo federal, estadual e municipal (Constituição Federal, art. 39, *caput*).

Se se extinguem contratos de trabalho ou se tais contratos são transmudados em relações jurídicas de outra espécie e natureza, pergunta-se: qual será a eficácia da mudança quanto ao FGTS?

É este o objetivo final de nossa abordagem.

6. Primeiramente, o campo da investigação deve cingir-se ao problema do FGTS, ou seja, se extinto o contrato de trabalho em razão da mudança de regime, tem direito ou não o empregado ao seu levantamento.

Parece-nos que as primeiras incursões da jurisprudência pelo tema não têm sido das mais felizes e sem a abrangência jurídica que a hipótese comporta.

Somente se poderia considerar a mudança de regime — a do celetista para o estatutário, ou o regime único — como apenas uma transformação composta de relações jurídicas (o conjunto de direitos e obrigações ou de direitos e deveres) sem que o feixe anterior dos direitos do trabalhador ou ficasse preservado na modificação ou, a despeito dela, tivesse continuidade em seus institutos ou em efeitos de tais institutos.

Na realidade, a refisionomização da situação jurídica, de celetista para estatutária — imposta por ato estatal, portanto, no interesse do empregador público — preservou certos institutos trabalhistas congêneres ou compatíveis com o novo regime, tais como contagem de tempo de serviço (para fins de férias, aposentadoria, gratificação natalina etc.) [11], assim como a remuneração, que é constitucionalmente irredutível. É o que, com muita autoridade, se lê na citada obra de ANASTACIA [12].

Todavia, mais abaixo, o ilustre tratadista teve de convir, e aí ele abre uma das chaves para a solução do problema, ao afirmar:

> "A alteração de maior monta dar-se-á em razão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, que deixa de ser recolhido pelo Estado, por ser incompatível com a estabilidade típica do servidor público" (ob. cit., pág. 91/2, n.ºs 5.2.3).

Neste crucial ponto, dá-se o inverso do que ocorreu nas relações trabalhistas, quando o regime do FGTS sucedeu ao da estabilidade, enquanto no regime único a estabilidade sucedeu ao regime do FGTS.

Portanto — e isto é bastante elementar —, no novo regime, não mais se pode falar em FGTS, pois se trata de instituto radicalmente extirpado do quadro de direitos do servidor público e com eles incompatível.

---

11 Ver art. 39, § 2º da Constituição vigente.

12 Agora a p. 91, n.os 5.2.3.

Acrescente-se ainda: do FGTS nada se aproveita no regime novo e, ao de repente, passou o trabalhador a ficar órfão de um direito antes integrado em seu patrimônio, com a preservação constitucional do art. 5.º XXXVI, da Carta de 1988.

Ora, promovida pelo Estado-patrão a supressão unilateral de um contrato em que se abriga um direito a ele peculiar, o FGTS, é evidente que tal supressão deve acarretar efeitos ou conseqüências jurídicas sob pena de consagrar-se o enriquecimento *sine causa* ou ilícito do FGTS ou de retirar-se da própria lei deste uma das causas explícitas de seu levantamento pelo trabalhador, qual seja, a extinção do contrato de trabalho ou *ex vi legis* ou *moto* próprio do empregador. É o princípio jurídico defluente do art. 19 da Lei n.º 8.036/90 (que se remete a um seu art. 14, que não fala absolutamente nada), do art. 20, II e IX (que prevê, até, a extinção normal do contrato a termo, supondo-se que a conversão do regime fixou termo *ex abrupto* no contrato de trabalho), da Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990.

A decorrência do princípio, como ato unilateral de extinção do contrato e, depois do hiato *jurídico*, a sua conversão em um regime que abriga *manifesta rejeição* pelo FGTS, em nada se diferencia do dispositivo do artigo 18 e seu § 1.º, que impõem o pagamento do Fundo e autoriza seu levantamento, em caso de "rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador" ou de "despedida pelo empregador sem justa causa", já que o trabalhador, *no concernente ao FGTS* vai para o nada jurídico. Negar o levantamento será, *ultima ratio*, ainda, nada mais nada menos que um ato de expropriação.

O que se sustenta, aqui, é que a extinção do contrato de trabalho, no que *concerne ao FGTS*, tem o mesmo efeito rescisório da dispensa ou da rescisão por ato do empregador, as quais facultam o levantamento pelo trabalhador.

De toda pertinência é a Súmula n.º 178 do extinto Tribunal Federal de Recursos, *verbis:*

> "Resolvido o contrato de trabalho com a transferência do servidor do regime da CLT para o estatutário, em decorrência de lei, assiste-lhe o direito de movimentar a conta vinculada do FGTS" (TFR-Súmula n.º 178).

O antigo preceito acima sumulado dá, ao ato de extinção do contrato, a qualificação de "resolução", pois exprime com toda a objetividade: "resolvido o contrato". Quer isto significar que a "resolução" precede a transferência, pois não se carregam para o novo *status*, os mesmos direitos e obrigações que os do antigo "contractus"; sob um segundo aspecto, vê-se que, ao precisar a natureza do ato de mudança como "resolução", quis o

então TFR significar a subseqüente ocorrência de conseqüências ou efeitos, quais sejam, se na esfera civil, a de indenizar ou reparar.

Dentro desta linha, decidiu o ilustre Tribunal Regional do Trabalho da 12.ª Região:

> "FGTS. Alteração de regime jurídico. A alteração de regime jurídico, dito celetista para estatutário, assegura ao trabalhador não só o levantamento dos depósitos do FGTS, como o direito a comprovação de seu correto recolhimento pelo trabalhador" — TRT — 1.ª Reg. (unân.) Proc. RO-280/88. Rel. Juiz J. F. CÂMARA RUFINO" in BOMFIM, B. Calheiros & SANTOS, Silvério dos. *Dicionário de Decisões Trabalhistas.* 22.ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Trabalhista, s/d, p. 316, Ementa n.º 2.037.

Voltando-se à Súmula n.º 178, do TFR, depara-se outra peculiar colocação, quando ali se exara que a resolução do contrato e transferência para o regime estatutário se deram em "decorrência de lei".

O plano jurídico aqui visualizado passa a exigir uma especial, embora sucinta, exposição, em razão mesmo das dimensões deste trabalho.

Está-se sempre sustentando que a mudança de regime decorreu de dispositivo legal e até com direta escora constitucional. Significa isto que tanto a administração estatal — os órgãos estatais, encarregados de gerir o Estado —, este como *sujeito de direito,* assim como os servidores empregados estão subordinados à lei, ao Estado-lei, como *ordem jurídica.* Em razão disto, supor-se-ia a inexistência de responsabilidade do Estado-sujeito pela mudança de regime e pela cessação do contrato de trabalho. [13]

Acontece, porém, que das sucessivas colocações devem, sob este ponto de vista, ser timbradas: a) em primeiro lugar, ainda o *Estado-ordem-jurídica,* dentro do que corretamente se qualifica "Estado de Direito", está condicionado em seu constante processo de reestruturação legal ao princípio básico da constitucionalidade e da força vinculante das normas superiores sobre as inferiores (como magistralmente compendiara HANS KELSEN). A mudança de regime, portanto, não pode atentar, ainda que pela lei, contra determinados direitos e garantias básicas, expostos na Constituição, mormente, aqui, o do ato jurídico perfeito, o do direito adquirido e o da responsabilidade por atos que importem alterações lesivas ou "ad minus" das situações jurídicas legitimamente constituídas das partes e das pessoas em geral. Entende-se, sob tal acepção, que a supressão do FGTS, como um bloco patrimonial constituído e integrado nos direitos

13 Cfr. o desenvolvimento da temática da dicotomia Estado-sujeito-de-direito e Estado-ordem-jurídica por nós exposto no livro *Direito Público e Direito Privado, sob o prisma das relações jurídicas.* São Paulo. Ed. Saraiva, 1975, pp. 23 e ss.

subjetivos-públicos do trabalhador estatal,[14] viola princípios constitucionais fundamentais, o que é vedado à lei ao disciplinar a matéria, pois não se desatendeu ao comando constitucional da mudança de regime, *in procedendo,* atendeu-o mal, *in essentia;* b) em segundo lugar, ainda assim, ou seja, ao entendimento de que a mudança adveio da *vontade da lei* e *não da vontade do Estado-administrador,* ainda assim, o nexo entre uma e outra *in casu* é tão íntimo que dificilmente se poderá ocultar ter sido tal mudança levada a efeito no exclusivo, senão dominante interesse do *Estado-sujeito,* ou seja, a benefício do FGTS ou a alteração na condição de tal levantamento antes prevista e assegurada em lei nos casos de extinção do contrato de trabalho, que sofreram agudo golpe de natureza supressiva ou *in mora* danosa.

O privilegiamento não se aloca, propriamente no Estado-empregador, mas no FUNDO mesmo, este órgão ou, mais precisamente, pessoa, que passa a apropriar-se de dinheiros que não lhe pertencem e a *administrar* não *in nomine proprio,* mas *alieno nomine.*

Portanto, em qualquer ângulo a que se alce a dialética do problema, não se pode fugir do resguardo do direito de levantar-se o Fundo, em caso de mudança de regime, tal a distorção imprimida na ordem jurídica, tal o rompimento da regularidade jurídica-eficacial em que se estrutura o contrato de trabalho.

O que não se admite é a imposição da vontade do Estado-patrão como se a lei pudesse acobertá-lo de vantagens arbitrárias em detrimento da pessoa trabalhadora, a que a Constituição visou preservar na elevada pontuação de seus direitos.

7. Duas especificidades sejam alertadas.

7.1 Os trabalhadores ou servidores federais, então celetistas, tiveram seus contratos extintos no dia 11 de dezembro de 1990, data da Lei n.º 8.112, que implantou o regime único na esfera federal.

A partir, portanto, do dia 12 de dezembro, os servidores, com os contratos extintos já passaram a ter incorporado em seu patrimônio jurídico o direito ao levantamento do FGTS, pelas razões acima apontadas.

Ao editar a lei federal 8.162, de 8 de janeiro de 1991, que, no seu artigo 6.º, § 1.º, veda "o saque pela conversão de regime", o legislador já encontrou uma situação juridicamente constituída, perfeita e acabada

---

14 Cf. na obra que sistematizou o conceito, JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte.* Neudruck der 2. Auflage. Tübingen 1919. Scientia Verlag. Aalen, 1964, S. 41-53.

e não poderia fazê-la reverter, sob pena de retroatividade, lesão ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, aqui dentro do campo da intertemporalidade, em afronta ao citado art. 5.º, XXXVI da Constituição Federal. Para os federais, bem como para os servidores de outras esferas de poder que tenham tido os seus regimes implantados antes de 8-1-91, a Lei 8.112/91 chegou atrasada em sua eficácia jurídica. É írrita.

7.2 Finalmente, importa resguardar-se uma posição antiga[15] que vimos sustentando e agora mais robustecida pelo entumescimento orgânico dos quadros retentores e administradores das importâncias em dinheiro do FGTS, posição esta segundo a qual o FGTS constitui uma pessoa jurídica, tem *interesses* próprios, como centro de retenção e de administração de interesses que se confundem com interesses nele centralizados. Adverte-se que de tal forma se abriu o fosso, que os interesses são na sua quase totalidade contrapostos aos dos trabalhadores. E, em razão de tal posição, é indispensável sejam ou concomitantemente acionados ou notificados da reclamatória visando ao levantamento do Fundo tanto a Caixa Econômica Federal, e o Ministério do Trabalho e da Previdência Social (que é mero órgão, mas a que a Lei n.º 8.036/90, art. 25, parágrafo único, dá legitimação processual para isto e a ponto de o art. 26 dizer que, além da Caixa, o Ministério do Trabalho e da Previdência Social pode figurar como "litisconsorte" — *sic*).

Não pode prescindir o aplicador, em casos tais, de uma ampla abordagem do tema e a nível de ordem jurídica, em que se resguardam os princípios da legalidade e o consectário da constitucionalidade.

O contrasenso não transita apenas pelo absurdo lógico, mas contamina também e substancialmente a ciência jurídica e seria um contrasenso convir na legitimidade de um ato (a supressão do FGTS) ínsito no contrato de trabalho que compõe um de seus pressupostos até de afirmação. Nasce o pacto optando-se.

Com sua proverbial percuciência e acuidade, observou CÉLIO GOYATA, cuja lição nunca nos servirá tanto:

> "Ora, o contrato de trabalho é um contrato realidade e deve ser interpretado em consonância com os pressupostos de sua pactuação" — Da Dissolução dos Contratos de Trabalho a Termo "incertus quando". — Separata da *Revista dos Tribunais*. Vol. 243 — janeiro-1956, pp. 42 a 80.

---

15 Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. "Fundo de Garantia e Personalidade Jurídica", in *Direito do Trabalho e Fundo de Garantia: Temas atuais de direito material e processual*, São Paulo. Ltr. 1978, especialmente à p. 35.

Licitação: Pontos em Debate

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Procurador do Estado Assistente da Procuradoria Administrativa, Advogado, Professor de Direito Administrativo da Universidade Estácio de Sá, Presidente da Comissão de Licitações da PGE

SUMÁRIO

1. *Noções gerais*

1.1. *Sede Constitucional* — Licitação é o procedimento administrativo através do qual a Administração seleciona, por meio de habilitação de proponentes e julgamento de propostas, candidatos que com ela estão aptos a celebrar contratos. A determinação para a realização desse procedimento tem sede constitucional no art. 37, XXI do Texto Federal, onde se exige prévia licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, devendo ser assegurada igualdade de condições entre os participantes. Igualmente, a qualificação técnica e a capacidade econômica para o cumprimento das obrigações previstas no contrato são condições exigidas pela própria Lei Maior para a participação no certame (sem

detrimento da capacidade jurídica e regularidade fiscal, das quais aquelas são conseqüentes).

No mais, o constituinte reservou ao legislador ordinário a disciplina das exceções à regra da licitação, bem como as condições da contratação.

1.2. PRINCÍPIOS — Vale lembrar que os princípios que regem a a Administração Pública (art. 37, *caput*, CF) devem estar invariavelmente presentes no processo licitatório e na legislação que a regular. São eles a legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade.

1.3. NORMA INFRACONSTITUCIONAL — A licitação deve atender ao princípio da legalidade, traçando-se na lei o procedimento a ser adotado, as hipóteses de sua obrigatoriedade e dispensa, os direitos dos licitantes, as modalidades de licitação e os princípios para contratação.

1.3.1. Tal lei, atualmente, é, o Decreto-Lei n.º 2.300, de 21-11-86, que veio a substituir os arts. 125 a 144 do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que tratava da matéria. A nível estadual — CF, art. 24, I, c/c §§ 1.º e 2.º — disciplinam as licitações a Lei n.º 287, de 4-12-79, e seu regulamento, o Decreto n.º 3.149, de 28-4-80.

1.3.2. Antes do advento da Constituição Federal de 5-10-88 muito se discutia sobre a obrigatoriedade da observância de tais diplomas federais por Estados e Municípios, havendo quem sustentasse que as licitações e contratos administrativos eram matéria de Direito Administrativo e, portanto, na esfera de autonomia de organização e gestão de cada ente federativo. Outras, com acolhida do Eg. Supremo Tribunal Federal (Rep. n.º 1.057, Rel. Min. RAFAEL MAYER), que a matéria era caracterizada como Norma Geral de Direito Financeiro, envolvendo gestão patrimonial e, portanto, imperativa àquelas entidades por força do art. 8.º, XVII, *c*, da Carta de 1967. Ademais, o tema tradicionalmente era tratado no Regulamento Geral de Contabilidade Pública de 1922.

Com a nova ordem constitucional, tornou-se meramente acadêmica a discussão, porquanto o art. 22, XVII, CF atribuiu competência privativa 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.

1.3.3. Vê-se, assim, que se esgotou também a discussão sobre a obrigatoriedade do procedimento licitatório para as entidades da Administração Indireta e Fundacional. O próprio art. 85 do DL n.º 2.300/86 frisou a necessidade de seu cumprimento por tais entidades até que editados os respectivos regulamentos próprios, sempre com observância das *normas gerais* nele traçadas. A Exposição de Motivos também menciona tal intenção.

1.3.3.1. NORMA GERAL — Daí já surgem duas novas questões. A primeira delas pouco esclarecida pelos doutrinadores no que concerne à definição dessas *normas gerais*. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO assim as posiciona:

> "A ordem jurídica positiva compreende, de modo amplo, atos que expressam a vontade cogente do Estado em vários níveis de abstração e de generalidade. Num extremo de concreção e de particularização estão os atos jurídicos (ato legislativo, ato administrativo e ato judiciário) e, no outro extremo de abstração e de generalização, estão os princípios. Entre ambos, situam-se as normas, em sentido lato, menos abstratas e gerais que os princípios, porém sem as características de concreção e particularização dos atos jurídicos." *(In Curso de Direito Administrativo,* 7.ª ed., p. 66, Forense, Rio de Janeiro, 1989).

São características da norma geral ser ela de caráter nacional, traçar uma diretriz e ser informativa, dando o conteúdo indispensável do ato que vai concretizá-la.

Aliás, a expressão "normas gerais" deveria constar do art. 1.º do Estatuto, como é o espírito do art. 22, XVII, CF, o qual também deveria mencionar a expressão "Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional", dando outras providências na esfera específica da Administração Federal. A despeito de mais técnicas, evitaria algumas polêmicas ainda não sanadas (como a da sua obrigatoriedade às empresas estatais — arts. 85 e 86 e aos convênios estaduais e municipais — art. 82).

Procurando identificar tais normas no próprio texto do Decreto-Lei n.º 2.300/86, TOSHIO MUKAI — in "Licitações: Normas Gerais e a Constituição de 1988", *Boletim ADCOAS Legislativo,* v. 24, n.º 15, maio 90, p. 464 — em classificação não pacificamente aceita, elenca os seguintes dispositivos:

"1 — *art. 2.º* — obrigatoriedade da licitação;

2 — *art. 3.º, §§ 1.º a 3.º* — resguardam o cumprimento dos princípios da licitação;

3 — *art. 6.º, §§ 1.º e 2.º, art. 7.º* — Normas uniformizadoras;

4 — *art. 8.º, e §§* — visa a concretizar o princípio da igualdade;

5 — *art. 12* — norma essencial (diz respeito à inexigência da licitação);

6 — *art. 13* — norma uniformizadora;

7 — *art. 18, § 2.º* — salvaguarda do princípio da igualdade;

8 — *art. 20, caput* — modalidades da licitação (norma geral essencial);

9 — *art. 21* — limites máximos das diversas modalidades;

10 — *arts. 22 a 24* — dispensa a inexigência de licitação (normas essenciais);

11 — *§ 12 do art. 25* — visa a resguardar o princípio da igualdade;

12 — *art. 31* — indicação dos recursos próprios na abertura da licitação (norma uniformizadora);

13 — *§ 2.º do art. 32* — publicidade (norma essencial);

14 — *§ 5.º do art. 32* — prazo da publicidade (norma essencial);

15 — *§ 6.º do art. 32* — capital mínimo — visa a resguardar o princípio da igualdade (norma essencial);

16 — *art. 33* — visa a resguardar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (norma essencial);

17 — *§ 1.º do art. 33* — visa a resguardar o princípio da moralidade administrativa (norma essencial);

18 — *art. 34* — concorrências internacionais (norma uniformizadora);

19 — *§ 5.º do art. 35* — preclusão e segurança das relações jurídicas (norma uniformizadora);

20 — *arts. 36, §§ 1.º a 3.º, e 37, caput* — visam a resguardar o princípio do julgamento objetivo (norma essencial);

21 — *art. 38* — visa a resguardar os princípios da vinculação ao edital e o da probidade administrativa (norma essencial)."

Trata-se de uma exemplificação didática, pois, como dito, não aceita sem reservas.[1]

1.3.3.2. EMPRESAS ESTATAIS — A outra polêmica diz respeito à exigência de licitação para as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem *atividade econômica*, as quais, por força do art. 173, § 1.º, CF, "sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas *privadas*", das quais não se exige tal procedimento.

1.3.3.2.1. Aliás, o próprio conceito de empresa estatal exploradora de atividade econômica já é polêmico.

O Procurador do Estado do Rio de Janeiro e eminente administrativista DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em "Visto" ao

1 Sobre "normas gerais" devem ser consultados os Ofícios nºs 1/88 — DFMN, exarado pelo Procurador DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO no Processo nº E-14/35886/87, e 21/87, da lavra do Procurador EUGENIO NORONHA LOPES, no Processo nº E-12/7352/87.

Parecer n.º 22/91 — MTWM, proferido no Processo n.º PRES — 225/91 METRÔ, sustenta que:

"Com efeito, é preciso ter igualmente em linha de conta a distinção clássica e incontestada entre *serviço público* e *serviço de utilidade pública:* o primeiro, *pró-comunidade* e o segundo, *pró-cidadão,* na tersa lição de HELY LOPES MEIRELLES, conformando esta, a "atividade econômica que só poderá ser explorada pelo Poder Público" caracterizada pela "produção de renda para quem os presta" (DAB, RT, SP, 14.ª ed., 1989, pp. 290 e 291).

Se assim não fosse, as concessionárias privadas de serviço público perderiam também a sua condição empresarial.

E mais ainda. Nenhuma sociedade de economia mista poderia dedicar-se à exploração de atividade tida como serviço público, considerando que o Decreto-Lei n.º 200/67, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 900/69, define-a como a entidade cujo objeto se encontra ligado à exploração de atividade econômica.

Observa-se, ademais, que a própria forma jurídica da sociedade anônima seria, no caso, de impossível adoção, uma vez que a Lei n.º 6.404/76 (art. 2.º) restringe o objeto da companhia a "qualquer empresa de fim lucrativo".

Deve-se, pois, assentar que a sociedade anônima, de economia mista ou não, e qualquer que seja o seu objeto, desenvolve sempre e necessariamente uma atividade econômica.

Conseqüentemente, o sadio princípio constitucional inaugurado no art. 173, § 1.º, da Constituição Federal, aplica-se a todas as sociedades de economia mista, as quais, por isso mesmo, se regem pela legislação privada.

Acrescente-se que esse avanço da Constituição de 1988 é uma conquista da racionalidade pública, de vez que trata de afirmar a absoluta necessidade de que esses serviços *sejam prestados com eficiência econômica,* não pesando sobre os cofres do ESTADO, como seria, então, aceitável, no já ultrapassado *Welfare State* Keynesiano, e, hoje, um claro indicativo de desgoverno.

Assim sendo, não vejo como aplicar à hipótese regras e preceitos inerentes à administração financeira do ESTADO, tais como os que tratam de previsão orçamentária, empenho e tramitação burocrática, os quais, inclusive, são incompatíveis com a dinâmica empresarial, e, muito menos, reconhecer, a uma entidade de

direito privado, o *privilège du préalabie,* apanágio intransferível do ESTADO *(vide conclusão 13)."*

Já CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em parecer publicado na RDP n.º 97, pp. 30/36, faz a devida distinção entre empresa exploradora de atividade econômica — destinada a intervir no domínio econômico, atuando em esfera constitucionalmente reservada a empresa *privada* por força do princípio da livre iniciativa (CF art. 170) — e empresa prestadora de serviço público — mera descentralização administrativa, por questão de conveniência na delegação e personalização (por lei) de um serviço que cabe ao Poder *Público.*

Diz o renomado mestre, *verbis:*

> "Com efeito, é preciso distinguir as sociedades de economia mista e empresas públicas em duas distintas espécies, a saber: prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica, pois o regime de uma e outra não é idêntico. Ambas, pelas razões já expostas, inobstante sejam constituídas sob forma de direito privado, sofrem o impacto de regras de direito público. As primeiras, entretanto, são alcançadas por estes preceitos com uma carga mais intensa do que ocorre com as segundas, o que é perfeitamente compreensível.
>
> Deveras, as prestadoras de serviço público desenvolvem atividade em tudo e por tudo equivalente aos misteres típicos do Estado e dos quais este é o senhor exclusivo. Operam, portanto, numa seara estatal por excelência, afeiçoadas aos seus cometimentos tradicionais e que demandara, bastas vezes, o recurso a meios publicísticos de atuação...
>
> Já as exploradoras de atividade econômica protagonizam seu empenho em um campo que é, por definição, o terreno próprio dos particulares, das empresas privadas, e ao qual o Estado só por exceção pode acorrer na qualidade de personagem empreendedor, ainda assim, este papel lhe é facultado apenas quando houver sido aceitado por motivos de alta relevância."

Ainda à respeito da matéria, manifestou-se o eminente jurista ADILSON ABREU DALLARI, em parecer publicado na RDP n.º 94, fls. 94 a 108, *in verbis:*

> "Em resumo, as entidades privadas criadas pelo Estado para o desempenho de serviços públicos, as pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo próprio Poder Público para desenvolver atividade tipicamente pública, podem e devem ter um regime muito mais assemelhado ao das entidades públicas; podem ter, sim, indubitavelmente um tratamento privilegiado, inclusive quanto aos aspectos tributários, porque não concorrem com as

empresas privadas, não concorrem com os particulares em sentido estrito.

A doutrina e a jurisprudência já haviam entendido estas distinções quando do advento da Constituição Federal de 1988. Pode-se dizer que o constituinte de 1988 percebeu claramente a existência de dois tipos de empresas estatais, as que desenvolvem atividades econômicas e as que prestam serviços públicos, motivo pelo qual em uma série de dispositivos cuida de situações que são comuns a qualquer uma dessas espécies de empresa estatal, mas, cientes da distinção, quando quis se referir à empresa estatal exercente de atividade econômica em sentido estrito deixou expressamente consignada essa referência."

No mesmo parecer, destaca-se a posição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, às fls. 104/105, abaixo transcrito:

"Tenha-se presente essas distinções para a compreensão da natureza e limites das empresas estatais; pois sob o ponto de vista de sua função diferenciam-se em dois tipos: as prestadoras ou exploradoras de serviços públicos (como a CESP, a CEMIG, a Companhia do Metrô, a Telebrás, a Rede Ferroviária Federal, a VASP, etc.), e as exploradoras de atividade econômica (como a Petrobrás, a Vale do Rio Doce, o Banco do Brasil, a Embraer, a Cosipa, etc.). O regime jurídico dessas empresas é diferente. As primeiras entram no conceito de descentralização de serviços pela personalização da entidade prestadora. O modo de gestão desses serviços públicos, entre outros, não só de competência da União, mas também dos Estados, Distrito Federal e Municípios, entra no regime da discricionariedade organizativa, ou seja, cabe à Administração escolher se o faz diretamente, ou por delegação a uma empresa estatal (pública ou de economia mista) ou por concessão (autorização ou permissão a uma empresa privada)."

No mesmo sentido, confira-se a lição de TOSHIO MUKAI, em estudo denominado "A Empresa Pública na Nova Constituição", publicado no *Boletim Legislativo ADCOAS*, n.º 9, de 30 de março de 1989, p. 324:

"O Estado não tem outra missão senão a de buscar a satisfação do interesse público.

Isto ele o faz precisamente ao executar os serviços públicos, mas, mesmo quando explore atividade econômica, ele só pode fazê-lo escudado também num critério de interesse público.

Entretanto, a noção de interesse público pode ser entendida como expressão do valor público que em si mesmas têm certas coisas, ou bem como expressão daquilo que interessa ao público.

Assim, podemos dizer que "serviço público industrial ou comercial é aquele em que o Estado, ao elegê-lo como tal, exerce-o diretamente ou por interpostas pessoas, e que, por atender a necessidade essencial ou quase essencial da coletividade, apresenta um interesse público objetivo em sua gestão. E atividade econômica do Estado é aquela que ele resolve assumir, dentro de sua política econômica, observados os princípios constitucionais da ordem econômica, por julgar que tal atividade consulta ao interesse público da mesma ordem (interesse público subjetivo). (Cf. nossa ob. cit., p. 183.)

E, como conseqüência, podemos ter, no Brasil, empresas públicas que exercem serviços públicos comerciais ou industriais, e empresas públicas que explorem atividades econômicas.

Daí termos traçado os regimes jurídicos de uma e outras (diferentes), as primeiras como substrato jurídico administrativo saliente, e as segundas, como substrato jurídico de direito privado preponderante." (Cf. nossa ob. cit., p. 185 e segs. e 237 e segs.)

O próprio Decreto-Lei n.º 2.300/86 faz, no art. 86 e seu § 1.º, a distinção em relação às estatais destinadas ao exercício de política industrial.

Diante de tais entendimentos, parece-nos que a polêmica permaneceria apenas em relação às empresas destinadas à intervenção na atividade econômica, posto que as prestadoras de serviço público, que não se submetem à regra excepcional do art. 173, § 1.º, CF, devem preceder suas contratações de licitação, nos moldes do Decreto-Lei n.º 2.300/86.

Mais uma vez, o tema não é tranqüilo na doutrina.

LUCIA VALE DE FIGUEIREDO, in *Direito dos Licitantes,* Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1985, p. 40, assim leciona:

"Parece-nos, todavia, que tal regra é sobretudo dirigida ao legislador ou ao aplicador da lei, no sentido de que não se outorguem benefícios às empresas estatais ou mistas, que venham exatamente desfigurar o sentido da norma do artigo 170 que, abrigando o regime capitalista, atribuiu à atividade privada a exploração da atividade econômica.

Entretanto, ao se estender a obrigatoriedade de proceder às licitações, ainda que por um procedimento mais elástico, de modo algum estar-se-ia vulnerando o Texto Constitucional, vez que a intervenção estatal não deve ir além da suplementação da atividade privada, quando esta for insuficiente. O Texto Constitucional pretende uma igualdade de regime, quando esta igual-

dade possa garantir, exatamente, o não aniqüilamento da iniciativa privada.

A regra, pois, é de aplicação voltada de imediato à proteção da atividade privada.

Demais disso, não são as empresas públicas e as sociedades de economia mista comparáveis, em tudo e por tudo, às empresas particulares, haja vista que: *a)* submetem-se a controle pelos Tribunais de Contas; *b)* não podem falir; *c)* os atos de seus diretores são passíveis de mandado de segurança; *d)* a ação popular é exercitável como remédio jurídico, caso celebrem contratos lesivos aos seus patrimônios."

Por outro lado, o não menos douto comercialista e Procurador do Estado JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, em sua famosa obra *Direito Societário* — Ed. Liv. Freitas Bastos — adota posição diversa, *verbis:*

"Uma questão que se coloca é a de saber em que extensão os vários incisos do art. 37 da Constituição Federal são aplicáveis à economia mista e à empresa pública.

Esse artigo deve ter a sua exegese conjugada com a do art. 173, § 1.º, a fim de superar-se a aparente contradição que envolveria essas disposições. Ora, o art. 173, § 1.º, manda aplicar à sociedade de economia mista e à empresa pública o mesmo regime jurídico da empresa privada, enquanto o art. 37 as submeteria a toda a sistemática própria e peculiar à Administração Pública.

Afigura-se evidente que o art. 37 não tem, em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, a extensão que lhe pretendem atribuir.

A regra, nessas entidades de natureza empresarial, é a legislação privada. O art. 37 refere-se genericamente à Administração Direta, Indireta e Fundacional, mas, quando pretende atingir efetivamente a economia mista e a empresa pública, o faz de forma específica, como é o caso da acumulação de cargos: "a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público (art. 37, XVII).

Assim, entre os vários incisos do art. 37, apenas alcançam a economia mista e a empresa pública aqueles que as refiram de modo expresso ou que com elas guardem adequação.

Há um princípio, todavia (art. 37, *caput*), que é o da moralidade, cuja aplicação se impõe, como uma constante, a toda a Administração Pública.

O processo de licitação, por exemplo, não se aplica indiscriminadamente às empresas do governo, mesmo porque, em muitos casos, seria impraticável. Não teria cabimento promover uma licitação para que uma empresa industrial ou comercial do Estado vendesse o seu produto. A licitação seria, contudo, pertinente para a venda de um imóvel da empresa.

O que deve nortear a decisão é o princípio da moralidade. A licitação, quando compatível com o interesse da empresa, deve ser realizada. Não havendo adequação para a licitação, a empresa deverá agir segundo as práticas do mercado, por elas pautando a sua ação."

No âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, a questão encontra-se pacificada em favor desta última tese (sem considerar as distinções) desde que a empresa estatal exploradora de atividade econômica interventiva esteja exercendo a sua *atividade-fim*, i. e, atuando para a realização do seu objeto social. Preserva-se, assim, a maleabilidade da forma privada escolhida pela Administração para a consecução de objetivos inerentes ao atendimento de relevante interesse coletivo ou à segurança nacional. Não se conceberia, por exemplo, que a Cia. Siderúrgica Nacional ou a Vale do Rio Doce, abrissem licitação para a venda de aço ou minério, respectivamente, eis que tais atos são a própria razão de suas existências. Já se o tema é a contratação de obras internas, compras de material de expediente, contratação de serviços de limpeza das instalações, *atividades-meio*, devem sujeitar-se ao princípio licitatório previsto no Decreto-Lei n.º 2.300/86, para a escolha da proposta mais vantajosa (já que, aí, não agem no desempenho de política industrial).

Frise-se, por oportuno, que as empresas ficam dispensadas do procedimento licitatório do Decreto-Lei n.º 2.300/86, mas não dos *princípios* da licitação, aplicando-se o mesmo raciocínio às empresas coligadas e controladas.

1.4. CONVÊNIOS — Muito se questiona se é necessária a realização de licitação para a celebração de convênios. Parece-nos que não, já que o convênio é uma cooperação de esforços, de livre adesão, para a consecução de objetivos comuns; os interesses vão na mesma direção.

O que, entretanto, não pode ocorrer é, através de convênio, atribuir-se à entidade conveniada competências típicas do Poder Público que exigiriam licitação, tais como a compra de materiais, a contratação de serviços e alienação de bens. Tenha-se presente que, no convênio, a Administração busca um parceiro para com ela colaborar e não um executor de suas tarefas (que, num regime de cooperação, permanecem diretamente a cargo da Administração). Raciocinar o contrário seria admitir a burla ao princípio da licitação.

O art. 50 do Decreto n.º 3.149/80 determina que suas normas aplicam-se a todo ato de natureza convencional, tais como acordos, convênios, convenções, etc.

1.5. MORALIDADE ADMINISTRATIVA — No mais, e já voltando aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, a questão é de moralidade administrativa, que deve guiar os atos de todos os agentes públicos (entre os quais situam-se os dirigentes de órgãos de paraestatais).

É essa moralidade administrativa, que, ao lado da impessoalidade, deve nortear um processo isento de escolha dos contratantes da Administração, em igualdade de condições.

Muitas vezes podem ser declarados nulos, por desvio de finalidade, contratos celebrados em final de governo que comprometem receitas do sucessor da oposição, em flagrante violação ao princípio da moralidade administrativa. Assim se posicionou o Procurador do Estado AMILCAR MOTTA, em seu Ofício n.º 3/88 — AM, exarado no Processo n.º E-24/04/12112/87, *verbis:*

> "Com efeito, é de sabença trivial que a atividade administrativa repousa sobre um substrato ético-jurídico que representa, em última análise, um dos fundamentos de validade da própria ação administrativa.
>
> Dentro dessa perspectiva, um contrato, firmado pela administração estadual prestes a se despedir, mas destinado a produzir efeitos pecuniários futuros em face de um governo que lhe é politicamente hostil, não sendo sequer precedido de licitação, obrigatória por força de lei, parece, por certo, não atender às exigências da moralidade administrativa, cuja intangibilidade incumbe ao próprio Poder Público preservar e resguardar."

A moralidade administrativa tem íntima relação com o princípio da probidade administrativa, expressamente enunciado no art. 3.º do Estatuto.

1.6. TRATAMENTO PREFERENCIAL — Esclareça-se que a igualdade preconizada no Estatuto não é radical; o próprio Texto Constitucional, no seu art. 171, § 2.º estabelece, de forma imperativa que, "na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento *preferencial,* nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional". (definida, no inciso II do mesmo dispositivo, como sendo aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País, ou de entidades de direito público interno).

1.6.1 O Decreto-Lei n.º 2.300/86, regulamentando o preceito (que não era auto-aplicável), assegura — como facultam os dispositivos constitucionais citados — a preferência aos bens produzidos em território nacional (art. 3.º, § 2.º).

1.6.2. Não há que se confundir *preferência* com *privilégio*; daí entender-se que a *preferência* dar-se-á como critério de desempate de propostas colocadas em igualdade de condições. Constitui fator de *julgamento,* devendo, portanto, figurar no edital (Decreto-Lei n.º 2.300, art. 32, VII c/c

36, V). Nessa preferência, cabe optar (em situação de igualdade) pelas empresas brasileiras de capital nacional que produzam o objeto do contrato em território nacional, pois foi assim que o preceito constitucional foi regulamentado.

1.7. PUBLICIDADE — Por fim, a publicidade dos atos administrativos em geral, e na licitação especificamente, é princípio fundamental para o exercício do controle desses atos, quer pela própria administração, quer pelo Poder Legislativo, nas hipóteses constitucionalmente previstas (item 12 infra) e, ainda, pelo Poder Judiciário quando provocado por algum interessado em razão de lesão ou ameaça a algum direito.

Dentre os princípios da licitação, além dos já mencionados (por sua genérica sede constitucional), do princípio do julgamento objetivo e da vinculação ao ato convocatório (adiante desenvolvidos nos capítulos que tratam dessas etapas do procedimento) resta citar o do procedimento formal, que implica no reconhecimento de que a licitação é um conjunto de atos necessariamente seqüenciais, onde cada etapa exige a superação (e a preclusão) de questões anteriores. A inversão dos atos procedimentais referentes à licitação acarreta a sua nulidade.

Por procedimento formal não se entenda formalismos excessivos. Só são invalidados os atos que, não observando rigorosamente a forma prevista, deixam de atingir os objetivos prescritos na lei.

Sobre o tema, assim se manifestou DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em *Visto* ao Ofício n.º 9/88 — ENL (Processo n.º E-09/16189/850/87):

> "Irregularidades que não ofendem aos princípios administrativos consubstanciados nas normas federais (gerais) e estaduais (específicas), não levam à invalidação do ato administrativo."

Igualmente, leia-se o Ofício n.º 7/88 — AHWM, do ilustre Procurador do Estado AUGUSTO HENRIQUE WERNECK MARTINS, exarado no Processo n.º E-02/013032/88, *verbis:*

> "Nessa esteira, os vícios de forma devem ser analisados sob a ótica da possibilidade, maior ou menor, de comprometerem o procedimento como um todo. O juízo de validade, no aspecto parcial, foi muito bem explicitado por ADILSON ABREU DALLARI, dando o exato contorno da abrangência da falta dos requisitos em face do ritual licitatório:
>
> > "A existência de um vício em qualquer dos atos formadores torna-o inepto para produzir os efeitos que lhe são próprios, acarretando a nulidade de todos os atos subseqüentes, pois, com o ato defeituoso, rompeu-se a relação causal. *Daqui se infere que a anulação pode ser apenas parcial;* (in *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Ed. RT, 2.ª ed., p. 105.)"

2. *Atos preparatórios*

2.1. REQUISIÇÃO — processo administrativo que dará origem à licitação ou à sua dispensa tem início através da *requisição* do bem ou serviço a cargo dos departamentos de administração das diversas unidades orçamentárias.

2.2. Este momento é o que irá definir o objeto do contrato, (que deve constar do edital) razão pela qual exigirá a devida caracterização do bem ou serviço desejado pela Administração. Por *caracterização* não se deve confundir com individualização ou singularização (que frustrariam o caráter seletivo do processo).

Na requisição do material o objeto do contrato deve ser correto e precisamente descrito de modo a estabelecer o universo dos proponentes interessados em oferecê-lo.

2.3. Cabe, pois, ao órgão requisitante, necessitado do material, individualizá-lo para dar-se início ao procedimento que levará à sua aquisição. Trata-se de um poder discricionário que, entretanto, não é, absoluto, valendo citar orientação traçada no Ofício n.º 30/87-SLC exarado no Proc. interno s/n.º GAB, em 16-12-87, onde o ilustre Procurador do Estado SABINO LAMEGO DE CAMARGO expõe, *verbis*:

> "Todavia, há um limite administrativo para a fixação de critérios que levam à individualização do produto ou serviço, isto é, não pode a Administração pretender uma especificação tal que converta em singulares bens que evidentemente não o sejam, de modo a excluir da competição todos os demais bens ou serviços do mesmo gênero."

O ensinamento encontra apoio na melhor doutrina, conforme se verifica da lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, in *Licitação*, 1.ª ed.. p 36, Ed. *Revista dos Tribunais*, S.P., 1985, *verbis:*

> "Tem, outrossim, um limite máximo, isto é, a elasticidade da ingerência do critério administrativo não é determinada unicamente pela vontade ou juízo do administrador, sob pena de arbitrariedade. A dizer: não cabem especificações despojadas de pertinência lógica com a necessidade pública a ser satisfeita.
>
> Edital que circunscreva excessiva e desnecessariamente o objeto, alija do certame quem poderia disputar a licitação trazendo propostas suscetíveis de atenderem ao interesse administrativo. Neste caso, também seria adversado o preceito da isonomia."

É certo que o artigo 14 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, em seu inciso I, recomenda a padronização; entretanto, não é menos exato que, para adoção da mesma, gerando a vinculação da Administração a determinado

produto e seu fornecedor, é necessário um procedimento prévio onde se justifiquem as vantagens dessa opção.

Assim leciona DIOGENES GASPARINI, in *Boletim de Licitações e Contratos,* abril/91, pp 134 e 135 (Ed. NDJ Ltda), *verbis:*

> "A padronização, por todas essas razões, deve ser objeto de competente *processo administrativo,* aberto e instruído com toda a transparência possível e conduzido por uma comissão de alto nível. Tudo o que for importante para a entidade se ver convencida da necessidade da padronização e para comprovar a vantagem da estandardização, como os estudos, laudos, periódicos, pareceres técnicos, atestados, relatórios de experiências e testemunhas, deve fazer parte da instrução desse processo. Nada impede, até será útil, que a instrução também contenha informações sobre os vários produtos similares ao que se quer ter como padrão em razão da necessidade do serviço ou da qualidade que se quer obter, existentes no mercado, de modo a se poder comparar as vantagens e desvantagens de cada um.
>
> O ato que decide pela padronização deve ser publicado para que possa produzir efeitos externamente e para propiciar aos interessados em geral a sua apreciação e a possibilidade, se for o caso, de defender os seus direitos."

Singularizado o objeto, sem a devida justificação, é nulo o processo a partir desse momento, eis que os atos seguintes partem, em regra, de premissa viciada.

2.4. PESQUISA DE MERCADO — PREÇOS. Com a requisição do bem ou serviço deverá ser anexada ao processo a pesquisa de mercado, realizada, no mínimo, entre três firmas do ramo pertinente ao objeto (a previsão do custo será a média dos três valores encontrados). No Estado do Rio de Janeiro, a Superintendência de Material da Secretaria de Estado de Administração tem atribuição de fazer publicar mensalmente no *Diário Oficial* listagens indicando os preços máximos e mínimos dos artigos adquiridos, o que é feito mediante remessa a este órgão da lista dos preços praticados em cada licitação (Decreto n.º 14.945, de 18-6-90).

Essa fase permitirá a adequação dos preços ao mercado, orientando a fiscalização de superfaturamentos já comuns nas licitações; a adequada instrução do feito permitirá, até mesmo, a repressão ao abuso de poder econômico, caracterizado pela elevação artificial dos preços e pela formação de cartéis, principalmente. A coleta de preços definirá, também, a modalidade de licitação a se adotar.

A estimativa de preços também norteará a desclassificação de propostas que dela destoem (na licitação por preço-base) desde que compatível a estimativa com a realidade do mercado (daí a importância das pesquisas).

2.5. SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO DE MATERIAL — A requisição de material (em três vias) deve ser encaminhada ao órgão responsável pelas compras, a quem cabe centralizar tais requisições, de modo a padronizar as aquisições, obter melhores preços e condições, etc. Evita-se, assim, o parcelamento vedado no art. 7.º do Decreto-Lei n.º 2.300/86 e a contratação em pequenos lotes, que, não raro, geram a dispensa da licitação em razão do valor. Daí existir no Estado do Rio de Janeiro um SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO DE MATERIAIS, com essa idéia de coordenação e articulação, tendo como atribuições básicas (art. 5.º do Decreto n.º 1.064/76) a normatização, a classificação de material, previsão de controle de estoque, aquisição, movimentação e alienação de material. [2]

Para evitar fraudes, um maior planejamento das compras, ou através da centralização ou através da criação de um calendário, conciliando possibilidades de estoques com as cotas orçamentárias liberadas, deveria ser imposto a nível de legislação estadual específica. Esta, por ora, só prevê que, quando os recursos disponíveis só permitirem a execução parcial, cada etapa será objeto de licitação distinta, pela modalidade que regeria a totalidade da obra (Dec. n.º 3.149/80, art. 3.º, § 3.º), e, em havendo recursos, só motivos técnicos autorizam o parcelamento.

Igualmente, a definição de objetos de maior complexidade deveria exigir (por via de aprimoramento da lei) um projeto técnico, semelhante ao que existe para as obras públicas. É o caso de equipamentos de informática ou de telecomunicações, que exigem um sistema integrado entre todos os órgãos.

O prudente seria, no mínimo, solicitação de um laudo sobre as necessidades do órgão com vistas à elaboração do edital. No caso de bens de informática, por exemplo, existe o Decreto estadual n.º 10.881, de 18-12-87, que criou o Conselho Estadual de Política de Informática e o Conselho Técnico de Informática, em cujas atribuições situam-se, respectivamente, estabelecer a política e supervisionar a utilização de recursos na área de informática (art. 2.º) e decidir sobre a aquisição, a qualquer título, de equipamentos e programas de computadores para os órgãos e entidades da Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional (art. 5.º).

Não havendo um órgão técnico para cada área de compras (o que seria uma utopia), a contratação de uma empresa de consultoria de confiança que, com toda isenção, diagnosticasse o ambiente e emitisse um laudo conclusivo em muito contribuiria, não apenas para em edital preciso e sem

---

2 Sobre o tema vide nosso Parecer nº 3/92-AJVS, Proc. Adam nº E.3/008840/91, consulte-se a Resolução da Secretaria de Estado de Administração nº 450, de 28-12-77 sobre requisição de material; Portaria nº 103/SECIM, publicada no *D.O.* de 4-1-89, sobre despesas; Decreto nº 178, de 24-6-75 sobre classificação de materiais; e Decreto nº 153, de 9-6-75, sobre disponibilidade de material todos atos do Estado do Rio de Janeiro.

vícios, mas, também, para a contratação atingir aos seus fins. É o que se depreende da interpretação do art. 14, I do Estatuto, que recomenda a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho.

Ultrapassada a fase de definição do objeto, o roteiro ideal de uma licitação só deixará de exigi-la se for dispensável ou inviável a competição: *O princípio da licitação* se opõe ao "princípio da livre escolha". Conforme se verá adiante, só a lei pode dispensar ou não exigir a licitação, desde que esta não seja viável ou possível.

2.6. FORMALIDADES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO — Surge, então, a questão da formalidade da dispensa ou inexigibilidade, ou, mais especificamente, a maneira pela qual é feito esse controle e as autoridades envolvidas na questão.

2.6.1. A Lei Federal — Decreto-Lei n.º 2.300/86 — é omissa a respeito, caracterizando hipótese deixada ao tratamento de cada esfera de governo, de acordo com a respectiva organização administrativa. Divergem as posições: uma, cometendo a tarefa à Comissão de Licitações do órgão, que teria as atribuições técnicas para o julgamento dos proponentes, com a vantagem da imparcialidade em relação ao ordenador de despesas; outra sustenta que deve tal dispensa caber, exatamente, àquele que tem poderes para autorizar a despesa, que, por sua vez, submete-se ao regime de controle externo de fiscalização financeira e orçamentária, através de prestação de contas ao Tribunal de Contas; uma terceira possibilidade, que parece ser a mais adequada, é cometer-se tal tarefa à autoridade que tem poderes para homologar o procedimento licitatório.

2.6.2. No Estado do Rio de Janeiro, estas duas últimas figuras, na maioria das vezes, se confundem na pessoa dos Secretários de Estado, por força do que dispõe o Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública — Lei estadual n.º 287, de 4-12-79 — art. 82, que define os ordenadores de despesa, e o Decreto n.º 10.058, de 29-6-87, que comete às Secretárias de Estado o dever de homologar e fiscalizar as licitações em órgãos sob sua subordinação ou supervisão. O art. 35 do Decreto n.º 3.149/80 define que são competentes para a prática de todos os atos do procedimento licitatório os ordenadores de despesas (Lei n.º 287, art. 82, § 1.º).

2.7. TRIBUNAL DE CONTAS — Têm causado polêmica as normas do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro que impõem a remessa dos contratos a serem celebrados com dispensa de licitação à aprovação prévia daquele órgão de controle externo. É que a Constituição Federal atribuiu aos Tribunais de Contas poderes para a fiscalização *a posteriori* dos atos da Administração.

2.7.1. Sobre o tema, assim se manifestou o ilustre Procurador do Estado DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, no seu Ofício n.º 19/89 — DFMN, exarado no Proc. Adm. n.º E-14/32.287/89:

"A Constituição de 1988 não discrepa dessa doutrina e, com precisão, delimita essa modalidade de atuação *a posteriori* da gestão financeiro-orçamentária nos incisos do art. 71, que tratam exaustivamente da competência do Tribunal de Contas da União, paradigma obrigatório dos similares dos Estados (art. 75).

Com efeito, é suficiente apreciar o conteúdo dos verbos utilizados nesses incisos para concluir que a regra do controle *a posteriori* dos atos (no sentido amplo) que impliquem em despesa (ou renúncia de receitas — art. 70) não tem exceções, respeitando-se, portanto, o princípio da presunção de legalidade e de legitimidade dos atos do Poder Público.

Em nenhum deles se sujeita a celebração de contratos a prévio exame da sua legalidade pelo Tribunal de Contas. Aliás, no que respeita aos contratos, esse órgão não tem sequer poderes para sustá-los, ainda que os considere ilegais, pois tal competência está expressamente reservada ao Poder Legislativo (art. 71, § 2.º). Ora, se o Tribunal de Contas não pode sustar a sua execução, muito menos a sua celebração."

2.7.2. São, pois, inconstitucionais as Deliberações n.os 107/87 e 117/89 do Colendo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que estabelecem controle exorbitante de suas constitucionais atribuições. [3]

2.8. PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA — A aprovação da licitação implica, automaticamente, no reconhecimento da: necessidade do objeto, em termos qualitativos, quantitativos e na oportunidade para a sua aquisição; adequada descrição do objeto do contrato a ser submetido à licitação; existência de previsão orçamentária e de recursos disponíveis para a aquisição. No Estado do Rio de Janeiro esta verificação compete à Inspetoria Seccional de Fazenda, a quem deve ser remetido o processo; em caso afirmativo será reservada a verba, e após autorizada a licitação, retorna-se o processo àquele órgão para fins de empenho. Então, materializa-se a despesa pública, através do *empenho,* do qual se extrairá a respectiva nota; em outras palavras, compreende dois momentos iniciais, a autorização e a formalização; a autorização é o consentimento da autoridade competente para a realização do gasto; a formalização é a dedução do valor da despesa, feita no saldo disponível da dotação ou do crédito apropriado comprovada pela *nota-empenho.*

O art. 6.º do Estatuto só admite a abertura de licitação ante a existência de previsão orçamentária, enquanto que o art. 47 esclarece que a direção do contrato ficará adstrita à vigência do respectivo crédito, salvo

---

3 Sobre Tribunal de Contas, consulte-se Ofício nº 10/91 — ATUA — Proc. nº E-10/130695/91.

os de previsão plurianual (caso de bens de capital, por exemplo) e os de trato sucessivo — vide CF, art. 165, § 1.º

Há quem queira introduzir alteração no Decreto-Lei n.º 2.300/86, para exigir, além da mera previsão orçamentária, o atestado de bloqueio da verba, de modo a não só garantir o pagamento como, também, fazê-lo (como no sistema de precatórias judiciais) na ordem de apresentação dos documentos. A providência, contudo, pertine à execução orçamentária, devendo vir através de lei complementar, conforme exige o art. 165, § 9.º, II, CF, modificando os arts. 64 e 65 da Lei n.º 4.320, de 17-3-64, que tratam do tema "pagamento" (os Estados podem fazê-lo enquanto não vier tal lei em face da autorização do art. 24, § 3.º c/c I, CF).

Ressalte-se, porém, que tal idéia pode retirar a malcabilidade da execução orçamentária, posto que a "previsão" de receita pode não se consumar, devendo, então, atender-se, com os recursos disponíveis (não bloqueados) aquilo que, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade da Chefia do Poder Executivo, for prioritário. Ademais, haverá sempre a via judicial para eventuais inadimplementos.

Posteriormente (aqui mencionada apenas para ilustração), essa despesa passará por um segundo momento, que será a *liquidação,* onde se verificará o direito do credor mediante exame do contrato (ou instrumento que o valha), da nota de empenho e o comprovante de cumprimento das obrigações contratual (entrega do material, execução da obra, prestação do serviço etc.) e fiscal do credor (relativa ao objeto do contrato); finalmente, dar-se-á a *ordem de pagamento* mediante despacho da autoridade competente.

2.9. ASSESSORIA JURÍDICA — Passa-se, então, à elaboração e exame do edital ou do convite, que não prescindem da atuação do corpo jurídico do órgão. O Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 31, parágrafo único menciona a necessidade de opinamento da Advocacia Consultiva da União. Sem dúvida, não se trata de norma geral; porém, a legislação especial das entidades federadas deve acolher a orientação. Por ora, a norma é de prudência para os Estados e Municípios.

2.9.1. No Estado do Rio de Janeiro, tais funções devem caber às Assessorias Jurídicas das Secretarias de Estado, autarquias e entidades paraestatais, cabendo à Procuradoria Geral do Estado, como órgão de consultoria, o controle *a posteriori* (Decreto estadual n.º 10.443/87, art. 2.º, IV). O art. 52, § 1.º do Dec. n.º 3.149/80 determina que a Procuradoria examine as minutas de todos os contratos, salvo os já padronizados por ela ou por órgão competente da União, quando esta for parte.[4]

O art. 2º do Dec. nº 4.022, de 14-4-81, esclarece que se a minuta oriunda de órgão federal for omissa de cláusula de cumprimento obrigatório face a legislação estadual, todos os procedimentos administrativos próprios serão adotados pelo Estado após a assinatura do ajuste, para cumprimento da aludida legislação estadual.

2.9.2. É que, no âmbito da advocacia do Estado, a Constituição Federal estabeleceu como *privativas* do Procurador do Estado as funções de *consultoria* jurídica e representação judicial — CF, artigo 132 — não fazendo o mesmo quanto às funções de *assessoria* jurídica.

2.9.3. O renomado jurista e ilustre Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado, Dr. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em tese aprovada no XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado em 1988 na cidade de Natal-RN, assim distingue a *consultoria* jurídica do *assessoramento* jurídico:

> "Acresce que, o *assessoramento jurídico* como terceira modalidade de atuação do profissional de Direito, prevista no Estatuto das funções do advogado (artigo 71 da Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963) embora privativas todas do bacharel com inscrição na Ordem, não se confunde com as duas outras, a representação e a consultoria do Estado (a nível constitucional — a quarta função advocatícia, a *diretoria jurídica,* só tem cabimento na advocacia privada).
>
> O que as distingue é a expressão da vontade estatal, essa *função orgânica de direito público,* que a representação judicial e a consultoria têm e a assessoria não.
>
> Observe-se, incidentalmente, que não é necessário que o Procurador do Estado emita uma *vontade final* do Estado, da mesma forma que não é necessário que um juiz emita uma decisão final, da qual não caiba recurso, para que sua manifestação vincule o Estado. A decisão de uma Comissão da Assembléia Legislativa pode ser vinculativa sem ser final. São conceitos distintos. Tanto no exercício do procuratório como da consultoria, o Procurador do Estado poderá praticar atos finais ou não, mas serão *sempre* a expressão da vontade do Estado, atividade que, como se expôs, cabe sempre a um *órgão.*
>
> Bem distintamente, o assessoramento jurídico não contém um ato de vontade estatal, jamais podendo ser vinculatório nem final, mas, como o nome indica, um *ato* a que sejam cometidas funções de assessoramento jurídico; mas não da mesma forma que aos Advogados da União, pois, se as tiverem, serão cometimentos que receberão *enquanto agentes* e não *enquanto órgãos,* pois através delas não vincularão o Estado."

2.9.4. Sobre o tema é importante relembrar que ao órgão central do sistema jurídico estadual não existe a obrigatoriedade de serem *previamente* submetidas as minutas relativas a editais, contratos e convênios das entidades da Administração Indireta e Fundacional, já que a Constituição Estadual — art. 173, § 3.º — e a Lei Complementar estadual

n.º 15/80 — art. 2.º, IV — atribuem a este órgão funções de consultoria para a Administração Direta e do Poder Executivo. Raciocinar em sentido diverso seria estabelecer tutela sem lei, em flagrante violação da autonomia de tais entidades. Nada impede, porém, que, mediante provocação do Estado, dos Secretários de Estado ou do Governador, a Procuradoria Geral atue em casos concretos, o que fará por força do art. 173 da Carta Estadual, que lhe atribui um poder de supervisão do sistema jurídico.

2.10. EDITAL — A elaboração do edital ou convite, conforme o caso, deve observar o disposto no art. 32 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, indicando as seguintes informações:

número de ordem em série anual;

nome da repartição interessada;

finalidade e modalidade de licitação;

local, dia e hora de recebimento da documentação e/ou proposta, assim como para início da abertura dos envelopes; descrição sucinta e clara do objeto do contrato, deixando para os anexos eventuais detalhes ou especificações;

prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumento, inclusive a possibilidade de prorrogação (e não renovação) do contrato.

2.10.1. Sustenta IVAN BARBOSA RIGOLIN que, embora não previsto no art. 32 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, os editais devem, ainda, prever o critério de desempate do julgamento, eis que, do contrário, não haverá como se decidir objetiva e impessoalmente, restando violado, assim, princípio basilar da licitação (salvo se ocorrer um "sorteio"). Adverte que o rol do dispositivo mencionado é mínimo e não máximo, pelo que devem os editais, no caso concreto, ir além, definindo as peculiaridades que auxiliarão a comissão julgadora.

2.11. MODALIDADES DE LICITAÇÃO — A escolha da modalidade de licitação, e mesmo a sua realização ou não, tem a ver com o valor estimado do objeto, conforme se verifica do art. 21, I e II do Decreto-Lei n.º 2.300/86.

2.11.1. Tais valores, por força da atualização monetária periódica a que se refere o art. 87, ato exclusivamente Federal, que cabe ao Presidente da República; não é dado aos Estados e Municípios inovar tais valores, do mesmo diploma legal, que se encontram dispostos na Portaria n.º 2.680, de 23-12-91 e são os seguintes:

I — Para obras e serviços de engenharia

a) convite — até *Cr$ 120.000.000,00;*

b) tomada de preços — acima de *Cr$ 1.200.000.000,00;*

c) concorrência — acima de *Cr$ 1.200.000.000,00;*

II — Para compras e serviços não referidos no ítem anterior:

a) convite — até *Cr$ 30.000.000,00;*

b) tomada de preços — até *Cr$ 800.000.000,00;*

c) concorrência — acima de *Cr$ 800.000.000,00.*

2.11.2. Observe-se que a pesquisa de mercado e a estimativa de preços são fundamentais para a validade da licitação na modalidade escolhida.

Ocorrendo cotação superior à inicialmente estimada, que extrapole o limite estipulado para a modalidade escolhida, a licitação não deve ser homologada. É o que ensina LEON FREJDA SZKLAROWSKY — in *Boletim de Licitações e Contratos* n.° 1/90, p. 2 — ao dizer que "a expressão *valor estimado da contratação,* desenhada pelo legislador no art. 21, não pode servir de estímulo para que se observem os limites sacramentados nesse mesmo dispositivo, sob pena de, indiretamente, violar-se a vontade da lei". Logo, se não houver pelo Presidente da República (ou seu delegatário na esfera Federal) a revisão dos valores a que se refere o art. 87 do Decreto-Lei n.° 2.300/86, há que se fazer nova licitação em modalidade distinta da escolhida, posto que, sabiamente, assim se encontra autorizado no § 2.° do art. 21 do Decreto-Lei n.° 2.300/86.

2.11.3. Sobre as modalidades de licitação, cuja definição consta, com clareza, dos parágrafos 1.° a 5.° do art. 20 do DL n.° 2.300/86, vale apenas observar a inovação em relação ao artigo 127 do DL n.° 200/67, que não previa expressamente o leilão e o concurso, tal qual fizeram a Lei n.° 287/79, art. 216 e o Decreto n.° 3.149/80, art. 16, ambos do Estado do Rio de Janeiro.

3. *Exceções à regra geral da licitação*

3.1. HIPÓTESE DE NÃO-REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO — O artigo 2.° do Decreto-Lei n.° 2.300/86, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no uso da competência que lhe confere o art. 37, XXI c/c 22, XXVII desta Lei Maior, estabelece que a regra geral é que as obras, serviços, compras, concessões e alienações da Administração, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidos de licitação. Prevê, contudo, exceções, que são, na lição de HELY LOPES MEIRELLES, de quatro ordens, a saber: licitação dispensada (pela própria lei); licitação dispensável (a lei faculta à autoridade administrativa dispensar a licitação); licitação inexigível (em hipóteses em que não há possibilidade de competição); e, licitação vedada (quando houver possibilidade de com-

prometer-se a segurança nacional). AMÉRICO SERVIDIO, em obra denominada *Dispensa de Licitação Pública* (Ed. RT. 1979), fala em "dispensa legal" e "dispensa discricionária".

3.2. LICITAÇÃO DISPENSADA — Os casos de licitação dispensada são os mencionados no art. 15, I e II do Decreto-Lei n.º 2.300/86, relacionados com a dação em pagamento, doação e permuta de bens; nestas hipóteses, o destinatário é certo, não havendo razão para instaurar-se o processo seletivo, pelo que a própria lei encarregou-se de dispensá-lo, sem que haja aí qualquer violação aos princípios da moralidade ou da isonomia. Há, ainda, a alienação de títulos, prevista em lei especial, e a alienação de ações, que, nos pregões das bolsas de valores, atingem, com vantagem, os objetivos de qualquer procedimento licitatório. Da mesma forma, as compras de gêneros alimentícios perecíveis em centro de abastecimento, poderão ser realizadas diretamente com base no preço do dia — Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 21, § 3.º

Observe-se que, na dação em pagamento e permuta, os bens já devem ser de propriedade do devedor, não cabendo, no contrato, definição genérica dos bens ou cláusula em que o devedor se obrigue a ainda adquiri-los; do contrário, estar-se-á burlando a licitação que precederia a aquisição de tais bens pela Administração, além de criar nova fórmula de vinculação de receita a órgão.

3.3. LICITAÇÃO DISPENSÁVEL — Cuidou-se, também, de quebrar a rigidez do processo, para não emperrar a Administração, elegendo hipóteses em que a autoridade administrativa, diante do fato concreto, poderia excepcionar a regra da licitação, mais uma vez, sem desrespeito aos princípios da moralidade e da isonomia. São os casos de licitação dispensável, enunciados no art. 22 do DL n.º 2.300/86, sendo desnecessária a sua transcrição. Contudo, algumas observações são pertinentes, tendo em vista a freqüência com que ocorrem determinadas situações:

3.3.1. Os valores abaixo dos quais é dispensável a licitação, segundo a atualização a que se refere o art. 87 do Decreto-Lei n.º 2.300/86 são, em 23 de dezembro de 1991, de Cr$ 8.000.000,00 para obras e serviços de engenharia e Cr$ 1.200.000,00 para outros serviços e compras.

3.3.2. Os casos de guerra, grave perturbação da ordem e calamidade pública não dispensam a declaração do Poder Executivo, que deve delimitar o momento, a área abrangida e os riscos envolvidos.

3.3.3. As situações de emergência são de valoração subjetiva do administrador, não cabendo tal avaliação nem ao Poder Legislativo (e seu auxiliar técnico, o Tribunal de Contas), nem ao Poder Judiciário. Entretanto, como adverte HELY LOPES MEIRELLES, tal situação há que estar baseada em fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a exceção. Sobre esses fatos é que poderá incidir o controle, verificando-se a existência ou não do dano ou ameaça.

3.3.3.1. A discricionariedade do administrador sofre sempre a limitação da razoabilidade e da moralidade administrativas. Portanto, a simples inexistência de previsão e/ou disponibilidade orçamentárias não pode, isoladamente, justificar a providência; igualmente, as contratações diretas em final de exercício, sob pena de perda da dotação específica.

3.3.3.2. O estado de emergência só se caracteriza quando ocorre ameaça de dano *ad rem* e *ad personam* por ato ou fato ligado à coisa de onde ela se irradia (Of. n.º 26/87-AM — Proc. EMOP n.º E-07/434852/87 — Procurador do Estado AMILCAR MOTTA). Há, pois, que se vislumbrar risco à incolumidade de pessoas ou de coisas. É o caso de obras para evitar desabamentos, quedas de barreira, fornecimento de energia, etc. Na lição de ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, citada por SERGIO FERRAZ — "Dispensa de Licitação", Ed. RT. 1980 — a emergência caracteriza-se pela inadequação do procedimento formal ao caso concreto, que reclama solução imediata incompatível com as formalidades que a licitação exige; portanto, onde não há essa incompatibilidade não se justifica a dispensa da licitação.

3.3.3.3. SERGIO FERRAZ aduz ainda que o momento da aferição da emergência é o da contratação e não o da dispensa, exemplificando que, muitas vezes, os contratos ficam semanas ou meses aguardando tramitações burocráticas após a dispensa de licitação para então serem celebrados (quando a situação já não mais autoriza a contratação direta).

3.3.3.4. O art. 51, § 3.º do Estatuto, fixa a noção jurídica temporal de urgência como o risco da demora superior a 48 horas para a celebração do contrato.

3.4. As hipóteses de contratação direta para complementação do objeto têm o limite de 25% do valor inicial do contrato nos casos de obras, serviços ou compras e, no caso particular de reforma de edifício ou equipamento esse limite eleva-se para 50%. Cumpre não confundir esta hipótese de licitação dispensável com a de licitação inexigível prevista no art. 23, § 2.º do Decreto-Lei n.º 2.300/86. Nesta se busca a conclusão de algo inacabado por força de rescisão contratual, ficando a Administração condicionada a oferecer aos demais licitantes anteriormente vencidos, o objeto do contrato rescindido; desde que estes, na ordem classificatória, aceitem as condições propostas pelo vencedor que teve o contrato rescindido, naquela, há um acréscimo no valor do contrato em proporções tão pequenas que não justificam novo procedimento licitatório, prosseguindo-se com o atual contratante, que é obrigado a aceitar tais acréscimos (artigo 55, § 4.º, do Decreto-Lei n.º 2.300/86) nas mesmas condições inicialmente pactuadas.

No que concerne aos acréscimos previstos no art. 55, § 4.º do Estatuto, onde se admite a ultrapassagem dos limites do art. 55, § 1.º, desde que não haja alteração do objeto, a dispensa de licitação também fica

no âmbito do poder discricionário do administrador, limitada essa margem de liberdade a dois fatores: em primeiro lugar o acrescido não pode ser maior que o principal (do contrato a prorrogação não terá fim); em segundo, a equação econômica há de ser mantida no pacto, não podendo ser majorados os custos unitários (já que, se admitido, poder-se-ia estar diante de proposta menos vantajosas da que se obteria em licitação).

3.5. Tema que não tem sido abordado com maior seriedade pelos legisladores e administradores é o sentido nos incisos VI e IX do art. 22, que tratam da dispensa de nova licitação quando a anterior restou frustrada, respectivamente, pela ausência de interessados ou pela apresentação de propostas com preços manifestamente superiores aos praticados no mercado.

3.6. Limitou-se o Decreto-Lei n.º 2.300/86 a autorizar a contratação direta, sem qualquer determinação para que as autoridades administrativas envolvidas na licitação providenciem a apuração da ocorrência de abuso de poder econômico, definido no art. 173, § 4.º da Constituição Federal como sendo a dominação de mercados, a eliminação de concorrência e o aumento arbitrário de lucros, cuja repressão deve ser feita consoante a disposição de Lei Ordinária.

3.7. Destarte, foram editadas as Leis n.º 4.137, de 10-9-62, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE e, posteriormente, a n.º 8.158, de 8-1-91, que, revendo a citada norma, definiu as figuras abusivas de poderio econômico (art. 3.º), cometendo à Secretaria Nacional de Direito Econômico — SNDE o poder de apurar tais práticas, mantendo o CADE como órgão julgador das infrações assim apuradas. Paralelamente, a Lei n.º 8.137, de 27-12-90 tipificou o abuso de poder econômico como crime contra a ordem econômica e as relações de consumo (art. 4.º).

3.7.1. Dentre as práticas ali relacionadas (sem adentrar na questão da constitucionalidade da enumeração exemplificativa de infrações ou do congelamento e tabelamento de preços, objeto de estudo publicado no *Boletim Legislativo ADCOAS* n.º 28/91 pp. 967 a 972) destaca-se o conluio entre empresas na fixação de preços ou na adoção de condutas comerciais uniformes ou paralelas entre concorrentes, na utilização de meios artificiosos para majoração das margens de lucro. Sequer há necessidade de formalização do ato, ajuste ou acordo. Basta que se prove, pelos diversos meios em direito admitidos, a combinação, a ação concertada.

3.7.2. São esses fatores que, geralmente, levam a frustração de uma licitação.

3.7.3. Em ocorrendo tais situações, mais do que o simples prejuízo à Administração, deve se determinar a apuração do crime e punição do infrator. A tipificação penal não é recente, e já constava do art. 335

do Código Penal, que prevê, inclusive, pena para aquele que se "abstém de concorrer ou licitar em razão de vantagem oferecida".

3.7.4. A punição administrativa também é prevista no art. 7.º, *a*, da Lei n.º 8.158/91, consistente na declaração da inidoneidade do agente para fins de habilitação em licitação ou contratação.

3.7.5. É preciso, porém, que essas infrações cheguem ao conhecimento da SNDE, do CADE e do Ministério Público para as providências cabíveis, não podendo o administrador público omitir-se em tal dever de zelar pelo erário, mormente quando o art. 5.º, § 3.º do Código de Processo Penal dispõe que "qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública, poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito".

3.7.6. Não seria demais se um simples decreto regulamentador da atuação dos agentes administrativos no cumprimento da Lei de Licitações, esclarecendo o tema, impusesse o procedimento de remessa dos autos à Procuradoria Jurídica da Administração para que essa traçasse a orientação adequada, com vistas à repressão do abuso de poder econômico. A via legal seria ainda mais interessante, para estabelecer a punição do servidor infrator do seu comando.

3.7.7. É claro que não se prega presumir a má-fé; entretanto, descabe acreditar que, sempre, as empresas deixam de se interessar por contratos com o Estado por ser ele mal pagador ou por exigir muitas facilidades, ou acreditar que os superfaturamentos existem como forma de defesa para eventuais atrasos.

3.8. A intervenção no domínio econômico é de competência da União e, geralmente, não ocorre contratação direta, que pressupõe acordo de vontades, mas a via desapropriação; assim ocorreu por ocasião do Plano Cruzado, com a desapropriação dos bois gordos, ante a provocada falta de carne no mercado, e, freqüentemente surge a ameaça de desapropriação de estoques em excesso que, pressionando a demanda ante a escassez da oferta, elevam artificialmente os preços. Mais uma vez, a hipótese é regulada pelo Direito Antitruste, ramificação do Direito Administrativo que regula a intervenção estatal na economia. A matéria tem sede constitucional no citado artigo 173, § 4.º, CF, e no art. 170, III, que estabelece o princípio da função social da propriedade. A despeito de não ser objeto do presente trabalho, é mister salientar nossa posição contrária às práticas demagógicas de congelamento e tabelamento de preços, quando feitos de forma genérica e fora das hipóteses de excepcional anormalidade (instabilidade econômica). É que o tabelamento de preços, igualando competidores, viola o princípio da livre concorrência assegurado no art. 170, IV, da Lei Maior. Já o congelamento é ainda mais injusto, pois trata desigualmente situações idênticas, estabelecendo preços diversos

para os mesmos produtos e serviços. A Constituição Federal, no art. 173, § 4.°, só repudia o lucro *injusto*, assegurando, pois o lucro *justo*, objeto do princípio constitucional da livre iniciativa. Portanto, para repressão do lucro *injusto*, necessário é observar-se o princípio da ampla defesa — CF, art. 5.°, LV — o que se faz em cada caso concreto e não genericamente.

Assim, temos entendimento que se o objetivo da contratação direta ou desapropriação for regular preços com objetivos supra, a intervenção e os atos dela decorrentes devem ser reputados inconstitucionais.

3.9. Polêmica tem sido a dispensa de licitação nos casos em que a operação envolver entidades da própria Administração — o inciso X do Decreto-Lei n.° 2.300/86 fala em "pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário"; é que a dispensa só pode ocorrer se *não* houver empresas privadas que possam prestar ou oferecer os mesmos bens ou serviços.

3.9.1. Não pode, por exemplo, o Município de Niterói dispensar licitação para escolha de construtor de prédio público para fazê-lo com a EMOP, empresa pública do Estado do Rio de Janeiro, já que existem outras empresas que podem fazê-lo, devendo instaurar-se a competição onde todas as empresas, mesmo as estatais, estariam em igualdade de condições.

3.9.2. Todavia, diversa é a situação prevista no parágrafo único do art. 22, que autoriza tal dispensa, mesmo havendo empresas privadas capazes de oferecer o mesmo bem ou serviço. Nesse dispositivo trata-se de dispensar a licitação quando o fornecedor é entidade da própria Administração.

3.9.3. Aliás, o artigo 2.° é claro ao dispor que a Administração só está obrigada a licitar quando contratar com *terceiros;* a expressão "terceiros" foi empregada exatamente para designar pessoas estranhas à Administração (Direta, Indireta ou Fundacional); do contrário seria inteiramente inútil (não se presumindo, na interpretação das leis, que o legislador tenha feito uso de termos ou expressões desnecessárias). Daí não ser obrigada a licitar quando contratar com entidades dela integrantes.

3.9.4. Assim, por exemplo, a Secretaria de Estado de Educação do Estado do Rio de Janeiro, desejando construir uma escola, não necessitará de licitação, porque há no Estado uma empresa estatal para tanto; o mesmo se diga em relação à publicação da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, entregue, sem licitação, à imprensa Oficial.

Os exemplos foram propositais para que se adentrasse em outro ponto; é que, nos casos citados, o administrador estadual não tinha margem de escolha; a faculdade conferida pela norma geral federal, no âmbito do

Estado do Rio de Janeiro foi restringida a nível de legislação especial, criando-se entidades na Administração Indireta com *exclusividade* para o fornecimento de certos bens ou serviços. Em outras palavras, aquilo que é dispensável, a critério, de qualquer administrador, no Estado do Rio de Janeiro já está dispensado em favor da entidade estatal, não podendo, nesse caso, o administrador optar por abrir licitação.

Assim é o caso da EMOP, quanto à construção de prédios públicos (art. 3.°, I, *a*, do Estatuto da EMOP, aprovado pelo Decreto n.° 15.122, de 19 de julho de 1990), da Imprensa Oficial na execução de serviços gráficos (art. 45 do Estado aprovado pelo Decreto n.° 14.496, de 7-3-90), do PRODERJ quanto aos serviços de processamento de dados (art. 2.°, Decreto n.° 5.220, de 1.°-2-82), e da FESP quanto ao recrutamento, seleção e treinamento de servidores civis da Administração Direta (Decreto-Lei n.° 339, de 22-12-76).

Já, por exemplo, a SIAGRO — RIO, empresa pública estadual criada para a comercialização de insumos básicos para a agricultura no Estado do Rio de Janeiro, não tem essa exclusividade, ficando ao livre alvedrio do administrador estadual com ela contratar, sem licitação, para desenvolvimento de programas de fomento agrícola ou abrir licitação.

Poder-se-ia argumentar que, com tais dispensas, restaria violado o Princípio da Impessoalidade da Administração (CF, art. 37, *caput*) com favorecimento de determinada pessoa jurídica; ou ao princípio da livre iniciativa (CF, art. 170), que veda a intervenção do Poder Público na economia concorrendo com iniciativa privada fora das hipóteses previstas na Lei Maior.

Nada disso ocorre. Ao descentralizar um *serviço administrativo* a Administração está optando por uma maior eficiência no seu desempenho através de uma especialização. Vale transcrever a lição de HELY LOPES MEIRELLES, *in verbis:*

> "A desconcentração é uma técnica administrativa de simplificação e aceleração do serviço dentro da mesma entidade, diversamente da *descentralização,* consistente na retirada do serviço de uma entidade e transferida a outra para que a execute com mais perfeição e autonomia."

Portanto, a existência de tais entidades, enquanto personificação de serviços e necessidades administrativas não é inconstitucional, não o sendo, via de conseqüência, as dispensas de licitação daí resultantes. Dá-se, por delegação, o exercício de atribuições próprias do Estado, que, por meio de tais entidades, atinge o interesse público.

Nesse sentido tem se posicionado a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, conforme pode se verificar do Ofício n.° 2-92/NND, exa-

rado pelo ilustre Procurador do Estado NELSON NASCIMENTO DIZ, no Processo Administrativo n.º E-14/032431/91, ao dizer, *verbis:*

> "O vedar-se ao Estado a exploração de atividade econômica não é sinônimo da impossibilidade do Estado de executar serviços, ou produzir bens, também executados ou produzidos pelos particulares, quando tais serviços ou bens se destinam, unicamente, ao atendimento de suas necessidades, e não a serem ofertados ao mercado, em concorrência com a iniciativa privada.
>
> Assim, não é atividade econômica proibida constitucionalmente ao Estado o fabricar carteiras escolares a serem utilizadas na rede oficial de ensino. Será, todavia, atividade econômica vedada ao Estado o produzir carteiras escolares para serem ofertadas no mercado se este estiver em condições de ser regularmente abastecido, a preços justos, pela iniciativa privada.
>
> É com esta interpretação do art. 173 da Carta Federal que vejo compatível o parágrafo único do art. 22 do Decreto-Lei n.º 2.300/86.
>
> Assim, a licitação será dispensável apenas quando a entidade paraestatal, sendo prestadora de serviço ou fornecedora de bens que possam ser prestados ou fornecidos por empresas privadas, houver sido criada para o fim específico de prestá-los ou fornecê-los ao Estado, e a *tanto se limitar, não concorrendo no mercado privado.*"

Não há sequer a necessidade de se demonstrar que a proposta da entidade estatal é a melhor que se poderia obter no mercado (exigência do Tribunal de Contas rejeitada pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro no Ofício n.º 01/91 — ENL, no Processo n.º E-19/001 954/90-6). Nesses casos, sustenta o Procurador do Estado EUGENIO NORONHA LOPES que a Administração não cuida de escolher o melhor executor ou prestador do serviço, muito menos o que lhe cobrasse o menor preço, pretendendo, isto sim, atingir a meta de interesse público que tinha em vista ao criar tais organismos. A lei criadora dessas entidades já elegeu-as como a "melhor" opção.

Como última hipótese de licitação dispensável tem-se a autorização para contratação direta para gêneros padronizados ou uniformizados por órgão oficial, que, como visto, deve ser precedida de um processo administrativo onde se decida pela padronização, ante as vantagens nele constatadas. Do contrário, caracterizar-se-á a preferência de marcas, repudiada pelo próprio Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 23, I, *in fine,* como pelos princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia.

3.10. LICITAÇÃO INEXIGÍVEL — A licitação inexigível ocorre nas hipóteses em que a competição é inviável ante a inexistência de concorrentes ou a impossibilidade de serem comparados itens heterogêneos;

Assim, por exemplo, não se compara um quadro de DI CAVALCANTI com um de PORTINARI, ou um parecer de CELSO RIBEIRO BASTOS com um de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. Não havendo como se instaurar a competição, não tem sentido o procedimento licitatório. O bem singular não pode ser oferecido por mais de uma pessoa, logo, não há como haver confronto.

Ao contrário do que ocorre na licitação dispensada (pela lei), e na licitação dispensável (pela autoridade com previsão na lei), as hipóteses de licitação inexigível não estão taxativamente previstas no estatuto, cabendo ao administrador justificar à autoridade superior a inviabilidade da competição. A enunciação contida nos cinco incisos do art. 23 é exemplificativa, como se vê da expressão "em especial" da parte final do *caput*.

3.10.1. Daí por que a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, no Processo n.º E-14/34814/88, onde se discutia o reequipamento da CONERJ, reconheceu essa inviabilidade da competição, autorizadora de contratação direta com o estaleiro EMAQ — Engenharia de Máquinas S/A, eis que ali existia a singular vantagem de um "concurso de objetivos administrativos vinculados entre si".

O Ofício n.º 40/88 — DFMN, da lavra do ilustre Procurador e jurista DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, demonstrou a peculiaridade da questão, expondo que a EMAQ, em processo falimentar, tinha um seleto grupo de servidores, de alto gabarito técnico, que seriam dispensados, com difícil absorção, em tempos de crise, por outras empresas. Por tal razão, o BNDES estaria disposto a abrir linha de crédito para financiamento ao Estado, facilitando a transação que beneficiaria ao BANERJ, principal credor do estaleiro e síndico da massa falida da EMAQ. Concluiu, então o douto Procurador que tais fatores conjugados, envolvendo questões sociais, o reequilíbrio financeiro do BANERJ e a facilidade de obtenção do crédito, inviabilizaram qualquer competição, de vez que tudo girava em torno de "valores que transcendem a licitação", não estando em jogo apenas o reequipamento da CONERJ, que poderia ser feito regularmente utilizando-se o processo licitatório. Nem se tratava, apenas, de interesse público para admitir empresas em regime de concordata contratarem com o Estado, como autoriza o art. 25, § 2.º do Estado.

Cuidou o jurista de fazer a distinção entre o concurso *formal* e o *material* de objetivos administrativos, merecendo a transcrição, *in verbis:*

> "Mas há que se distinguir o concurso formal do material. No concurso formal, existe *conveniência* da Administração em consolidar, num único ato ou contrato, o atendimento de vários objetivos conexos. No concurso material, existe imprescindibilidade de se os vincular, para satisfação simultânea; há um complexo de interesses administrativos a serem atendidos.
>
> À guisa de exemplo, no Parecer n.º 3/86 (publicado no RDPG, n.º 38, 1986, p. 259 e ss.), tive ocasião de examinar

um concurso *formal* em que se pretendia a realização de uma licitação única para selecionar contratantes que deveriam atender a diversos objetivos. Eram, no caso, quatro, os objetos visados, qualitativamente distintos e perfeitamente autônomos, mas inseridos no mesmo contrato. Nesse caso, a licitação era obrigatória, pois cada um dos objetos, em separado, a exigiam.

Outra e distintíssima hipótese está no concurso obrigatório de objetivos administrativos que culminam num contrato administrativo que não pode desvincular-se e ser tratado separadamente dos atos que o antecederem. A conexão obrigatória, a incindibilidade do negócio jurídico integrado, fariam o contrato final, no caso entre a CONERJ e a EMAQ, uma fase vinculada e, por isso, dependente das demais, pois os objetivos devem ser atendidos em *conjunto*."

3.10.2. Adentrando na exemplificação contida no art. 23, tem-se, no primeiro caso, a questão da exclusividade do fornecedor.

3.10.2.1. O conceito de fornecedor traçado pelo Código de Defesa do Consumidor — Lei n.º 8.078, de 12-4-90, em seus artigo 3.º, engloba tanto produtor, fabricante, como o comerciante. O Decreto-Lei n.º 2.300/86, no inciso I do artigo 23 fala em produtor, empresa ou representante comercial exclusivo.

3.10.2.2. Se a exclusividade do bem (corretamente individualizado) é do produtor, a inviabilidade da licitação é absoluta; de contrário, a inexigibilidade de licitação só ocorrerá se houver inviabilidade de fornecimento por quem comercialize o produto, ou seja, o vendedor. HELY LOPES MEIRELLES observa que a exclusividade do comerciante, no convite, dá-se na praça, na tomada de preços, no cadastro, na concorrência, no país, e nas hipóteses de concorrência internacional só se configura a exclusividade para a dispensa da licitação se o produtor, vendedor ou representante comercial for o único na área de comércio exterior do Brasil.

3.10.2.3. O que não raro ocorre em contratações internacionais (muitas vezes por evidente má-fé) é não fazer o negócio com o fabricante, mas através de "trading Company", instituição que, na lição de JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA, in "O Empório Global-Trading Companies Japonesas"; *Revista OAB/RJ* n.º 16/1981, pp. 155/156, dedica-se à *intermediação* de bens e serviços no comércio internacional contemporâneo, servindo de elo de ligação entre o produtor e o consumidor, tendo como uma de suas funções organizar a atividade industrial.

Ora, o objetivo das "trading companies" no comércio internacional é estimular uma economia de escala, onde essas companhias adquirem os bens em grandes quantidades direto dos produtores e as revendem no exterior. Essa instituição, contudo, não aniqüila as possibilidades de venda pelos próprios produtores. Ademais, outras "trading companies" de outros

países, representando outros fabricantes, também podem se habilitar a oferecer os bens desejados.

Não há, pois, o fato inequívoco da exclusividade de fornecedor mundial.

Antes de se contratar como *exclusiva* uma "trading company" de determinado país (para produtos eletrônicos japoneses, equipamentos militares israelenses ou americanos, equipamentos óticos alemães, de telecomunicações franceses) deve se oferecer o objeto do contrato, com igualdade, aos fabricantes, sempre com o cuidado de preservar a preferência da indústria de capital nacional (CF, art. 171, § 2.º), se o país não tiver acordos internacionais em contrário e a cautela de analisar o não atendimento dessa oferta por parte desses produtores.

Quer a hipótese de desinteresse dos fabricantes pela livre concorrência (caracterizando *divisão* de mercado pelos concorrentes), quer a hipótese de impossibilidade jurídica (em razão de exclusividade contratual para revenda ou representação, caracterizando *dominação* de mercado pelo revendedor) são repudiadas pela legislação antitruste brasileira, que pune tais práticas como abuso de poder econômico — Lei n.º 4.137/62 e Lei n.º 8.158/91.

3.10.2.4. A exclusividade deve ser comprovada através dos contratos de exclusividade (distribuição, representação, licenciamento etc), de declaração das Associações Comerciais, entidades sindicais patronais (sindicatos, federações, confederações) e, no caso de contratos internacionais, declarações de consulados e de Câmaras internacionais de Comércio.

3.10.2.5. Outro alerta que se deve ter é com os licenciados *exclusivos* para, mediante contratos de transferência de tecnologia, exploração de *determinada* marca ou patente. A exclusividade atinge *aquele* direito (marca ou patente), mas não todas as marcas ou todas as patentes. O INPI — INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, autarquia federal encarregada da averbação dos contratos de transferência de tecnologia e da expedição de carta-patentes e registros de marcas, dispõe de um amplo banco de dados onde pode se obter, com bastante convicção, se há bens semelhantes que atendam às necessidades da Administração, sem que haja a ilusão de um "licenciado exclusivo" (mesmo com previsão).

3.10.2.6. O art. 22 do Decreto n.º 3.149/80 exige justificativa pormenorizada da excepcionalidade da hipótese, que comprove a exclusividade ou a notória especialização quanto à natureza do material, equipamento ou serviço, bem como da seleção do fornecedor ou executante.

3.11. O inciso II do art. 23 menciona a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços *técnicos,* enumerados no art. 12 do Decreto-Lei n.º 2.300/86 de *natureza singular,* desde que a avença tenha como parte profissional empresa de *notória especialização.*

3.11.1. Portanto, três são as condições justificadoras da contratação direta:

O serviço ser técnico;

ter natureza singular;

notória especialização do contratado.

Ausente qualquer uma delas, viciado está o contrato.

A definição dos serviços técnicos não oferece maiores indagações, posto que o próprio dispositivo remete o intérprete ao art. 12, que os enumera como estudos, planejamentos, projetos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, controle e gerenciamento de obras, patrocínio de causas, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

O mesmo art. 12, em seu parágrafo único, define "notória especialização" como o conceito adquirido no campo da especialidade profissional ou empresarial, decorrente de experiência anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica etc. (títulos, concursos, por exemplo). Não há necessidade de que o profissional ou a emprese sejam únicos no ramo; para auferir este conceito é preciso que tenha havido um destaque positivo na sua área de atuação. O art. 23 do Decreto Estadual n.º 3.149/80 menciona "um grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo licitatório".

Entretanto, frise-se, não basta que a administração, tendo necessidade de um serviço técnico, contrate um profissional de notória especialização; é necessário que esse serviço seja *singular*, i.e., que, pelas suas características, exija um profissional de notória especialização.

3.11.2. Por exemplo, no caso do Estado do Rio de Janeiro, contratou-se o renomado arquiteto Oscar Noemeyer para projetar os CIEPs; o mesmo arquiteto já fora contratado pelas Administrações Federal e Municipal para projetar a Capital Federal e a Passarela do Samba. São, sem dúvida, projetos de monumentos, prédios, cidades, que fogem à rotina e exigem o que há de melhor no mercado. O mesmo não se poderia dizer da construção de um simples muro, ou de um prédio público qualquer, que não exigem tamanha experiência e especialização. Enfim, aquilo que pode se obter, satisfatoriamente, de mais de uma pessoa, deve ser licitado.

3.11.3. O que a Administração não pode e não deve esperar é que esses profissionais de notória especialização participem de processos seletivos, daí a autorização para que os entes públicos contratem diretamente com aqueles que têm a melhor proposta (não o melhor preço).

3.11.4. Não há aí violação ao princípio da isonomia, pois em situações singulares não há parâmetro de comparação nem, via de conseqüência, de competição. Já dizia RUI BARBOSA que constitui inconstitucionalidade flagrante igualar desiguais ou desigualar os iguais. O comentário é perfeito

à hipótese em tela, pois não há como proceder ao confronto de qualidades distintas.

O que muitas vezes tem ocorrido é a contratação direta do fabricante de determinado equipamento para serviços técnicos de manutenção e assistência (no caso de elevadores e refrigeradores de ar); está-se diante da típica hipótese de existência do primeiro requisito (serviço técnico) e ausência dos dois outros. Não há, portanto, no caso, qualquer singularidade, nem muito menos, serviço técnico *especializado*.

É bem verdade que a licitação poderá ser inviável se for ele o único técnico do ramo — incidindo no art. 23, I do Estatuto, que trata da exclusividade — ou dispensável, nos limites de valor de 25% a 50% do art. 55, § 1.º do Estatuto, como uma complementação do contrato de compra, locação, arrendamento etc. — dando-se a hipótese do art. 22, V (Ainda assim devem ser demonstradas — justificadas — as vantagens em relação à licitação, comprovando-se a necessidade de tal complementação). O que não cabe é invocar aí notória especialização e/ou singularidade do serviço.

Não cabe é presumir a oneração pelo fato de terceiro adquirir peças do fabricante para executar o serviço, devendo sempre se cotejar os orçamentos e não presumir a inviabilidade.

3.11.5. Outro caso não menos comum é a contratação direta de escritórios de advocacia para o patrocínio de causas de municípios, autarquias, fundações e entidades paraestatais (à União e aos Estados estão constitucionalmente vedadas tais contratações por disporem, respectivamente, da Advocacia-Geral da União e dos Procuradores do Estado; o mesmo se diga quanto aos municípios que, na sua legislação, tenham criado suas Procuradorias), invocando-se, mais uma vez, a necessidade de profissional de notória especialização para a realização de um serviço técnico.

Nesses casos, não havendo órgão jurídico próprio nessas entidades, deve se definir, com precisão, a esfera de atuação do contratado. Como bem observou o Procurador do Estado J. M. A. VELLOSO, no Proc. Adm. n.º E.14/036813/91 (Of. 40/91 — JAV), "a contratação de consultoria indeterminada ao longo do tempo, embora sobre assunto específico, ou o patrocínio de causas hipotéticas, entretanto, não se qualificariam para aquela exceção, pois a falta de especificidade do objeto impede, inclusive, a justificação da escolha, justificação esta que não poderia ser simplesmente a de serem os contratados notoriamente competentes na matéria em geral, pois tal condição a têm, inegavelmente, outros profissionais ou sociedades de profissionais disponíveis para a contratação".

Tem sido polêmica, entretanto, tal contratação de advogados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, especialmente quando envolvendo advogados da área trabalhista. Nosso ponto de vista, não aceito unanimemente, é no sentido exposto acima (vide também item 3.3.2 supra), considerando-se, especialmente, a distinção entre as empresas estatais

de intervenção na atividade econômica e as destinadas à prestação de serviços públicos.

Reconhece-se como mérito do argumento contrário, que as empresas privadas, quer em razão do volume, quer em razão de evitar coleguismos, quer em razão da conveniência de manter demandas trabalhistas fora do contato direto dos demais empregados, têm como praxe a contratação de escritórios externos. Todavia, em se tratando de entidades subordinadas ou vinculadas ao Poder Público, seria, mais que um desestímulo à realização de concursos e processos seletivos, um incentivo à criação dessas empresas, para, por essa via, romper as exigências do art. 37, II e XXI, CF (prática essa que não seria inédita no país e resultou no agigantamento da máquina estatal, hoje em vias de privatização).

Tem-se, aí, uma atividade-meio da empresa, onde ela não age no desempenho de uma política industrial ou de desenvolvimento, não se justificando o tratamento diferenciado do parágrafo único do art. 86 do Estatuto (que só se aplica às estatais de intervenção na atividade econômica).

O inciso III do art. 23 menciona a contratação de artista consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública; mais uma vez, renova-se o comentário de que não há como proceder à comparação de situações ou qualidades heterogêneas.

O inciso IV do dispositivo menciona a compra ou a locação de imóvel destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a escolha.

Ao contrário dos três incisos anteriores, onde o art. 24 do Estatuto exige a justificação para a situação de inexigibilidade, a norma geral aqui não demanda tal motivação. Ocorre que o § 4.º do art. 21 do Decreto Estadual n.º 3.149/80 torna indispensável tal justificação, o que, em se tratando de norma supletiva, da competência estadual, deve ser atendido sob pena de impugnar-se a despesa. Ademais, deve ser demonstrado, de alguma forma, o atendimento da *condição* "cujas necessidades de instalação ou localização condicionem a sua escolha". Logo, a aquisição de imóvel para o serviço público deve ser precedida de licitação quando as necessidades do referido serviço não obriguem a Administração a se fixar num prédio determinado.

3.11.6. Encerrando os exemplos do art. 23, reconhece-se, expressamente, a inviabilidade de licitação para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade. Não se vislumbra no texto legal a exigência de serem os bens tombados. O que se exige é a afinidade entre o bem e a atividade do órgão (caso típico de museus, bibliotecas, fundações artísticas ou culturais, por exemplo). Destarte, a aquisição de tais objetos para decorar mansão ministerial, como recentemente foi divulgado pela imprensa, exige licitação. O mesmo se diga com

relação à aquisição pelos órgãos de fomento à cultura com vistas ao posterior repasse a terceiros da Administração, que caracterizam simulação, repudiada pelo Direito Civil pátrio.

3.12. LICITAÇÃO VEDADA — Para finalizar o capítulo, resta mencionar a quarta exceção à regra geral da licitação, que é a da licitação vedada, a qual ocorrerá sempre que, a juízo do Chefe do Poder Executivo, houver possibilidade de comprometimento da segurança *nacional*. Melhor teria dito o Estatuto se utilizasse a expressão segurança *pública*, a juízo, também, dos Chefes dos Executivos Estaduais e Municipais. Foi o que fez o art. 217, § 3.º, *b*, que, ainda atrelado à legislação anterior ao Decreto-Lei n.º 2.348/87, trata como "dispensa" uma hipótese de licitação "vedada". Nem se diga que o Estado está violando norma geral, criando nova hipótese de dispensa de licitação; trata-se, apenas, de dar concreção a um aspecto específico da questão estadual em relação à lei federal. Do contrário estar-se-ia a retirar do Estado a possibilidade de legislar supletivamente, o que é, segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, de sua competência residual.

Ora, a compra de equipamento de telecomunicações para as polícias estaduais, com as especificações do objeto e suas respectivas freqüências, por exemplo, não pode se submeter a um processo público, que deixe desguarnecida a transmissão de mensagens secretas inerentes às investigações e ações de tais órgãos. A hipótese é de segurança *pública* mas pode não atingir à segurança *nacional;* ainda assim, a licitação deve ser vedada.

Esclareça-se, por derradeiro, que, em não ocorrendo a licitação por hipótese que não tenha resultado em adiantamento (que, por si só, já caracteriza uma excepcionalidade), devem constar do processo os seguintes elementos:

caracterização da situação excepcional que justifique a dispensa;

indicação do dispositivo legal aplicável;

razão da escolha do contratante;

justificativa do preço.

(Salvo se a contratação direta for em razão do pequeno valor.)

4. *Fase externa da licitação*

4.1. PUBLICAÇÃO DO EDITAL — O primeiro momento em que a Administração leva a terceiros a sua pretensão é com a publicação do edital (exceto no convite, onde, dispensada a divulgação, esta dá-se por carta aos interessados); a ampla publicidade é, pois, condição essencial para assegurar a competição, ensejando a possibilidade de, chegando ao conhecimento geral o interesse da Administração, obter-se o maior número de proponentes, ampliando-se o universo da escolha da oferta mais vantajosa.

Dito isto, tem-se que é nula a licitação que não tenha observado os critérios para publicação do edital, os quais constam dos arts. 19 e 32 § 5.º do Estatuto. A publicação deve ocorrer no *Diário Oficial* local ou órgão que exerça tal função e ainda noticiada no *Diário Oficial* da União; para as concorrências promovidas pela Administração Federal, exige-se a publicação por três dias consecutivos no *Diário Oficial* da União, sem prejuízo da publicação na imprensa oficial local caso a licitação não ocorra no Distrito Federal.

Sobre o tema, assim lecionou o ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro EUGENIO NORONHA LOPES, em seu Ofício n.º 21/87 — ENL, exarado no Processo n.º E-12/7352/87 (que traz, também, noções sobre "normas gerais"), *verbis:*

> "Sem que seja necessário, para o exame que se faz, analisar o disposto nesse parágrafo único, sua leitura permite desde logo a conclusão de que o problema da *divulgação* dos atos licitatórios propriamente ditos, especificamente quanto a *em que órgãos de publicidade fazê-la,* foi tratado apenas para a Administração Federal. Os Estados farão essa divulgação, sob tal aspecto, como lhes parecer mais adequado, regulando a matéria em sua legislação sobre o assunto, é claro que *sem que jamais possam, ao fazê-lo, violar o princípio básico da publicidade,* adotando, por exemplo, uma prática que pudesse comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, para usarmos as expressões do art. 3.º, § 1.º, I.
>
> Quanto a esse aspecto, aliás, a Lei 287 e seu Regulamento determinam a publicação no órgão oficial *e na imprensa diária local* (arts. 218, I e 17, I, respectivamente), enquanto a regra do Decreto-Lei 2.300/86, para os contratos da administração federal, dispensa a publicação na imprensa não oficial, como já se viu antes. À parte essa divergência, o § 2.º do art. 32 exige a publicação no órgão oficial por *três dias consecutivos,* enquanto a legislação estadual se contenta com *uma publicação,* aspectos que o Estado poderá considerar ao rever sua legislação, embora a isso não obrigado.
>
> No que diz com os Municípios, estão eles também obrigados a obedecer às *normas gerais* sobre licitação e contratos, contidas no Decreto-Lei 2.300. No que se refere, porém, ao ponto objeto do processo, definido logo no início deste pronunciamento, nosso entendimento, como já visto, é no sentido de que a publicação dos editais em tais ou quais órgãos de publicidade, por uma ou mais vezes, não constitui matéria enquadrável como norma geral."

Não se exige a publicação integral do edital, bastando o resumo, desde que, é claro, sejam fornecidas as informações indispensáveis à obten-

ção dos dados completos a respeito da licitação, especialmente data, local e hora onde os interessados devem comparecer para adquirir a pasta completa.

O edital deve, ainda, consignar o preço do material informativo da licitação; os emolumentos cobrados devem ser proporcionais ao custo da confecção (impressão, cópia, desenhos, plantas) desse material, não devendo resultar lucros demasiados para a Administração; do contrário, pode-se interpretar como restritiva da licitação a cobrança de valor exorbitante pelo fornecimento da íntegra do edital e seus complementos ou, no mínimo, eivada de nulidade por desvio de finalidade (eis que o objetivo da cobrança é ressarcir custos e não auferir lucros pela não publicação integral do edital).

Publicado o edital, deve se aguardar o prazo mínimo para a apresentação das propostas, que será, segundo a norma geral do art. 32, § 5.º do Estatuto, de 30 dias para a concorrência e concurso, e de 15 dias para a tomada de preços e leilão, contados da primeira publicação e de 3 dias úteis do recebimento da carta na licitação por convite. Sendo norma geral, não podem os Estados, Municípios e Distrito Federal reduzi-lo (o prazo); faculta-se-lhes, assim como à União, ampliá-los, sempre que o grau de complexidade do objeto da contratação o aconselhar.

Nesse caso, a discricionariedade do administrador sofre, apenas, o limite da razoabilidade, conceito hoje amplamente difundido no campo do Direito Público. Não é razoável, por exemplo, um prazo de trinta dias para apresentação de propostas para a construção de uma usina atômica, de uma hidrelétrica, de uma vila olímpica ou de uma cidade universitária.

Para contratações de grande vulto, especialmente as que exigem projeto prévio ou as que demandam previsão no plano plurianual, deve ser concedido um prazo maior. Neste passo, o Decreto-Lei n.º 2.300/86 poderia evoluir em sua redação, aumentando esse prazo mínimo, com conseqüente redução dessa margem de discricionariedade, já que num país de dimensões continentais não cabe esperar esclarecimento e boa-fé de todos os administradores envolvidos; nem sempre a autoridade está bem assessorada para perceber a necessidade de dilação do prazo mínimo; muitas vezes essa não dilação é proposital, viabilizando apenas a apresentação de ofertas por aqueles que, previamente e por meios alheios à moralidade, tenham conhecimento da abertura da licitação.

Assim como o prazo para apresentação das ofertas, o grau de publicidade estabelecido no Estatuto também é o mínimo; nada impede, pois, que os administradores divulguem, na imprensa comum ou por outros meios, a licitação. Renova-se, aqui, a observação quanto à necessidade de se aprimorar a redação da lei, distinguindo as exigências em razão da complexidade do objeto do contrato.

ADILSON DE ABREU DALLARI, in *Boletim de Licitações e Contratos*, sugere, até mesmo, a obrigatoriedade de arquivo no órgão local de registros públicos, para plena ciência de seus termos por qualquer interessado.

Uma vez publicado o edital, a ele se vincula a Administração em todos os seus termos, o que não implica, de forma alguma, uma imutabilidade do referido ato, nem, menos ainda, em um direito adquirido ao edital — até porque o Eg. Supremo Tribunal Federal, no Verbete n.º 473, da sua Súmula, já consolidou entendimento de que a Administração pode rever seus próprios atos, anulando-os quando eivados de vícios de legalidade ou revogando-os, quando contrariarem o interesse público.

A alteração do edital, a qual não está vedada à Administração, só deve ocorrer, como em qualquer ato administrativo, se houver interesse público envolvido, implicando a obrigação de se renovar o prazo para nova apresentação das propostas, se a inovação for significativa, sob pena de quebrar-se a isonomia que deve reinar entre os licitantes. O mesmo se diga em relação à publicidade da alteração, que deve ocorrer pelos mesmos processos e meios da divulgação original.

Após a abertura das propostas, em que conhecidas as ofertas financeiras e técnicas de cada licitante, só deve se aceitar a alteração, sempre justificada, se houver relevantíssimo interesse público envolvido, que venha a motivar uma eventual revogação de todo o procedimento. Isto porque é possível que, de má-fé, o edital venha a ser reeditado dirigido ao encontro de uma das propostas. Daí entendermos que tal modificação deveria merecer a prévia aprovação da autoridade encarregada de homologar o procedimento.

Qualquer impugnação ao edital deve ser feita antes da apresentação da documentação, sob pena de decair do direito de fazê-la. A entrega da proposta é manifestação inequívoca de aceitação dos termos do edital, sendo claro o disposto no art. 33, § 1.º, do Estatuto (que não é norma geral, mas acolhido o seu preceito pacificamente pela jurisprudência) no sentido de que "decairá do direito de impugnar, perante a Administração, os termos do edital de licitação aquele que, tendo-o aceito sem objeção, venha apontar, depois do julgamento, falhas ou irregularidades que o viciariam, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso". Semelhante redação tem o art. 33, § 1.º, do Estatuto, que, entretanto, deveria ser clara no sentido de fixar a preclusão no momento da entrega da documentação e não após a habilitação ou julgamento.

Assim, regularmente publicado o edital e não tendo sofrido impugnações, fica ele, juntamente com a legislação, fazendo parte integrante do contrato.

4.2. HABILITAÇÃO — Passa-se, então, ao início da relação da Administração para com os interessados, que, ao entregarem suas propos-

tas, assumem o *status* de licitantes, destacando-se, assim, dos demais que não acudiram aos termos do edital.

A habilitação é uma fase típica da licitação por concorrência (Estatuto, art. 20, § 1.º, e art. 35), já que na tomada de preços esse procedimento é anterior ao processo, por ocasião do cadastramento, por categorias, dos interessados; no convite a habilitação é presumida, visto que a Administração chama no mínimo três pessoas, físicas ou jurídicas, idôneas, para apresentarem a proposta; no leilão a habilitação só é exigível se a venda não for à vista, esclarecendo o art. 16 do Estatuto que esta limitar-se-á à comprovação do recolhimento de quantia nunca inferior a 10% da avaliação; e no concurso, no caso de necessidades de comprovação de inscrição profissional.

Para tal fase, o que normalmente se exige é a apresentação de envelopes distintos, um para a documentação e outro para a proposta; nas licitações que envolvam técnica e preço é comum ainda demandar-se o desmembramento da oferta, apresentando-se um envelope para a proposta técnica e outro para a proposta financeira.

Para a habilitação nas licitações somente exigir-se-á dos interessados documentação relativa à capacidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade fiscal. Tais exigências têm por objetivo preservar a execução do contrato cujo contratado é escolhido na licitação; não basta selecionar a proposta mais vantajosa; é preciso que ela seja exeqüível, o que tem ligação direta com a pessoa do candidato — sua habilitação profissional, a situação econômico-financeira da empresa, suas instalações, suas experiências anteriores, seus compromissos atuais; daí a importância dessa fase.

O que andou ocorrendo é que, muitas vezes, faziam-se exigências excessivas e até absurdas, tais como inexistência de ações contra a Administração, regularidade eleitoral, quitação militar, certidão de já ter servido a outras Administrações, e até garantias reais, situações que restringiam o caráter competitivo e, via de conseqüência, não resultavam na escolha da melhor proposta.

Foi por esta razão que, com o advento do Decreto-Lei n.º 2.300/86, houve a preocupação de, já no art. 3.º, § 1.º, I, repudiar-se inclusão de cláusulas ou condições que possam comprometer a competição, frisando-se este princípio da universalidade no art. 25 com o uso da expressão "exigir-se-á dos interessados, *exclusivamente*...".

O princípio da universalidade ganhou sede constitucional com o advento da Lei Maior promulgada em 5-10-88.

Com a inovação introduzida pela parte final do inciso XXI do art. 37 do novo Texto Federal, no sentido de que o processo de licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indis-

pensáveis à garantia do contrato, poder-se-ia interpretar que não poderiam ser impostas exigências relativas à capacidade jurídica e regularidade fiscal.

Na verdade, o que pretendeu o constituinte foi exatamente restringir as exigências de ordem técnica e econômica, limitando-as àquilo que for indispensável ao cumprimento do contrato, nada dispondo (não restringindo, portanto) sobre as exigências ligadas a capacidade jurídica e regularidade fiscal, que permanecem legítimas. Com isso, não mais são aceitas as exigências de garantia para participar da licitação, ou de ter capital mínimo superior ao valor do contrato, ou atestados de bons serviços diversos ou mais complexos que os contratados, etc. Isto só é admissível para contratações de vulto (exceção prevista no art. 32, § 3.º, Decreto-Lei n.º 2.300/86).

Entretanto, TOSHIO MUKAI — in *Boletim de Licitações e Contratos* n.º 5/90, p. 167 — sustenta caberem as duas interpretações do texto, devendo seguir-se a orientação de CARLOS MAXIMILIANO para que se adote aquela que "for mais consentânea com o fim transparente da norma positiva", não se admitindo inferir-se do dispositivo que o constituinte silenciaria sobre as exigências de capacidade jurídica e regularidade fiscal, concluindo que, mesmo em relação a estas (não mencionadas) existe a vedação de fazer exigências não necessárias e suficientes para o cumprimento do contrato.

4.3. MICROEMPRESAS — Outra inovação introduzida pela Constituição de 1988 diz respeito ao tratamento diferenciado às micro, pequenas e médias empresas, preconizado pelo seu art. 179, onde se determina que os entes federados incentivem tais empresas através da simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou, até mesmo, pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

4.3.1. Diante disso, o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e as Câmaras de Vereadores foram inundadas de projetos de lei determinando que nas licitações fossem reservados percentuais do objeto (que, em regra, variavam 10% e 20%) para as microempresas. Não se teve notícia de alguma dessas propostas ter vingado formalmente; diz-se formalmente porque materialmente tal lei não existe para o Direito, não devendo produzir efeitos em face de sua manifesta inconstitucionalidade.

O que pretendeu o constituinte foi simplificar as obrigações das pequenas empresas (geralmente as exigências para habilitação); tratamento diferenciado não é sinônimo de tratamento favorecido ou tratamento privilegiado; não tem sentido, pois, essa inequívoca "reserva de mercado", que desnatura o processo licitatório. Com efeito, a licitação destina-se à seleção da melhor proposta, qualquer que seja o proponente, desde que habilitado. O princípio é da universalidade, garantindo a igualdade entre os licitantes; excetua-se a "preferência" à empresa brasileira de capital

nacional e os bens produzidos no País. Mais uma vez, preferência não é privilégio, e só ocorre em caso de igualdade de condições. Aí sim pode-se admitir uma "preferência" aos bens e serviços produzidos pelas pequenas empresas.

4.3.2. No mais, a simplificação fica por conta da habilitação dessas empresas, que, não raro, fica inviabilizada pela impossibilidade de atender às inúmeras exigências; daí a redução do número de documentos exigidos.

Claro que essa simplificação não pode colocar em risco a execução do contrato, e só deve ocorrer quando o seu objeto comportar empresas de menor porte.

4.3.3. Essa facilitação foi prevista no art. 225 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que, em seu inciso III, estabelece "habilitação sumária e procedimentos simplificados para participação em licitações públicas, bem como preferência na aquisição de bens e serviços de valor compatível com o porte das micro e pequenas empresas".

4.3.4. Diante disso, foi editado o Decreto Estadual n.º 16.672, de 28-6-91, que, em dispositivo de duvidosa constitucionalidade (pelos motivos expostos) — parágrafo único do art. 1.º — assegurou a essas empresas o fornecimento de 30% da licitação, somente admitindo a participação das "chamadas grandes empresas" se consorciadas com as empresas de menor porte. É oportuno lembrar que a matéria é de *lei* (não é de ato, nem exclusivo do Legislativo — a Constituição — nem de ato exclusivo do Executivo — Decreto).

4.3.5. Por outro lado, bem andou o art. 2.º do decreto ao dispor que a documentação necessária ao Registro Cadastral de Micro e Pequenas Empresas será originalmente recebida, organizada e atualizada pela Associação Fluminense da Pequena e Média Empresa — FLUPEME, sem ônus para os cofres estaduais, cabendo ao órgão Central do Sistema de Administração de Material do Estado receber as pastas com a documentação de cada requerente e, se devidamente regular, aprovar o seu cadastro e expedir o respectivo Certificado com validade de um ano. Poderá o referido Órgão Público verificar, a qualquer tempo, a validade da documentação apresentada.

4.3.6. Destarte, para cadastramento das microempresas serão exigidos os seguintes documentos:

I — Capacidade Jurídica:

a) cédula de identidade;

b) registro comercial, no caso de empresa individual;

c) ato constitutivo ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais;

d) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhado de provas da diretoria em exercício.

II — Capacidade Técnica:

a) registro ou inscrição na entidade profissional competente.

III — Idoneidade Financeira:

a) demonstrações contábeis do último exercício que comprovem a boa situação financeira da empresa;

b) certidão negativa de pedido de falência ou concordata, ou execução patrimonial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica ou domicílio da pessoa física.

IV — Regularidade Fiscal;

a) prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas — CPF ou no Cadastro Geral de Contribuinte — CGC;

b) prova de quitação com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal.

No caso de empresa criada no mesmo exercício deve ser exigido, quanto à idoneidade financeira, somente o balancete correspondente ao mês imediatamente anterior.

4.4. DOCUMENTAÇÃO — Quanto às empresas que não se enquadram no conceito de pequenas empresas, o Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 25, nos quatro primeiros parágrafos, as define com clareza, esclarecendo, em seu § 5.º, serem admitidos tanto os originais quanto as cópias autenticadas.

O exame dessa documentação caberá à Comissão de Licitação ou à Comissão de Cadastramento, se houver. Não é necessário que a Comissão tenha, obrigatoriamente, um contador para exame dos balanços demonstrativos da regularidade financeira. Poderá tal órgão solicitar parecer técnico, se necessário, em qualquer das áreas envolvidas na licitação. O importante é frisar que a comissão é soberana, não estando (como o Juiz) vinculada a qualquer parecer ou laudo pericial, devendo, contudo, justificar a divergência.

A Comissão poderá exigir relação dos compromissos assumidos pelos candidatos, de modo a verificar se, em razão deles, a capacidade operativa real está mantida, não ameaçando o cumprimento do contrato.

A *criação* de consórcios deve ser prévia, exigindo-se apenas a *formalização* com a adjudicação; o Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 26, § 2.º, não permite tal postergação, especialmente como cláusula contratual, em virtude de ser inexeqüível exigir o cumprimento da obrigação de consorciar-se com outrem.

4.5. REGISTRO CADASTRAL — A documentação prevista para a fase de habilitação poderá ser substituída pelo Certificado de Registro Cadastral, expedido pelo órgão encarregado do controle desses dados. Esse Certificado, periodicamente atualizado na repartição encarregada da sua expedição e controle, comprova a aptidão do interessado para contratar com a Administração, entretanto poderá a qualquer tempo, ser suspenso ou cancelado se o inscrito deixar de atender às exigências para a habilitação.

No Estado do Rio de Janeiro, tal cadastramento cabe à Superintendência de Material da Secretaria de Estado de Administração, órgão central do Sistema de Administração de Materiais (art. 6.º IV, do Decreto número 1.064/76), valendo, também, para habilitação perante as entidades da Administração Indireta e Fundacional, podendo, até mesmo, firmar-se convênios com os Municípios para a sua aceitação (Decreto n.º 2.715, de 20-9-79).

No registro cadastral será anotada a atuação do licitante no cumprimento das obrigações assumidas (Lei n.º 287/79, art. 232).

4.6. DÉBITOS — A Constituição Estadual, em seu art. 213, § 3.º, veda a contratação com pessoas jurídicas em débito para com o fisco, com obrigações trabalhistas ou com o sistema da seguridade social. Não pode, pois, ser fornecido o competente cadastro.

Há quem sustente que a exigência contraria o espírito da Lei Maior, onde se vedam exigências que não sejam indispensáveis ao cumprimento do contrato, sob o argumento de que somente o débito comprometor do patrimônio (onde não se incluiriam os débitos não ajuizados, motivadores de penhora) é que deveria resultar na inabilitação do candidato.

Data venia, a existência de débito fiscal poderia ser um fator que influiria no julgamento, negativamente, como forma de perseguição, ou positivamente, beneficiando o erário, que poderia compensar o seu crédito com a despesa contratada. Daí o acerto do dispositivo, que encontra no princípio da isonomia um dos seus fundamentos. Seria, aliás, um desestímulo à pontualidade e à adimplência admitir-se o contrário.

É claro que, muitas vezes, os débitos são oriundos de exigências inconstitucionais do Poder Público, mas a presunção, até manifestação em contrário do Poder Judiciário, é de que os atos e leis do Estado são legítimos.

4.7. PREVIDÊNCIA SOCIAL E FGTS — Uma última palavra sobre habilitação cabe em relação à caracterização de irregularidade financeira — impeditiva de participação no certame — de empresas em débito para com a Previdência Social — CF, art. 195, § 3.º — e FGTS — Lei n.º 8.036, de 11-5-90, art. 27, *a,* que, geralmente, têm passado desapercebida aos administradores e aos próprios proponentes, que limitam-se a obter quitações da Secretaria da Receita Federal, que não administra as contribuições para tais fundos (a cargo do INSS e CEF).

O alerta serve para lembrar que as certidões negativas de débito fiscal expedidas por órgãos da Administração só abrangem os tributos e contribuições por ela fiscalizados.

4.8. EXAME DAS PROPOSTAS — Concluída a fase de habilitação, através do exame da documentação dos interessados, e ultrapassados os eventuais recursos dessa etapa, passa-se ao exame das propostas dos licitantes que não tenham sido excluídos do certame.

Até então julgava-se a idoneidade do licitante para contratar com a Administração; aqueles que não mereceram tal conceito são considerados inabilitados e recebem de volta as propostas, podendo oferecer o competente recurso.

4.9. SIGILO DAS PROPOSTAS — Não se adentrava no teor das propostas, que deveriam permanecer lacradas e invioláveis até o momento do julgamento. O Código Penal, em seu art. 326, inclui entre os crimes contra a Administração Pública a violação de sigilo da proposta. O sujeito ativo é sempre o funcionário público (ou quem a ele se equipare nos termos da Lei Penal). A descrição do tipo envolve "devassar o sigilo de proposta de *concorrência pública*, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.

Dúvida pode residir na possibilidade de enquadrar-se como crime a violação do sigilo das propostas em licitações que não sejam por concorrência pública.

A questão é pacífica na doutrina, no sentido de que o princípio da legalidade estrita que norteia a interpretação da Lei Penal veda a aplicação analógica de tal pena a violações outras que não às propostas de concorrência pública. Em sentido contrário, apenas HELENO FRAGOSO — in *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, IV/1.134; 1965, que, contudo, menciona a possibilidade de extensão às "concorrências administrativas", excluídas as "coletas de preços", expressões não utilizadas pela legislação.

Portanto, a punição só deverá ocorrer na esfera administrativa, se assim dispuser o competente estatuto.

Ainda sobre a responsabilidade criminal, observa CELSO DELMANTO que só se pune o devassamento em tempo útil, ou seja, que ainda dê ensejo a fraude na concorrência. Também não haverá o delito se a concorrência for anulada por motivo diverso do devassamento.

De qualquer forma, o art. 325 do Código Penal pode permitir o enquadramento do funcionário que revela segredo de que tem ciência em razão do cargo. [5]

Abertas as propostas, rompe-se a possibilidade de surgir esse crime, tornando-se as mesmas obrigatórias para os seus proponentes.

5 O art. 325 do Código Penal prevê, ainda, o crime da perturbação ou fraude à concorrência.

O ato de abertura dos envelopes com as propostas (assim como a fase de habilitação) é público, devendo ser designada data para tanto, procedendo-se à lavratura da ata do evento, devendo ser rubricados todos os envelopes "proposta" pelos licitantes presentes e pela Comissão de Licitação.

4.10. JULGAMENTO — O julgamento é ato privativo da Comissão e será objetivo, de acordo com os parâmetros fixados no edital, considerando-se os fatores qualidade, rendimento, preço e prazo, entre outros previstos no ato convocatório (tais como descontos, garantias, condições especiais de pagamento, manutenção gratuita etc.). O fundamental é que só sejam considerados no julgamento os fatores mencionados no edital, tendo-se como não escritas as vantagens oferecidas que ali não tenham sido previstas.

A desclassificação da proposta que não atenda aos termos do edital só deve ser aplicada se não houver possibilidade de aproveitamento.

Serão igualmente desclassificadas as propostas com preços manifestamente inexeqüíveis ou com preços excessivos. Nesta hipótese, como dito anteriormente, deve a Administração investigar a ocorrência de alguma das figuras elencadas como crime de abuso de poder econômico.

4.11. VINCULAÇÃO AO EDITAL — Sendo o edital a lei interna da licitação, onde se expressa o desejo da administração em relação aos proponentes, não se pode fugir aos termos e condições ali propostos; nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital; ali estão fixadas as condições em que devem ser elaboradas as propostas, cabendo, portanto, julgá-las em estrita conformidade com tais condições.

Se a Administração não observa o edital, enseja a correção da anomalia através de recurso hierárquico, ou mesmo a invalidação do procedimento através do controle externo, via Tribunal de Contas ou Poder Judiciário.

Em contrapartida, se o desatendimento ao edital parte do candidato, sua proposta deve ser desclassificada, eis que a discordância em relação à vontade da Administração frustra a comparação com as demais propostas, o que é da essência da licitação.

A vinculação ao edital não significa a imutabilidade do mesmo; entretanto, deve ser oferecido prazo para adequação das propostas às alterações, dando-se igual publicidade à modificação em relação ao texto original.

É no edital que se vai buscar o julgamento objetivo, isto é, impessoal e criterioso, isento de qualquer subjetivismo; um dos princípios da licitação é propiciar igualdade nas oportunidades de contratar com o Poder Público, o que significa não só o conhecimento prévio e completo do desejo da Administração e das condições de participação no certame, como também os limites em que os participantes devem situar essas ofertas e o respeito a

esses limites por parte da Administração, a qual não pode, na lição sempre atualizada de HELY LOPES MEIRELLES, levar em conta vantagens ou desvantagens não previstas.

O edital deverá fixar o peso de cada ítem no julgamento, não cabendo nele se inserir a genérica admissão de "vantagens complementares".

Entretanto, frise-se, a impugnação a eventuais irregularidades do edital deve ser oferecida antes da entrega da documentação; não pode o concorrente "guardar o trunfo" para o caso de um insucesso de sua oferta, sob pena de preclusão: "O Direito não socorre aos que dormem".

Vale esclarecer que não são consideradas vantagens não previstas no edital situações ligadas ao preço, tais como prazo para pagamento, descontos, carência, juros, financiamento e impostos. A matéria, contudo, não é pacífica.

Questiona-se, por exemplo, a existência de cláusulas que preferem o preço oferecido por licitante que recolherá imposto para a Administração que realiza a licitação. O Eg. Supremo Tribunal Federal repudia tal prática regionalista, que quebra o princípio da unidade nacional, (STF, Pleno, Representação n.º 1.147-O-RJ/1983), favorecendo-se um licitante em razão de fatores estranhos à licitação (tais como a geração de ICMS no Estado ou manter sede ou filial no mesmo). [6] Esses aspectos seriam inerentes à pessoa do candidato e não à proposta. Destarte, sustenta-se que, uma vez admitido o candidato pela abertura de sua proposta, não mais pode ser discutida, quer a sua idoneidade quer outros fatores de ordem pessoal (salvo a ocorrência de fato superveniente). A licitação visa à proposta e não ao proponente.

Em oposição a tal tese, admite-se que, sendo a licitação um procedimento destinado a escolher a proposta mais vantajosa para a Administração, não haveria como deixar de reconhecer a vantagem no recolhimento no Estado de impostos incidentes sobre o objeto. Ademais, haveria a facilidade do contato com os empresários locais, facilitando a execução do contrato.

Parece-nos, numa posição intermediária, que tal vantagem só poderia ser considerada (com previsão no edital) em caso de igualdade entre as propostas, a título de "preferência" como critério de desempate, tal como é admitida a preferência às empresas brasileiras de capital nacional e às pequenas e médias empresas. Seria uma solução alternativa ao sorteio (mesmo essas preferências, antes da Constituição de 1988, eram repudiadas pela doutrina com base nos mesmos argumentos supra-expostos — cf. HELY LOPES MEIRELLES, Estudos e Pareceres de Direito Público — VI, pág. 42).

---

6 O Eg. STF, na Rep. nº 11.308-RJ declarou a inconstitucionalidade dos §§ 2º, 3º, 4º e 6º do art. 37 do Dec. nº 3.149/80, que estabelecia tratamento diferenciado para as empresas com sede no Estado do Rio de Janeiro.

O julgamento deve adjudicar apenas à *melhor* proposta, e não às primeiras colocadas, a serem contempladas com o objeto do contrato; do contrário, poder-se-ia resultar na 5.ª colocada exercendo, em lugar da primeira, o objeto do contrato; este só pode ser adjudicado à primeira colocada, que, querendo e havendo anuência do contratante, pode subrogar partes do contrato (Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 62).

4.12. COMISSÃO DE LICITAÇÃO — O julgamento caberá a uma Comissão de Licitação, composta de três membros, cuja investidura (e não mandato, pois não há representação) não excederá a um ano, vedada a recondução para a mesma comissão no período subseqüente (art. 41, § 4.º do Estatuto).

Esse julgamento é soberano, não podendo ser modificado nem mesmo pela autoridade encarregada de homologar o procedimento; esta poderá determinar novo julgamento ou revogar a licitação (justificando o ato), mas não poderá mudar juízo de valor técnico da comissão.

Esclareça-se que não tendo a Comissão técnicos em todas as áreas, poderá promover diligências e solicitar pareceres, conforme se infere do permissivo contido no § 3.º do art. 35, do Estatuto; somente no caso de Comissão de Julgamento de pedidos de inscrição em registro cadastral é que a composição será feita com profissionais legalmente habilitados, nos casos de obras, serviços e equipamentos (Estatuto, art. 41, § 2.º).

Os votos dos membros da Comissão são contados individualmente, não se admitindo voto de qualidade do Presidente, daí sugerir-se que a sua composição tenha número ímpar (já que a norma do art. 41 do Estatuto não é tida como geral).

No Estado do Rio de Janeiro, tal comissão é prevista nos artigos 4.º e 8.º do Decreto n.º 1.064, de 31-12-76, com composição de três membros sendo um deles representantes da Superintendência de Material da Secretaria de Estado de Administração, a quem compete remeter a tal órgão a lista dos preços praticados em cada licitação com vistas ao serviço de registro de preços e pesquisas de mercado.

4.13. ADJUDICAÇÃO — A conseqüência natural do julgamento é a adjudicação do objeto do contrato àquele que apresentar a melhor proposta, sendo, pois, ato da Comissão de Licitação, após classificar as propostas em ordem de preferência. Melhor proposta, para fins de adjudicação, é aquela que, independentemente do valor, apresente-se, por motivos relevantes e justificados, mais adequada, favorável e conveniente ao interesse público, observadas, dentre outras (que devem constar do edital) as condições de quantidade, rendimento, pagamento de preço e prazo, não se prestigiando, necessariamente, o menor preço, como asseverou SAULO RAMOS, então Consultor-Geral da República, na Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de decreto-lei, aduzindo ainda que o menor preço, por si só, qualifica qualquer das propostas uma melhor ou mais vantajosa.

HELY LOPES MEIRELLES, didaticamente, aponta os seguintes efeitos jurídicos da licitação homologada:

— aquisição do direito de contactar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a Licitação;

— a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na proposta;

— sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas;

— impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com qualquer outro que não seja o adjudicatário.

Note-se que, assim como o aprovado em concurso público não tem direito à investidura, o adjudicatário não tem direito ao contrato, cuja celebração fica sujeita aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

Sendo a licitação um procedimento formal, com todas as etapas definidas em lei, firmou-se entendimento jurisprudencial, através de acórdão da lavra do eminente Ministro FRANCISCO REZEK *(DJV* 5-6-87, p. 11.115, RE n.º 0107552-DF), no sentido de que "o vencedor da concorrência, em hipótese onde a sua proposta reponta, segundo os critérios do edital, a um só tempo como a mais vantajosa e a mais satisfatória, tem direito à adjudicação e não apenas legítimo interesse".

Já na Exposição de Motivos, SAULO RAMOS anunciava o direito público subjetivo à observância das normas e rituais e à correta aplicação do direito objetivo, o que implica na observância da seqüência legal prevista, ainda que se revogue a licitação.

4.14. HOMOLOGAÇÃO — Após a adjudicação, os autos do procedimento são remetidos à autoridade superior para, exercendo função inerente ao controle hierárquico, verificar se o feito teve tramitação adequada, com vistas à aposição de sua chancela.

A homologação encerra o procedimento licitatório, aprovando-se o resultado apresentado pela Comissão de licitação.

Relembre-se que, sendo a comissão soberana no julgamento, cuja função é prevista na norma geral, não pode a autoridade encarregada do julgamento modificar os seus critérios, mas, tão-somente, determinar o retorno dos autos àquele colegiado para correção de eventuais irregularidades.

Após esse momento, a licitação poderá, ainda, ser anulada, por vício de legalidade, ou revogada, se houver interesse público para tanto. Aliás,

essas hipóteses de desfazimento da licitação podem ocorrer a qualquer tempo, e, em ocorrendo, deverá o feito voltar ao órgão controlador das finanças para retorno à dotação orçamentária do valor deduzido.

No Estado do Rio de Janeiro, a competência para aprovar licitações foi cometida aos Secretários de Estado através do Decreto n.º 10.058, de 24-6-87, englobando, até mesmo, as entidades supervisionadas e vinculadas (e não apenas as subordinadas). Nesse passo, o decreto parece contrariar boa parte da doutrina, que preconiza que não há tutela sem lei; a norma é típica de controle hierárquico (o Decreto-Lei n.º 2.300/86, no art. 24, chega a usar a expressão "autoridade superior") e não de controle finalístico, que é exercido em relação às entidades da Administração indireta, cuja autonomia deve ser preservada (sob pena de essas entidades perderem a razão de existir).

Aprovada a licitação com a homologação, cujo ato deve ser publicado, e não sendo ela anulada, por outras vias, nem revogada, cumpre ao adjudicatário aguardar a convocação para a assinatura do contrato (art. 54 do Estatuto), encerrando-se, assim, o procedimento prévio indispensável à celebração.

5. *Permissão de serviço público*

5.1. O ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — Uma breve observação deve ser feita em relação ao fato de que o Decreto-Lei n.º 2.300/86 só menciona as licitações como precedentes dos contratos (atos bilaterais). Ocorre que, com o advento da Constituição de 1988, também os atos administrativos (unilaterais) de permissão de serviço público devem ser precedidos de licitação.

Dispõe o art. 175, CF, que a lei disporá sobre:

> "— o regime das empresas concessionárias e *permissionárias* de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
>
> — os direitos dos usuários;
>
> — política tarifária;
>
> — a obrigação de manter serviço adequado."

Note-se que, pelas normas constitucionais expressas, a licitação só é obrigatória para as contratações e permissões de serviço público, não se mencionando as permissões de uso de bem público. Entendemos, data vênia de entendimento firmado na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de

Janeiro (Ofício n.º 4/90-JTA — Processo n.º E-14/030535/92) que, vigorando para a Administração o princípio da impessoalidade, está vedada a livre escolha dos destinatários do uso especial de bem público, pelo que, ao menos, os "princípios" de licitação deveriam ser utilizados nesses atos de atribuição.

Impõe-se, pois, a revisão do Decreto-Lei n.º 2.300/86, tão anunciada, ao menos para adaptar os seus termos no que concerne às licitações que precederão as permissões de serviço público (muito comuns no transporte coletivo municipal).

6. *Licitações internacionais*

6.1. NOÇÃO — Já foi visto que a licitação caracteriza-se por ser um procedimento que tem por objetivo a obtenção da melhor proposta em favor da Administração, proporcionando a todos igualdade de oportunidades em com ela contratar. Nas licitações internacionais a diferença está em que elas admitem a participação de empresas estrangeiras, em concorrência com as nacionais, existindo algumas peculiaridades nessa competição. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, in *Comentário à Reforma Administrativa Federal,* Saraiva, SP, 1975, faz a distinção entre concorrência internacional e concorrência nacional que admite a participação estrangeira.

> "Na primeira hipótese é desnecessário que as firmas lá de fora estejam autorizadas a operar no Brasil, não obstante "a obrigação de se cumprir, nas modalidades previstas, o que é exigível taxativamente por força de lei".
>
> Na segunda, a autorização de funcionamento no Brasil é essencial, pois o que se quer proteger são os similares aqui produzidos pela indústria brasileira ou bens comercializáveis de origem e procedências nacionais."

A primeira das peculiaridades, já vista, tem sede constitucional — CF, art. 171, § 2.º — e assegura à empresa brasileira de capital nacional, nos termos da lei, a preferência da aquisição de bens e serviços pelo Poder Público, preferência essa interpretada como fator de desempate no julgamento (devendo constar do edital). Trata-se de uma exceção ao princípio da isonomia, razão pela qual deve ser interpretada restritivamente, não se admitindo, como se tem visto, privilégios e reservas de mercado em relação a percentuais de objetos do contrato.

Igualmente de duvidosa constitucionalidade são as normas que exigem a nacionalização da empresa prestadora de serviços de engenharia, o que, *a priori,* vedaria, por ato administrativo (e não por lei), a abertura de licitação internacional. Tenha-se em mente que eventuais reservas de mer-

cado devem vir por ato do Poder Legislativo e de caráter temporário; mesmo a preferência exige lei; também à lei cabe a disciplina do capital estrangeiro — CF, art. 172, não se admitindo a previsão de algum tratamento diferenciado por via de decreto, como, *in casu*, fazem os Decretos n.os 64.345/69, 66.717/70 e 66.864/70. HELY LOPES MEIRELLES adverte, ainda, que a legislação societária brasileira (assim como o inciso do art. 171, CF) atribui nacionalidade brasileira às sociedades comerciais aqui constituídas em conformidade com as normas vigentes, sendo vedada a discriminação do capital estrangeiro aqui investido (Lei n.º 6.404/76, art. 300 e Lei n.º 4.131/62, art. 2.º).

6.2. PECULIARIDADES — No Decreto-Lei n.º 2.300/86, a primeira das peculiaridades envolvendo licitações internacionais vem traçada no § 2.º, art. 3.º, que assegura preferência aos bens produzidos no País, critério suplementar de desempate em relação às empresas brasileiras de capital nacional ou se todas as empresas forem estrangeiras. A preferência, entretanto, só será dada se atendidas as condições *satisfatórias* (poder discricionário) de desempenho, qualidade, prazo de entrega e garantia. Trata-se de interpretação ao preceito constitucional supra, que não é auto-aplicável.

Outra exigência específica das licitações internacionais em relação às empresas estrangeiras diz respeito à sua habilitação nas licitações. Esta será feita mediante apresentação de documentos equivalentes em seus países de origem àqueles exigidos no art. 25, §§ 1.º a 4.º do Decreto-Lei n.º 2.300/86, com autenticação consular e tradução por tradutor juramentado.

Inobstante tais exigências, devem, ainda, estar consorciadas com empresas nacionais, às quais caberá a liderança do consórcio, ou ter representação legal no Brasil, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente. No caso de não haver o consórcio com a empresa nacional, a autoridade contratante deverá fixar um índice de nacionalização do objeto do contrato.

Da minuta de contrato, que constará do edital, deverá figurar cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão de contrato em que a União Federal ou suas autarquias façam parte. Nos contratos celebrados com a Administração Estadual, o art. 237, parágrafo único da Lei n.º 287/79 exige cláusulas declarando competente o foro da Capital do Estado para dirimir qualquer questão contratual, bem como nomeação de procurador com poderes especiais para receber citação inicial, acordar, transigir, comprometer-se em árbitro e dar quitação.

Essas exigências só não ocorrerão em duas hipóteses:

— concorrências internacionais para a aquisição de bens ou serviços cujo pagamento seja feito com o financiamento de organismo internacional do qual o Brasil faça parte;

— compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que tenha havido prévia autorização do Presidente da República.

Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária (do Conselho Monetário Nacional e BACEN) e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. Destarte, fatores como o limite de endividamento externo, a forma de pagamento (moeda, prazo, financiamento, por exemplo), as eventuais preferências a grupos econômicos dos quais o Brasil faça parte ou com os quais tenha firmado acordo de cooperação, ou o tratamento semelhante ao conferido à empresa nacional (como é o caso do Tratado do MERCOSUL — Mercado do Cone Sul, envolvendo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai) devem obrigatoriamente figurar no edital, sempre com observância das normas de Direito Internacional introduzidas no Direito Positivo Pátrio.

Não devem passar desapercebidas ao administrador as normas do GATT — *General Agreement on Trade And Tariffs,* especialmente no que concerne aos padrões mínimos de proteção à propriedade intelectual, às normas da ONU sobre conduta das corporações transnacionais e sobre defesa do meio ambiente, no que concerne ao produto adquirido ou técnica empregada, que devem ter pesado no julgamento.

Não é demais lembrar que o Código de Defesa do Consumidor exige assistência técnica e manuais apresentados em língua portuguesa para os produtos de origem estrangeira, esta última atenuada pela prevalência das normas de Direito Internacional vigentes no Brasil (Decreto-Lei n.° 2.300/86, art. 25, § 13 e Lei n.° 8.078, de 11-9-90, art. 7.°).

Sobre a prevalência das normas do Direito Internacional em relação ao Direito Pátrio, cumpre mencionar o magnífico Parecer n.° 20/88-MFV exarado pela ilustre Procuradora do Estado do Rio de Janeiro MARIA FERNANDA VALVERDE, no Processo n.° E-14/34.306/88.

Dito parecer analisou as incompatibilidades entre a legislação financeira federal e estadual e as exigências do BIRD — Banco Interamericano de Desenvolvimento e Reconstrução (conhecido como Banco Mundial), as quais, se inatendidas, resultariam na não assistência financeira daquela entidade.

Cuidou a ilustre parecerista de elencar as três diretrizes de requisitos exigidos pelo Banco:

a) a necessidade de atender a critérios de economia e eficiência na execução do projeto, inclusive na contratação para a aquisição de bens e para a execução das obras que o viabilizem;

b) o interesse do Banco, como instituição cooperativa, em dar a todos os licitantes que reúnam as condições pré-fixadas a oportunidade de com-

petir no fornecimento de bens e na execução das obras financiadas pelo Banco;

c) o interesse do Banco, como instituição de desenvolvimento, em estimular o progresso dos contratantes e fabricantes locais do país beneficiário do empréstimo.

Sendo o BIRD uma pessoa jurídica de Direito Internacional pode editar atos dessa ordem em relação aos países membros (aqueles que promulgarem as Convenções a ele aderindo), entre os quais situam-se as normas para aquisição de empréstimos. São, pois, normas de Direito Internacional que, introduzidas no Direito Interno, sobre ele prevalecem 2.300/86).
(com a própria autorização do § 13 do art. 25 do Decreto-Lei n.º

É por esse raciocínio que soluciona incompatibilidades aparentes no que concerne aos limites mínimos para o tipo de licitação, a exigência pelo Banco de pré-qualificação dos licitantes; a contratação em moeda estrangeira (o Banco não financia a parcela do pagamento em moeda nacional); idioma do contrato, em sendo estrangeiro o vencedor; a não aceitação de faixa-limite para oferta de propostas.

Sobre o tema, FRANCISCO REZEK, em sua obra intitulada *Direito dos Tratados,* leciona que, sendo a Constituição Federal o vértice do ordenamento jurídico de um país, e tendo em vista o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica, é corrente que se preserve a autoridade da Lei Fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito no plano externo.

Aduz ainda que, no Brasil, há um tratamento paritário entre as leis internas de estttura infraconstitucional e os tratados, não se colocando em dúvida, porém, a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação *(lex posterior derogat priori).*

Contudo, se a lei posterior contraria o tratado internacional, ao qual é atribuída, no direito interno, a hierarquia de lei ordinária, não se opera a sua derrogação. O Direito Internacional tem, na denúncia, o mecanismo próprio da exclusão de suas normas de direito interno; sujeita, porém, o denunciante às sanções expressas no tratado ou convenção, e, ainda, às conseqüências nas relações internacionais (não escritas no instrumento, especialmente no que concerne ao comércio exterior).

A validade e eficácia da licitação internacional ficam subordinadas a algumas condições suspensivas:

1 — autorização do empréstimo, pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso *V*, da CF;

2 — autorização da Assembléia Legislativa para endividamento internacional;

3 — aprovação dos contratos pelas autoridades brasileiras competentes, com a imediata ciência por escrito ao contratado;

4 — sujeição dos contratos às normas dos convênios firmados entre os governos brasileiros e estrangeiros para o desenvolvimento do intercâmbio comercial e a integração econômica entre ambos os países, inclusive a cláusula do juízo arbitral;

5 — emissão de licença de importação pela CACEX — o art. 61, parágrafo único do Decreto n.º 3.149/80 dispõe que cabe ao órgão fiscal do Estado determinar, em face do cronograma aprovado para execução da obra ou serviço, a ocasião em que o adjudicatário deverá garantir a importação do material ou equipamento.

Relacionadas as peculiaridades das licitações e contratações administrativas internacionais, aplicam-se, quanto ao restante, os princípios e normas das licitações em geral.

7. *Conclusão*

Como se vê, o Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, insculpido no Decreto-Lei n.º 2.300/86, é uma norma que dispensa maiores comentários. A lei, em vários momentos, é conceitual e auto-explicativa.

É claro que há lacunas, como ocorre em todas as normas; igualmente, há falhas, como em toda obra humana. Nada, porém, que impeça que a relevante figura do advogado atue como fiel cumpridor da lei, guardião da moral da liberdade e dos princípios gerais do Direito.

A crise de moralidade é evidente. Todavia, o advogado a ela não está alheio; e é neste momento de crise que a sua presença se realça, com vistas à prevenção e à repressão das transgressões às normas do convívio social — Constituição Federal, art. 133.

Na advocacia pública, esses cuidados devem ser ainda maiores, posto que interesses acima dos individuais estão em jogo. Busca-se a preservação do bem-estar social, razão da própria existência do Estado, que tem no papel do advogado uma função essencial para alcançar a Justiça — Constituição Federal, art. 132.

Na advocacia privada, a atenção deve voltar-se ao melhor atendimento da empresa, precavendo-a para assinar contratos em conformidade com a lei, assegurando a justa remuneração e não lançando-a em aventuras arriscadas.

De nada adiantam novas leis se não há quem as cumpra, nem quem zele pelo seu fiel cumprimento.

As Instituições de Contas

JARBAS MARANHÃO
Ex-Secretário de Estado, Deputado Constituinte em 1946. Senador. Presidente do Tribunal de Contas. Professor de Direito Constitucional e membro da Academia Pernambucana de Letras

As instituições de contas se consolidam e revigoram no tempo.

A primeira idéia foi a de contabilizar, escriturar.

Desde que os homens começaram a realizar trocas de produtos e serviços, passaram a se preocupar com o registro dessas operações.

Está nas lições da ciência contábil, como proclamam com entusiasmo os contadores, que, mesmo antes da arte da escrita, os homens contabilizavam os seus negócios.

Lemos, algures, que, em certa fase da civilização, sem meios para registrar tão claramente, como é possível fazê-lo hoje, os antigos organizavam bastões esquadrados, em duas peças, uma para o credor e outra para o devedor. Nesses bastões, através de entalhes, iam anotando as atividades mercantis e financeiras.

Os egípcios realizavam a sua escrituração nos papiros; os caldeus, nos seus tijolos.

Não se sabe quem inventou e desde quando foi usado o método digráfico ou de partidas dobradas; e, embora conhecido desde 1340, somente em 1494 veio situar-se em termos científicos, em livro do frade e matemático Luca Pacciolo.

No Brasil, em 1808, D. João VI, ao criar o Erário Régio e o Conselho de Fazenda, determinou a contabilidade da receita e da despesa pelo aludido método; e o Imperador Pedro I, em 1827, solicitou da Assembléia-Geral providências para a instituição de um novo sistema de contabilidade.

E desde quando os homens entenderam a responsabilidade como um princípio imanente à estrutura do Governo, surgiram as contas.

Os gregos já as prestavam.

Em Atenas, conforme ensinam os constitucionalistas, havia uma Corte de Contas, constituída de 10 oficiais, eleitos anualmente pela Assembléia Popular, e perante a qual compareciam arcontes, senadores, embaixadores, sacerdotes, comandantes de galeras, para justificar suas despesas.

Em Roma, o Senado e comissões especiais por ele determinadas apuravam a responsabilidade dos que manuseassem dinheiros públicos.

Na Idade Média, participando do Conselho do Rei, existiam Câmaras de Contas.

Curioso é lembrar que, ao chegarem os espanhóis à América do Sul, comandados por Pizarro, quando descobriram o Peru, em 1533, eles se sentiram não somente surpresos, como também maravilhados, por encontrar, no tesouro dos incas, muitas cordas grossas, formadas de cordas mais finas, bem retorcidas, com franjas nas extremidades. E mais surpreendidos ficaram quando tomaram conhecimento de que essas cordas constituíam o processo de registrar as operações financeiras. As cordas eram enviadas pelo governador das províncias dos incas como prestação de contas.

Mas essas modalidades simples de controle vieram a revestir-se de outras formas até a situação atual.

Na medida em que o Estado ampliou as suas funções, o orçamento também modificou-se.

A passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista alterou as técnicas orçamentárias.

O orçamento clássico, instrumento essencialmente político, voltado para o equilíbrio financeiro, evoluiu até o orçamento-programa, que se integra num planejamento e que é uma etapa dele, o seu mecanismo operativo anual para a consecução do equilíbrio econômico e o bem-estar social.

O Estado cresceu no alcance de seus objetivos e alargou os processos de ação.

O orçamento mudou. Ampliou-se na substância de seus fins, político, jurídico e financeiro, assumindo ainda funções de programa administrativo, para atingir a finalidades econômicas.

A essa transformação haveria de corresponder inovações de estrutura, nos tipos, nas normas e processos de controle, embora numa adaptação mais lenta das instituições fiscalizadoras às realidades sucessivas.

Do controle político, jurídico, ético e contábil ao controle de finalidade, e dos novos aspectos do orçamento, que se traduzem em resultados econômicos para o Estado e a comunidade.

Controle não apenas dos aspectos formais da lei, mas sobretudo de seu espírito, que abrange os aspectos da moralidade e probidade do administrador, subordinando os seus atos ao interesse público.

Controle pelos sistemas de auditoria e inspeções.

Controle em termos de realização de obras, prestação de serviços, avaliação de resultados.

Controle inspirado nos princípios de economia. "Custou uma obra o que deveria ter custado? Gastou-se o estritamente indispensável no momento mais apropriado e onde mais necessário?"

Controle que se preocupa em verificar se o ato administrativo se orientou pelo objetivo da lei e se se inspirou em razões do interesse coletivo ou visando ao progresso econômico e social.

O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar n.º 70

ARNOLDO WALD
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro — Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo

"A liberdade bancária constitui um direito fundamental da personalidade."

D. MARTIN
(Nota in *Recueil Sirey Dalloz*. 1980, p. 509.)

* * *

"O sigilo bancário constitui as pilastras do crédito e a garantia de uma economia sadia."

J. BARMANN
(In *Le Secret Bancaire dans la C.E.E. et en suisse*, Paris 1974, p. 17.)

* * *

"A suprema lição consiste em apreender que a fortuna caberá aos Estados que souberem moderar o seu apetite fiscal e que o verdadeiro liberalismo econômico e a prosperidade podem encontrar suas fontes na arte de manter o sigilo."

MICHEL VASSEUR
(Prefácio da obra de Raymond Farhat, *Le Secret Bancaire*, Paris, 1970, p. III.)

* * *

"Notadamente nas operações de crédito, o sigilo bancário é uma condição imprescindível, não só para segurança do interesse do Banco como para o próprio êxito da atividade bancária. Raros seriam, por certo, os clientes de bancos, se não contassem com a reserva do banqueiro e de seus prepostos. Em nenhuma outra atividade profissional é de se atender, com mais adequação, à advertência de que a alma do negócio é o segredo."

NELSON HUNGRIA
(*Comentários ao Código Penal*, v. 6, p. 271.)

SUMÁRIO

1. *Introdução*

Poucas questões têm sido tão debatidas, no plano jurídico e econômico, quanto o sigilo bancário. que tem provocado, nos últimos meses, uma verdadeira polêmica, quer em virtude das disposições da Lei Complementos n.º 70, quer em decorrência da tentativa de alguns setores do Governo Federal de exigir a *full disclosure* das despesas feitas com cartão de crédito e do cadastro dos clientes de banco.

Na realidade, o problema é simultaneamente político, jurídico, econômico e social e precisa ser examinado sob esses vários ângulos, no momento em que o Congresso Nacional está terminando os seus estudos sobre a Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro.

Embora o nosso estudo pretenda se concentrar sobre o aspecto constitucional e legislativo do problema, não é possível deixar de fazer algumas considerações prévias sobre as repercussões econômicas da legislação que se pretende estabelecer na matéria.

Cabe pois lembrar que, na maioria dos casos, as críticas feitas ao sigilo bancário têm sido de caráter demagógico, pois, em todas as legislações, já há atualmente mecanismos adequados para evitar que o sistema bancário seja utilizado para praticar fraudes. Efetivamente, já se verificou que, quando se quer realmente combater as fraudes, não é o sigilo bancário um obstáculo real, de tal modo que, mesmo nos países nos quais o sigilo é considerado condição de sobrevivência da economia local, como ocorre na Suíça, onde a matéria chegou a ser objeto de plebiscito, é possível bloquear recursos tanto de ex-chefes de Estado e de Ministros como de traficantes de droga.

Por outro lado, até os países socialistas acabaram reconhecendo que o sigilo é condição necessária para a manutenção e o desenvolvimento dos bancos e as próprias instituições financeiras públicas passaram a respeitar a incomunicabilidade dos dados referentes aos seus clientes, como ocoreu na França, por exemplo.

Cabe acrescentar que, em países que pretendem receber investimentos externos, numa política de abertura da economia do país, a manuten-

ção do sigilo bancário, é condição *sine qua non* para que as suas metas possam ser atingidas. Evidentemente não é condição única, nem suficiente, mas é condição necessária, especialmente quando se pretende fortalecer os sistemas locais financeiro e de mercado de capitais e assegurar seu desenvolvimento racional e sadio.

Os países receptores de capitais estrangeiros consideram o respeito ao sigilo bancário como sendo uma premissa ou precondição para que possam ser recebidos adequadamente os recursos externos.

Neste sentido, cabe lembrar a importância da qual se revestiu o sigilo bancário em países como o Líbano, a Suíça e o Uruguai, que pretenderam criar centros financeiros para os quais drenaram os recursos da região.

Podemos até afirmar que, por mais estranho que pareça, temos hoje um centro financeiro internacional brasileiro, que se encontra em Montevidéu, praça na qual o sigilo bancário e a liberdade cambial têm permitido a realização, por empresas brasileiras, de operações que poderiam perfeitamente ocorrer no Brasil, se a nossa legislação o permitisse, seja em todo o País, seja em alguma cidade específica, como seria o caso do centro financeiro do Rio de Janeiro, concebido há mais de um quarto de século e que ora ressurge numa válida campanha nacional de desenvolvimento da nossa economia e de incentivo à retomada da atividade da nossa antiga capital da República.

O Projeto de Lei Complementar trata do sigilo bancário na seção II do capítulo II no artigo 34 que repete no seu *caput* e nos seus seis primeiros parágrafos o disposto no *caput* e nos seis primeiros parágrafos do art. 38 da Lei n.º 4.595/64. Por sua vez, o § 7.º assegura ao Ministério Público a prerrogativa prevista no art. 29 e seu parágrafo único da Lei n.º 7.429/86. Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro — que dá ao Ministério Público a faculdade de

> "sempre que julgar necessário, requisitar a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta Lei."

e acrescenta o art. 29, no seu parágrafo único, que o sigilo bancário não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no mencionado artigo.

Por outro lado, a Lei Complementar n.º 70/91, no seu art. 12, admitiu que a Receita Federal, nos termos fixados pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, possa exigir informações cadastrais dos bancos, e a matéria foi regulamentada pela Portaria Ministerial n.º 144, de 25-3-1992.

Como o Projeto de Lei Complementar do Sistema Financeiro Nacional trata exaustivamente da matéria e não alude ao que dispõe a Lei Complementar n.º 70, deve entender-se que o art. 12 desta estará revogado com a promulgação da Lei Complementar, de acordo com o que dispõe o art. 2.º, § 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil, de acordo com o qual:

> "A lei posterior revoga a anterior ... quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior..."

Por outro lado, a Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro foi considerada, pela melhor doutrina, como um mau exemplo de técnica legislativa, merecendo uma revisão, tanto na sua forma, como no seu conteúdo.

Em relação ao sigilo bancário, por mais que se prestigie o Ministério Público, não parece que se lhe possa atribuir um direito de requisição absoluto, arbitrário e discricionário, que a Lei recusa aos demais Poderes, seja o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário, pois, em relação a todos eles, se exige que haja ou um processo em curso, ou uma Comissão de Inquérito ou relevantes motivos, reconhecidos e ou aprovados pelos órgãos competentes, por maioria qualificada.

Assim sendo, justificar-se-ia, até por isonomia, que as requisições do Ministério Público obedecessem aos mesmos requisitos impostos ao Fisco, ou seja, que somente pudessem ocorrer havendo processo e sendo as informações indispensáveis para apuração da matéria, utilizando-se terminologia análoga à consagrada tanto no § 5.º do art. 38 da Lei n.º 4.595, como do art. 34 do Projeto de Lei da Reforma do Sistema Financeiro.

Pode parecer que essas considerações não passem de meras filigranas jurídicas, mas entendemos que, de acordo com a Constituição vigente, é indispensável preservar o sigilo bancário e não se admitir qualquer brecha no sistema, pois, como lembrava o Padre VIEIRA:

> "Dispensam-se as leis por utilidades e abre-se a porta à ruína universal ...
>
> Persuada-se o princípe que a lei morta não pode dar vida à República, considere que as leis são os muros dela e que, se hoje se abriu uma brecha, por onde possa entrar um só homem, amanhã será tão larga que entre um exército inteiro."

Examinaremos, agora, o conceito e função do sigilo bancário no Direito Brasileiro e a interpretação que se deve dar às normas constitucionais, para verificar até que ponto a atual redação do § 7.º do art. 38

e o art. 12 da Lei Complementar n.º 70 se enquadram dentro do sistema vigente do Estado de Direito.

2. *O conceito e a função do sigilo bancário*

O sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, que tem merecido, na maioria das legislações, uma proteção muito ampla, ensejando até a sua violação, caracterização de crime, como ocorre no Direito Brasileiro, cujo Código Penal, no seu art. 154, define o delito nos seguintes termos:

> "Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem."

Há uma vinculação necessária entre a confiança, que se presume existir, por parte do cliente, no tocante às pessoas que exercem determinadas profissões, como as de advogado, médico ou banqueiro, e a necessidade de manter em sigilo as relações entre eles existentes.

Assim, é preciso reconhecer a existência de uma pluralidade de segredos profissionais, com densidades e conteúdos distintos, algumas vezes protegidos diferentemente pela lei, mas que obedecem a uma mesma razão de ser e que não se limitam a consagrar interesses privados, mas também correspondem a interesses sociais e públicos. O interesse privado tanto é o do cliente como o do profissional, ambos necessitando e merecendo a proteção legal, por motivos diversos. Assim, o cliente não quer divulgar determinados fatos que, hoje, já são reconhecidos como constituindo um reflexo e uma projeção de sua personalidade. O profissional, por sua vez, considera a discrição como elemento do seu fundo de comércio e, por outro lado, os nomes dos seus clientes constituem, em determinados casos, um verdadeiro segredo comercial e integram o seu fundo de comércio. Quanto ao interesse social, consiste em assegurar o bom funcionamento das instituições e o desenvolvimento econômico do país.

Com referência ao banco, que exerce na sociedade contemporânea uma verdadeira missão de serviço público, como tem sido reconhecido pela doutrina,[1] é manso e pacífico que o banqueiro tem não só o direito, mas também o dever de, em princípio, manter sigilo quanto às contas de seus clientes, abrangendo tanto a existência dos mesmos, quanto os dados a eles referentes. Este direito, e dever, é relativo, mas só encontra limites nas exceções legalmente estabelecidas e que devem ser justificadas e não podem ser simplesmente discricionárias, arbitrárias ou generalizadas.

---

1 ARNOLDO WALD, "O papel pioneiro bancário" in *Revista de Direito Mercantil*, 27 pp. 13-25 (1977).

A doutrina lembra que, historicamente, o sigilo bancário tornou-se uma condição *sine qua non* da própria existência dos bancos e do exercício de suas funções, sendo uma instituição secular que criou, inicialmente, um direito costumeiro, mas profundamente integrado na sociedade civil, um verdadeiro direito adquirido, para o cliente, (WOHLERWORBENES RECHT), como lembram os autores alemães,[2] sendo a sua existência indispensável para a manutenção e o desenvolvimento do sistema bancário. Chegou-se até a afirmar que o sigilo bancário constitui

> "as pilastras do crédito e a garantia de uma economia sadia."[3]

Enquadra-se, assim, o respeito ao sigilo bancário na concepção do Estado liberal e da proteção dos direitos individuais assegurados pelo Estado de Direito, sendo

> "a conseqüência lógica do direito de cada um de obter o respeito de sua esfera de interesses privados."[4]

Os autores que estudaram a matéria salientam que a discrição e a confiança, constituindo a base dos negócios financeiros, os bancos, para exercerem as suas funções, necessitam da confiança do público, assegurando-lhes, em contrapartida, o sigilo bancário que é essencial ao desenvolvimento de qualquer sistema de poupança e sem o qual o mesmo não se pode manter e prosperar.[5]

PIERRE EDDÉ, que presidiu, em outros tempos, a Associação dos Bancos no Líbano, chegou a afirmar "que o liberalismo econômico e o sigilo bancário são os dois bastiões do mercado financeiro".[6]

Na realidade, o sigilo bancário consiste na obrigação de discrição imposta aos bancos e aos seus funcionários, em todos os negócios dos seus clientes, abrangendo o presente e o passado, os cadastros, a abertura e o fechamento das contas e a sua movimentação.

A obrigação de manter o sigilo abrange, assim, todos os aspectos da relação entre o banco e o cliente, presumindo-se, salvo autorização

---

2 J. BARMANN, "Le secret bancaire en Allemagne Fédérale", in *Le Secret Bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, publicação da Universidade de Paris I, Presses Universitaires de France, 1974, p. 17.

3 STEGMEIER, *Bankgehmeimnis und steurliche Betriebsprüfung*, 1958, p. 10 ap. J. BARMANN, artigo e loc. citados na nota anterior.

4 *Apud* RAYMOND FARHAT, *Le Secret Bancaire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, p. 59.

5 RAYMOND FARHAT, ob. cit., p. 62.

6 *Ap.* RAYMOND FARHAT, ob. cit., p. 64.

em contrário, a vontade do cliente de manter o sigilo em relação à sua conta bancária e só sendo válida a própria autorização do cliente se não for decorrente de coação, dolo ou outro vício da manifestação de vontade.

Como veremos em seguida, o sigilo bancário encontra proteção constitucional no Direito Brasileiro, dentro dos limites em que se caracteriza como um verdadeiro direito da personalidade, que resguarda os aspectos econômicos do chamado direito à intimidade e à vida privada, como também se fundamenta no direito ao *sigilo de dados* assegurado às pessoas, sem prejuízo das limitações que a lei estabelece — e poderá estabelecer — nos casos especiais de conduta ilegal por parte do depositante.

3. *Da interpretação das normas constitucionais*

3.1. Dos princípios constitucionais (art. 5.º, incisos X e XII, da Constituição Federal)

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5-10-1988, ampliou o rol dos direitos individuais constitucionalmente assegurados, dando-lhes mais ampla proteção, mediante os instrumentos processuais adequados.

No tocante aos direitos individuais garantidos pelo art. 5.º, são relevantes para a proteção do sigilo bancário os incisos X e XII, que têm a seguinte redação:

> "Art. 5.º — Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> . . . . . .
>
> X. *são invioláveis a intimidade, a vida privada,* a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> . . . . . .
>
> XII. *é inviolável o sigilo* da correspondência e das comunicações telegráficas, *de dados* e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;." (Grifos do autor.)

Comparando o novo Texto Constitucional com os precedentes, conclui-se que houve importante evolução nos dois incisos, pois, antigamente,

não estavam protegidos pelo texto da Lei Magna, nem a *intimidade,* nem a *vida privada* aos quais alude o inciso X, nem os *dados* sobre as pessoas, mencionadas pelo inciso XII, em complementação ao sigilo de correspendência e das comunicações, inclusive, telefônicas, ao qual se referiam as Constituições anteriores.

A bibliografia brasileira é ainda parca em relação a essas inovações, que são recentes, mas não há dúvida que tanto a proteção da *intimidade* e da *vida privada,* como a de *dados* sobre a pessoa constituem fundamentos constitucionais para garantir o sigilo profissional e, em particular, o sigilo bancário, como em seguida evidenciaremos.

Os comentadores do novo Texto Constitucional vislumbram no direito à intimidade e na inviolabilidade da vida privada o direito do indivíduo de "não ser importunado, devassado, visto por olhos estranhos", [7] ou ainda o *right of privacy* do direito norte-americano. [8] Invoca-se a doutrina norte-americana e a definição que o *Dicionário Jurídico de Black* dá à *privacy,* conceituando-a como "direito de evitar a interferência dos órgãos governamentais no tocante a relações ou atividades pessoais, à liberdade do indivíduo de fazer escolhas fundamentais no tocante a si mesmo, a sua família e suas relações com terceiros". [9] Na realidade, a interferência à qual se refere o direito americano abrange não só a intervenção estatal, mas também o controle e até a simples informação exigida pelo Estado, quando não tenha havido justo motivo no caso concreto.

No direito brasileiro, podemos dizer que a privacidade abrange o direito à intimidade (MILTON FERNANDES), o direito à vida privada (RENÉ ARIEL DOTTI), o direito à vida particular ou ao recato (ORLANDO GOMES e LIMONGI FRANÇA), o direito de estar só (PAULO JOSÉ DA COSTA JR.), o direito à reserva, ao resguardo, a velar a intimidade (PONTES DE MIRANDA). [10] O Código Civil Português se refere ao "direito à reserva sobre a intimidade da vida privada" (art. 80). Como no tocante a todo conceito novo, não tem havido em relação à privacidade um consenso, salientando-se que certos autores a distinguem e outros a identificam com a intimidade, razão pela qual o nosso legislador constituinte preferiu garantir tanto o direito à intimidade, como o direito à vida privada, a fim de incluir todos os elementos que podem estar implícitos em cada um dos conceitos. (Art. 5.º, inciso X).

---

7 JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988,* Forense Universitária, vol. I, p. 527.

8 PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição,* 1º vol., p. 79.

9 PINTO FERREIRA, obra e loc. citados.

10 Sobre as várias conceituações, consulte-se Semy Glanz, *Os direitos da personalidade na jurisprudência brasileira,* tese, Rio de Janeiro, 1984.

O Professor ALAN WESTIN, autor da mais completa monografia sobre o assunto, intitulada *Privacy and Freedom*, bem esclarece os vários aspectos que a privacidade pode revestir, assinalando que um deles e dos mais importantes corresponde à seguinte definição:

> "Privacidade é a pretensão do indivíduo, grupos ou instituições de decidir por si, quando, como e até que ponto uma informação sobre eles pode ser comunicada a outrem." [11]

Na doutrina brasileira, o Professor MILTON FERNANDES inclui na área da privacidade, entre outros elementos, não só o sigilo epistolar, mas também o respeito à intimidade doméstica e o segredo profissional. [12]

Na realidade, com o decorrer do tempo, houve uma expansão do direito da personalidade e de seus desdobramentos, pois vários elementos da intimidade e da vida particular aos quais se refere o inciso X do art. 5.º da Constituição também são repetidos em outros incisos, como o XII, que se refere à inviolabilidade da correspondência e das comunicações e ao direito a manter o sigilo em relação aos dados da pessoa, que são tanto os dados personalíssimos como os econômicos.

Neste sentido, a nova legislação francesa, que assegura o direito da personalidade, tem sido interpretada pelos Tribunais como abrangendo informações econômicas e financeiras, que a pessoa prefere manter em sigilo.

Não há como deixar de reconhecer que a evolução tecnológica, de um lado, e o desenvolvimento das comunicações na sociedade contemporânea, por outro, deram novas dimensões tanto ao direito à vida privada, como às possibilidades de devassa, direta ou indireta, da mesma. Como o direito deve acompanhar os fatos, sob pena de ocorrer "a revolta dos fatos contra o Direito" à qual aludia GASTON MORIN, devemos incluir no direito à vida privada o conjunto dos chamados "direitos da personalidade", que abrangem não só a defesa da honra, do nome e da imagem da pessoa, mas também a incomunicabilidade dos dados pessoais que representam opções sociais, culturais ou econômicas. Assim o direito à privacidade abrange atualmente o de impedir que terceiros, inclusive o Estado e o Fisco, tenham acesso a informações sobre o que se denominou "a área de manifestação existencial do ser humano". [13] Nesta área, cujos limites vão aumentando a cada momento, encontra-se a chamada "liberdade bancária", abrangendo a faculdade de escolher o seu banco e de movi-

---

11 ALAN F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, Atheneum — New York, 1970, p. 7.

12 MILTON FERNANDES, *Proteção Civil da Intimidade*, Saraiva, 1977.

13 CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição de 1988*, em colaboração com IVES GANDRA MARTINS, vol. 2, p. 63.

mentar as suas contas, sem controle, interferência ou conhecimento de terceiros e nem mesmo do Estado, salvo havendo justo motivo.

Podemos, pois, dizer que *o direito à privacidade abrange a indevassabilidade dos dados econômicos* referentes ao indivíduo, aos quais alude expressamente o art. 5.º, inciso XII, da Constituição, embora, tradicionalmente, se tivesse dado maior ênfase, na categoria dos direitos da personalidade, a outros elementos (como o nome, a honra e a utilização da própria imagem) e a intimidade tenha sido considerada tradicionalmente como o direito de estar só. Mas esse direito à solidão significa também a ausência de presença de terceiros, não só no lar, mas também, em todas as projeções econômicas da personalidade, em relação aos quais o titular pode não querer ser objeto de controle devassa ou informações de dados a terceiros.

Na realidade, a grande distinção entre o Estado de Direito e o Estado totalitário consiste na garantia das liberdades e dos direitos individuais, ou seja, no direito de fazer tudo que a lei não proíbe e de só ter que fazer aquilo ao qual está obrigado em virtude de lei. Do mesmo modo que se firmou o princípio da impossibilidade de tributação sem lei em sentido formal *(no taxation without representation)*, também não há possibilidade de restrição à liberdade sem lei específica (art. 5.º, inciso II da Constituição de 1988), que seja compatível com a Constituição.

O que se pretende assegurar, na sociedade democrática, é a liberdade individual sob todos os seus aspectos. Liberdade que não admite a interferência contínua e onipresente do Estado na vida de cada cidadão, nos termos em que a ficção a imaginou nas obras de HUXLEY (*O admirável mundo novo)* e de ORWELL *(1984)* ou, quando se aproximou mais da realidade, no livro de ARTHUR KOESTLER (*O zero e o infinito*), encontrando, todavia, seus aspectos mais sombrios nas ditaduras de direita ou de esquerda, pois a tirania estatal sobrepujou, na realidade, as previsões mais pessimistas da imaginação humana e da própria literatura.

3.2. *A lição do Direito Comparado*

Garantidos os direitos da personalidade pelas Constituições, o aspecto personalístico do sigilo bancário tem sido reconhecido em todos os países e constitui um dos seus principais fundamentos legais.

Assim, na excelente e exaustiva monografia que MAURICE AUBERT, JEAN PHILIPPE KERNEN e HERBERT SCHÖNLE dedicaram ao sigilo bancário, esclarecem, que o mesmo "entendido em sentido amplo e independentemente de toda vinculação contratual, tem a sua fonte no direito de cada um à proteção de sua personalidade". [14]

---

14 MAURICE AUBERT, JEAN PHILIPPE KERNEN e HERBERT SCHÖNLE, *Le secret bancaire suisse*, Editions Staempfli & Cie., Berna, 1976, p. 27.

E acrescentaram, citando decisão do Tribunal Federal suíço, que:

> "A inviolabilidade da vida privada não constitui apenas um princípio moral, mas também uma norma jurídica, um 'bem jurídico' (RECHTSGUT); é um atributo da personalidade que a lei protege." [15]

Finalmente, não têm dúvida os mencionados autores e a jurisprudência suíça de incluir nessa esfera de privacidade, na chamada vida privada, as operações econômicas, que também devem, em princípio, ser indevassáveis.

Ocorre que a proteção dada à vida privada, pela lei suíça, no seu Código Civil, encontra no Brasil a proteção constitucional do art. 5.º, inciso X, devendo, pois, a nossa Lei Ordinária, obedecer ao princípio hierarquicamente superior.

Do mesmo modo, a doutrina alemã vislumbra a fonte do sigilo bancário, nos direitos da personalidade *(Persönlichtkeitrecht)*, [16] chegando até a admitir que não só o cliente é titular do mesmo, mas que até *existiria um direito da personalidade em relação à manutenção do sigilo bancário por parte do banqueiro.*

Neste sentido, escreve o Professor J. BÄRMANN que:

> "Ll faut alors se demander si la justification por le droit de la personnalité accordée au client, droit qui apparaît aujourd'hui incontesté, ne pourrait pas être utilisé pour l'affirmation *d'n droit de la personnalité en faveur du banquier et des banques.* Le client protégé par le droit de la personnalité a un droit individuel, sinon très personnel (au sens strict du mot), à la discrétion des faits qu'il confie aux banques. La question est de savoir si la banque n'a pas, elle aussi, *un droit professionnel permanent, en raison de la garantie de confiance, droit qui sert l'intérêt public et l'économie.* Ce serait donc un droit de la personnalité, en ce sens qu'elle peut refuser de donner des renseignements sur les secrets qui lui sont confiés, jusqu'à la limite contituée par les obligations du C. pén. et du C. proc. pén." [17]

Acentuando o interesse básico e, quase, poderíamos dizer, de sobrevivência do banco em manter o sigilo bancário, o jurista espanhol LUIS MARIA CAZORLA PRIETO acrescenta, na sua monografia sobre o assunto, que:

> "*El Banco* es le demandante de capital particular que para adornar los señuelos de su solicitud, al igual que entrega un tipo

15 Obra citada na nota anterior, p. 28.

16 J. BÄRMANN, art. cit., p. 17.

17 J. BÄRMANN, art. cit., p. 19.

de interés y una serie de servicios, *se obliga a proporcionar la más absoluta reserva en el desempeño de su tarea; reserva que,* fruto de una evolución que hemos intentado aclarar líneas atrás, *no sólo se apoya en la voluntad de la entidad bancaria, sino que ha obtenido una inestimable consagración legal.* Esto es, si más, lo que con otras palabras llama Jiménez de Parge *"El principio de defensa de la clientela, elemento patrimonial de la empresa privada".* Cabría puntualizar que más que defensa de la clientela como constitutiva del bien jurídico protegido, estimamos que *debe hablarse de amparo del capital a través de la reserva, consecuencia de una de las ventajas ofrecidas por las instituciones bancarias."* [18]

No mesmo sentido se manifesta a doutrina francesa, quando afirma que:

> "No plano jurídico e moral, *o segredo dos negócios encontra seus fundamentos na necessidade de garantir o respeito da intimidade da pessoa humana* e uma das armas mais condenáveis da concorrência desleal contitui em violar *o segredo da vida privada dos homens de negócios..."* [19]

Em algumas legislações, admite-se até que o direito à intimidade seja também reconhecido às pessoas jurídicas, para concluir que "o dever de manter o sigilo é um princípio que pesa sobre todos aqueles que vivem na *intimidade* da pessoa ou instituição", incluindo os seus legítimos e necessários confidentes a qualquer título. [20]

Dentro dessa orientação, o Tribunal Federal suíço teve o ensejo de afirmar ainda que:

> "Se se pretendesse admitir como legítimo um interesse geral de obter informações sobre a vida privada das pessoas, desapareceria por completo a esfera privada protegida pelo direito. Só um interesse particularmente relevante pode ser declarado superior ao *direito à uma vida privada sem interferência."* [21]

Também, na Itália, a doutrina reconhece que a inviolabilidade do sigilo bancário é uma garantia decorrente do direito à liberdade individual,

---

18 LUIS MARIA CAZORLA PRIETO, *El secreto bancario,* Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, p. 89.

19 SAMY CHAMAS, "Le secret des affaires, rapport général" in *Le Secret et le Droit,* Travaux de L'Association Henri Capitant de 1974, Paris, Dalloz, 1976, p. 182.

20 *Le Secret et le Droit* cit. na nota anterior, p. 196.

21 *Le Secret et le Droit,* p. 367.

assegurando a atuação de cada um, na sua esfera privada. Salienta-se que a inviolabilidade do sigilo bancário constitui uma liberdade negativa, no sentido de excluir terceiros da área própria, a de atuação exclusiva do indivíduo, é o *ius excludendi alios* em relação a informações referentes à sua vida privada, familiar, econômica, etc...

Os autores italianos substituem a expressão anglo-americana *privacy* pelo direito à *riservatezza*, considerado como significando a "exclusão do conhecimento por parte de terceiros de tudo que se refere à própria pessoa".[22] Tal direito decorre, segundo o entendimento da doutrina e da jurisprudência, do próprio Texto Constitucional italiano, que reconhece e garante a *inviolabilidade do direito da personalidade* (art. 2.º)[23] e da Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, que garante a toda pessoa:

> "o direito ao *respeito de sua vida privada* e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência."[24]

Finalmente, a jurisprudência italiana, em decisão da Corte de Cassação de 30-11-1974, reconheceu que o sigilo bancário tanto protege o cliente como o próprio banco "em virtude de exigência inerente ao desenvolvimento da atividade (bancária) reconhecida como sendo de maior importância social". Acrescentou, o julgado, que a regra de sigilo decorre da tradição histórica e da experiência, apresentando-se, como regra da organização bancária quase inerente à sua estrutura e à função creditícia[25].

Na Bélgica, o sigilo bancário também é considerado como sendo protegido, tanto no interesse social, como no interesse dos clientes dos bancos[26].

Em Portugal, a matéria não tem sido discutida amplamente, mas a Constituição serviu de modelo à nossa, consagrando, em seu artigo 26, o reconhecimento do direito de todos os cidadãos "à reserva da intimidade da vida privada e familiar" (Constituição de 2-4-1976, alterada pelas leis constitucionais posteriores).

Texto análogo encontramos, aliás, na Constituição Espanhola que, no seu art. 18, garante o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem.

Nos Estados Unidos, a proteção constitucional decorre da 4.ª Emenda que abrange as matérias tratadas em vários dos incisos do art. 5.º da atual

---

22 DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milão, 1959, p. 256.

23 ASTOLFO DI AMATO, *Il segreto bancario*, Napoles, Edizioni Scientifiche Italiano, 1979, pp. 124 e ss.

24 ASTOLFI DI AMATO, ob. cit., p. 123.

25 ENRICO GIANFELICI, *Il segreto bancario*, Roma, Buffetti Editore, 1979, p. 54.

26 RICHARD ZONDERVAN, *Le secret bancaire*, Bruxelles, edição do Centro d'Etudes Bancaires e Financières, 1973, 18 e ROBERT HENRION, *Le secret bancaire en Belgique in Le Secret bancaire dans la CEE* já citado, p. 57.

Constituição brasileira, mas que tem sofrido uma interpretação construtiva e ampliativa por parte dos Tribunais norte-americanos.

Determina a referida emenda que:

> "O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, *papéis* e haveres contra a busca e apreensão arbitrárias não pode ser infringido..."

Por longo tempo, a proteção do sigilo bancário decorreu do sigilo garantido aos documentos (*papers*), enquanto a informação bancária se apresentava sob essa forma, mas chegou a haver discrepâncias nos julgados em virtude da divergência de leis estaduais existentes sobre a matéria.

Em 1970, o Governo Federal decidiu elaborar uma lei para combater e restringir o sigilo bancário (*Bank Secrecy Act* de 26-10-1970, *Public Law* 91-508, 84 *Stat.* 1.114), contendo normas de acordo com as quais o Poder Público poderia obter informações sobre as contas bancárias. As disposições da mencionada lei, que permitiam o acesso às informações referentes às contas bancárias, independentemente da existência de processo judicial, ou procedimento administrativo, foram, todavia, consideradas inconstitucionais por alguns juízes da Corte Suprema norte-americana no caso *Califórnia Bankers Association v. Schultz* (416 US 21, 1974).

Tendo havido, posteriormente, algumas novas divergências jurisprudenciais, o Governo Federal, a fim de cumprir as determinações constitucionais, aprovou, em 1978, o *Right to Financial Privacy Act* (Lei de 10-11-1978, *Public Law* 95-630, 92 *Stat.* 3697), que só permite a requisição e a prestação de informações, por parte das instituições financeiras, nos casos de procedimentos administrativos contenciosos e de ações judiciais, quando então os pedidos deverão ser justificados e considerados relevantes para a solução do caso, devendo o cliente do banco ser previamente informado e podendo se opor ao fornecimento de informações, quando for o caso, ensejando uma decisão judicial específica sobre a matéria.

O *Right to Financial Privacy Act* se enquadra num conjunto de normas legais que permitem, com caráter excepcional, e em virtude da adequada justificação, o acesso do Governo às informações bancárias, vedando, todavia, a requisição das mesmas, sem que haja justa causa (ou seja só a permitindo em virtude de processo ou inquérito em andamento).

A lição do direito norte-americano é importante, pois, como vimos, se fundamenta na Emenda n.º IV, inspirada na Declaração dos Direitos do

Homem, que também integra a nossa Constituição, e que, nos Estados Unidos, ensejou a discussão da inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário, quando não amplamente justificada, provocando uma nova legislação que o consagrou e protegeu amplamente, só admitindo restrições ao mesmo em casos especiais, devidamente evidenciados, com base no princípio do contraditório e do *due process of law*.

Na Argentina, a Lei n.º 18.061, de 1969, consagrou o sigilo bancário, nos seus artigos 33 e 34, que constam, com poucas alterações, na legislação vigente consubstanciada pela Lei n.º 21.256, de 1977, nos seus artigos 39 e 40. Ora, a *Exposição de Motivos da Lei n.º 18.061*, na parte que se referia ao sigilo bancário, *esclareceu que se tratava de decorrência da norma constitucional argentina, que garantia a inviolabilidade da correspondência e dos papéis privados* (art. 18 da Constituição Argentina).

A lei argentina admite exceções nos casos de pedido judicial justificado e de solicitação das autoridades fiscais, desde que preenchidos os seguintes requisitos:

> *a)* que a informação se refira a um contribuinte determinado, pessoa física ou jurídica;
>
> *b)* que haja um procedimento fiscal em andamento, em relação ao mencionado contribuinte;
>
> *c)* que o mesmo tenha sido cientificado formal e previamente do pedido.

O legislador argentino esclarece que tais requisitos estão vinculados à garantia do devido processo legal, de tal modo que, faltando qualquer dos requisitos, a instituição financeira não deve atender o pedido de informação.[27]

Por sua vez, a doutrina argentina considera que existe um consenso no sentido de incluir a relação entre o banco e o cliente na esfera da intimidade e da vida privada, que são protegidos constitucionalmente por integrarem o direito à inviolabilidade da pessoa.[28]

No Uruguai, o Professor BERNARDO SUPERVIELLE SAAVEDRA, na sua obra clássica sobre depósito bancário, considera o sigilo como um

---

27 LUIZ MUÑOZ, *Contratos y negocios jurídicos financieros, Parte general*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981, vol. 1, pp. 130 a 132 e CARLOS GILBERTO VILLEGAS, *Compendio Jurídico, Técnico y Prático de la actividad bancaria*, Buenos Aires, Depalma, 1986, vol. I, p. 319 e do mesmo autor *Régimen Leal de bancos*, actualización, Buenos Aires, Depalma, 1980.

28 JUAN CARLOS MALAGARRIGA, *El secreto bancario*, Buenos Aires, Abeledo Perro, editor, 1970, p. 30.

elemento necessário da atividade bancária e financeira, sendo inerente à natureza dessa atividade e correspondendo ao próprio interesse da profissão.

Afirma que o sigilo deve ser respeitado:

> "Porque *para que la actividad bancaria pueda ejercerse correctamente se requieren dos condiciones:* en primer lugar, *un conocimiento amplio de muchos aspectos íntimos de la vida comercial* y de la composición patrimonial *del cliente; y* en segundo lugar, *la seguridad, para éste de que pueda confiar todos esos aspectos al banquero sin el temor de que sean divulgados.*
>
> "Es más, debe tener la certeza de que puede plantear sus problemas con amplia libertad, sin reticencias, y que al solicitar un consejo será correspondido con la confianza que ha depositado en la institución y en sus funcionarios." " [29]

O jurista uruguaio justifica o sigilo bancário como proteção da liberdade, equiparando-o à inviolabilidade da correspondência, cuja infração é considerada pela lei uruguaia como delito contra a liberdade individual. E conclui reconhecendo que o sigilo bancário constitui um direito à intimidade, vinculado à própria pessoa. [30]

Se podia haver dúvida no passado, quando as Constituições Brasileiras não se referiam especificamente à proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referente aos *dados* pessoais, é evidente que, diante do Texto Constitucional de 1988, tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da Lei Magna.

Efetivamente, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 não só não asseguravam o direito à privacidade como também, quando tratavam do sigilo, limitavam-se a garanti-lo em relação à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas, não se referindo ao sigilo em relação aos *papéis,* de que tratam a Emenda n.º IV à Constituição Americana, a Constituição Argentina e leis fundamentais de outros países. Ora, foi em virtude da referência ao sigilo dos *papéis* que tanto o direito norte-americano quanto o argentino concluíram que os documentos bancários tinham proteção constitucional.

Com a revolução tecnológica, os *papéis* se transformaram em *dados* geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder.

---

29 BERNARDO SUPERVIELLE SAAVERDA, *El depósito bancario,* Montevideo, 1960, nº 209, p. 200 e VILLEGAS, *Régimen Legal,* já citado, p. 70.

30 *Ap.* VILLEGAS, *Régimen,* já citado, p. 76.

A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa.[31] Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas, e no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, passou a merecer a proteção constitucional em virtude da referência expressa que a eles passou a fazer o inciso XII do art. 5.º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias.

Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática dos incisos X e XII do art. 5.º da CF, ficou evidente que a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente.

3.3. *Da violação do inciso LIX do art. 5.º da Constituição Federal*

Por outro lado, os direitos da personalidade em geral e o direito ao sigilo bancário em particular não são absolutos, mas não podem ser eliminados, por via oblíqua, pela legislação ordinária, mediante regras que venham a admitir a requisição generalizada e injustificada de dados bancários, como bem tiveram o ensejo de decidir alguns juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos em decisão à qual já fizemos referência.

A fixação dos limites do direito ao sigilo bancário, que pode ser estabelecida pela legislação ordinária, obedece ao princípio do equilíbrio que a Constituição determina que deva existir, quando, no próprio artigo 5.º, inciso LIV, dimensiona o grau e as condições da privação da liberdade ao determinar que:

> "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal."

A norma, que se aplica a todos os casos de liberdade individual, também incide em relação ao *sigilo bancário, que só pode sofrer restrições desde que obedecido o "devido processo legal"*, que constitui um freio à arbitrariedade e até ao poder discricionário.

O devido processo legal, ao qual alude o direito argentino quando estabelece limites legais ao sigilo bancário, tem duas acepções, uma de caráter material e a outra de natureza processual.

---

31 ALAN F. WESTIN, ob. cit., p. 158.

Materialmente, o *due process of law* significa a razoabilidade da exigência legal, o fundamento sério e justificado da violação do sigilo bancário, com base em inquérito ou procedimento administrativo, ou em processo judicial, nos quais a quebra de sigilo é condição necessária para a solução do caso.

No tocante à garantia processual, o devido processo legal significa a possibilidade real de defesa do cidadão, ou seja, a ciência do processo e a garantia do contraditório, aos quais também alude o direito argentino.

Efetivamente, o devido processo legal tem as suas origens na Magna Carta de 1215, que assegurava, a todo indivíduo, o direito de ser julgado *per legem terrae* e que foi consagrado pela 5.ª Emenda à Constituição Americana e já agora incorporado à nossa Constituição de 1988 (art. 5.º, inciso LIV).

COOLEY o considera rigorosamente equivalente à expressão *law of the land,* que, inspirada no direito natural, ampliou o seu campo de atuação, ultrapassando a área processual, para se transformar, nos Estados Unidos, numa limitação constitucional dos poderes do Estado. [32]

A Suprema Corte dos Estados Unidos teve o ensejo de afirmar, no caso *Hurtado v. Califórnia,* (110 U.S. 516), que a lei da terra e o devido processo legal:

> "Applied in England only as guards against executive usurpation and tirany, here *they have become bulwarks also against arbitrary legislation.*"

A mais recente doutrina norte-americana fez do *due process of law,* uma forma de controle constitucional que examina a necessidade, razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária desrespeite a Constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma fundamentação razoável e aceitável conforme entendimento do Poder Judiciário. [33]

Coube ao Juiz RUTLEDGE, no caso *Thomas v. Collins,* definir adequadamente a função de devido processo legal, ao afirmar que:

> "Mais uma vez temos de enfrentar o dever, imposto a esta Corte, pelo nosso sistema constitucional, de dizer onde termina

---

32 SAN TIAGO DANTAS, *Problemas de direito positivo,* Rio, Forense, 1953, pp. 42 e ss.

33 E. S. CORWIN, *The Constitution and what it means today,* 11ª ed. Princeton University Press, 1954, p. 251.

a liberdade individual e onde começa o poder do Estado. A escolha do limite, sempre delicada, é-o, ainda mais, quando a presunção usual em favor da lei é contrabalançada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda...

Esta prioridade confere a estas liberdades santidade e sanção que não permitem intromissões dúbias. E é o caráter do direito, não da limitação, que determina o *standard* guiador da escolha. Por essas razões, *qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual.*" [34]

Na realidade, o *due process of law* tornou-se um verdadeiro *standard* de acordo com o qual os Tribunais se guiam e "deve aplicar-se, tendo em vista circunstâncias especiais de tempo e de opinião pública em relação ao lugar em que o ato tem eficácia". [35]

A doutrina brasileira, que comenta o art. 5.º, LIV da Constituição Federal, considera que a cláusula constitucional do devido processo legal abrange, entre outros, os seguintes direitos:

"*a*) o direito à citação, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação; *b*) o direito de arrolamento de testemunhas, que deverão ser intimadas para comparecer perante a justiça; *c*) o direito ao procedimento contraditório; *d*) o direito de não ser processado por lei *ex post facto; e*) o direito de igualdade com a acusação; *f*) *o direito de ser julgado mediante provas e evidência legal e legitimamente obtida; g*) o direito ao juiz natural; *h*) o privilégio contra a auto-incriminação; *i*) a indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada; *j*) o direito aos recursos; *l*) o direito à decisão com eficácia de coisa julgada." [36]

Tentando compatibilizar o disposto nos incisos X e XII com as restrições que o legislador ordinário pode estabelecer, desde que respeitado o devido processo legal consagrado pelo inciso LIV do mesmo artigo, concluimos que *só excepcionalmente, em casos especiais, e com fundamentação específica e adequada, definida por lei, é que pode o sigilo bancário sofrer limitações, o que evidentemente não ocorreu em relação ao disposto no art. 12 da Lei Complementar n.º 70.*

34 323 US 516 (1945) *ap.* LEDA BOECHAT RODRIGUES, *A Corte Suprema e o direito constitucional americano,* Rio, Forense, 1958, p. 272.

35 ROSCOE POUND *ap.* SAN TIAGO DANTAS, ob. cit., p. 43.

36 PINTO FERREIRA, ob. cit., p. 175.

Efetivamente, como vimos, a lei violou, sem qualquer motivo, o sigilo bancário garantido a todos os clientes de bancos, sem que houvesse contra eles qualquer procedimento judicial ou administrativo em curso e sem condicionar ou prever a existência de situações especiais, que justificassem a devassa dos dados pessoais e sigilosos.

Por outro lado, sob o aspecto processual, não assegurou nenhuma defesa prévia, ou direito ao contraditório em relação às pessoas a respeito das quais pedirá informações cadastrais aos bancos, descabendo, aliás, no caso, qualquer citação, defesa ou contraditório, pois nada contra elas se alega e nenhuma suspeita específica há em relação às mesmas.

Assim sendo, é incontestável a inconstitucionalidade tanto do art. 12 da Lei Complementar n.º 70 quanto do art. 29 da Lei n.º 7.492, de 12-6-1986, que está transcrito no § 7.º do art. 38 do Projeto, pelo fato de terem desrespeitado os incisos X e XII do art. 5.º da Constituição Federal, estabelecendo restrições às liberdades individuais incompatíveis com os princípios do devido processo legal também consagrado pela Constituição, no inciso LIV do mesmo artigo.

4. *Conclusões*

Em conclusão, podemos afirmar que:

a) em virtude do que dispõe o artigo 5.º, inciso X da Constituição, a lei não pode cercear, sem justo motivo, a *liberdade bancária, que se inclui no direito individual à intimidade e à vida privada;*

b) o artigo 5.º, inciso XII, considera inviolável o sigilo em relação aos dados pessoais, entre os quais estão os referentes ao cadastro e à movimentação de contas bancárias;

c) o sigilo bancário assegurado pelos incisos X e XII do artigo 5.º inclui toda a relação entre o banqueiro e o cliente, abrangendo, pois, os dados cadastrais e a informação sobre a abertura ou existência de conta;

d) são inconstitucionais as limitações ao sigilo bancário quando não têm destinatários determinados, abrangendo a totalidade dos clientes de bancos, não mencionam ou prevêem casos específicos nos quais as informações poderão ser requisitadas ou quando não há processo ou inquérito em curso, criando-se uma suspeição indevida e humilhante em relação a toda a população brasileira que tem conta em banco;

e) quando não adequadamente motivada, a *violação do sigilo não se compatibiliza com o devido processo legal, ao qual se refere o inciso LIV do artigo 5.º da Constituição.*

Os Documentos Privados e os Direitos Autorais (*)

NEWTON PAULO TEIXEIRA DOS SANTOS

Há poucos anos o CPDOC do Rio de Janeiro organizou mesa-redonda onde questionamos a relação existente entre a fotografia e o direito autoral. Hoje vou tratar da carta-missiva. Creio que no acervo de um arquivo, seja um arquivo privado ou público, a importância da carta é considerável, e as conseqüências jurídicas que ela acarreta são surpreendentes.

Na verdade vamos nos aproximar de um dos documentos mais ricos em implicações legais. Pode-se afirmar que toda carta está cercada por um triângulo: de um lado ela, enquanto suporte, pertence ao destinatário. O destinatário tem a propriedade material da carta, em regra escrita sobre papel. Mas o conteúdo da carta, este pertence ao remetente, que tem sobre ele um direito autoral. Bastaria isso para que tal documento tivesse um caráter *sui generis:* toda carta tem dois proprietários! Mas não é só: há um terceiro lado, onde fica o problema do segredo, pois em regra as cartas falam de negócios, saúde, vida amorosa, com referências freqüentes a terceiros: aí reside todo um universo que a lei protege sob o nome de intimidade.

Vejamos um lado de cada vez.

Foi também num debate promovido pelo CPDOC. Um caso concreto estava preocupando a instituição: uma série de cartas de Monteiro Lobato lhe havia sido doada pelos sucessores do destinatário, e havia um interesse histórico e literário indiscutível em publicá-las. Lobato ainda não estava, como não está, em domínio público, ele morreu em 1948. Ficou então esclarecido que só com a autorização de seus sucessores, e com a devida cautela no que dissesse respeito à intimidade, elas poderiam vir a público.

Não deixa de ser interessante conhecermos o texto do contrato de doação que um proprietário de cartas pode fazer com a Fundação Getúlio Vargas. Assim diz a cláusula sexta:

> "A presente doação implica autorização plena, permanente e geral do doador à donatária para consulta, utilização, divulgação e publicação de qualquer dos documentos que constituem o acervo doado, cedendo o doador à donatária os direitos, pretensões, e ações de natureza patrimonial de que seja titular por força das normas jurídicas em vigor."

Tal cláusula é habilmente redigida, porque se de início diz que a doação é plena, permanente e geral, na mesma frase diz que a donatária

* Comunicação levada ao III Encontro de Arquivos Privados do Brasil, realizado em João Pessoa de 15 a 17 de junho de 1992.

só terá direitos, pretensões e ações de natureza patrimonial de que o doador for titular por força das normas jurídicas em vigor. Isto é: exclui o que não lhe pertence. O que é natural: ninguém pode doar o que não tem.

Alguns arquivos são muito rígidos no que diz respeito ao acesso de consulentes às cartas de seu acervo, como é o caso do Museu Frederico Mistral, na França. Mas disso trataremos adiante.

Vejamos agora a propriedade imaterial que o remetente conserva. Permito-me citar, como epígrafe deste item, o que disse Vítor Hugo em 23 de setembro de 1875, ao fazer seu testamento literário. Encarregando Paul Meurice, Auguste Vacquerie e Ernest Lefèvre de publicar seus manuscritos, Hugo escreveu o seguinte:

> "Meus três amigos, caso julguem acertado publicar minhas cartas depois que eu morrer, ficam expressamente encarregados por mim dessa publicação, em virtude do princípio de que as cartas pertencem não a quem as recebe, mas a quem as escreveu. Eles editarão minhas cartas, e serão juízes da conveniência e oportunidade dessa publicação."

Ao relacionar as obras protegidas pelo direito autoral, a nossa Lei n.º 5.988/73 diz o seguinte:

> "Art. 6.º — São obras intelectuais as criações do espírito de qualquer modo exteriorizadas, tais como: I — os livros, brochuras, folhetos, cartas-missivas e outros escritos."

Vê-se, portanto, que as cartas são expressamente referidas, o que deixa indiscutível que ao remetente pertence a sua propriedade literária, científica e artística. E, como diz a Constituição, ao seu autor pertence o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (art. 5.º, XXVIII).

A palavra *exclusivo* é muito importante, pois ela impede que o destinatário, ou terceiro, exerça o direito de autor durante o prazo de proteção que, segundo a regra brasileira, dura toda sua vida mais 60 anos. Só então cai em domínio público. O vínculo autoral é tão forte que, mesmo uma eventual autorização para que o destinatário publique a carta, ou faça uma citação, em nada influi sobre a propriedade literária, que continua a lhe pertencer na íntegra.

Uma questão surge agora: qualquer carta ou somente as que contiverem valor literário ou histórico estarão amparadas pelo direito autoral?

O princípio é que são protegidas as "criações do espírito de qualquer modo exteriorizadas". Estas são as expressões da lei, mas não ajudam muito. Vinculá-las a um valor literário é julgar-lhes o mérito; mas é vedado discutí-lo quando se fala em direito autoral. A correspondência de um pintor, por exemplo, pode não ter um grande valor literário. Mas terá um valor histórico, técnico, documental, humano, enfim, é todo um patrimônio que o direito autoral preserva em favor do remetente e sucessores. As cartas de Van Gogh, ou de Di Cavalcanti, são bons exemplos.

No século XVIII, quando se vinha construindo o direito autoral tal como hoje se concebe, cita-se o caso *Pope v. Curl* (Inglaterra, 17 de junho de 1741). Um livreiro chamado Curl conseguiu cartas de autores célebres e as publicou sem o consentimento dos interessados. O assunto chegou à Câmara dos Lordes, estabelecendo-se que o destinatário tem unicamente uma copropriedade com o autor da carta, e que o direito de publicação pertence ao remetente e não ao destinatário. De onde se vê que vem de longe uma tradição protetora quanto às cartas dos homens célebres.

Mas, se o remetente não for célebre?

Há três posições teoricamente possíveis: 1.ª) Nenhuma carta é protegida. 2.ª) Todas as cartas são protegidas. 3.ª) Algumas cartas são protegidas.

Já vimos que a primeira hipótese está excluída. Se formos considerar a qualidade literária da carta, isso nos obriga a julgá-la, o que é vedado ao Juiz. Ademais, se todos os poemas são protegidos, sejam medíocres ou sem valor, por que só proteger as cartas *bem escritas?* Considerar a celebridade do remetente seria cometer erro ainda maior; que parâmetros teria o Juiz? A solução que resta é proteger *todas* as cartas. O texto da lei francesa deixa essa questão bem nítida.

> "Art. 2.º — As disposições da presente lei protegem os direitos dos autores sobre todas as obras do espírito, qualquer que seja o gênero, a forma de expressão, o mérito ou o destino."

Este ponto é fundamental. Não há razão para haver resistências com relação ao reconhecimento de um direito que já vinha expresso em nosso Código Civil:

> "Art. 671 — ...
>
> Parágrafo único — As cartas-missivas não podem ser publicadas sem permissão dos seus autores ou de quem os represente. ..."

É, portanto, uma tradição em nosso direito escrito: não importa o seu valor literário, técnico ou histórico; qualquer carta é protegida. Diga-se ainda: se ela foi utilizada, é porque houve um interesse. Por que negar ao autor a proteção desse interesse, que há de ser tanto moral quanto patrimonial?

A lei vigente não esquece as cartas quando declara:

> "Art. 33 — As cartas-missivas não podem ser publicadas sem permissão do autor." (Lei n.º 5.988/73.)

Por que distinguir onde a lei não distingue? *Todas* as cartas são protegidas, seja o remetente até mesmo um incapaz, como um louco ou uma criança. De nada importa o merecimento de seu conteúdo, que pertence ao seu autor. Sempre.

Vejam que problema intrincado! Determinado arquivo é detentor de uma carta que lhe foi doada pelo destinatário ou seus sucessores. Ocorre

que o direito autoral ainda pertence ao remetente ou seus sucessores. Pode o arquivo divulgá-la, copiá-la, exibi-la a pesquisadores, publicá-la, fazer citações? Em geral tais cartas são inéditas. Como proceder?

Agora é preciso conhecer um pouco o conteúdo do direito autoral. Ele é como uma moeda que tem cara (o direito moral) e coroa (o direito patrimonial). Com conseqüências diferentes, pois se este dura a vida do autor e mais 60 anos, os direitos morais pertencem infinitamente aos sucessores do autor, que podem preservar a paternidade da obra, sua integridade e seu ineditismo. Como pode um arquivo divulgar uma carta assim protegida? A questão é delicada e deve ser considerada com muito zelo, caso por caso.

Tome-se o exemplo de Mário de Andrade, que escreveu um número incalculável de cartas. Sua correspondência é um manancial fecundo que um dia vai contar a verdadeira história literária, social e política da primeira metade do nosso século. De vez em quando um de seus correspondentes publica-lhe as cartas, e os últimos foram os herdeiros de Câmara Cascudo. Mário teve a ventura de conhecer e saborear toda essa transparência, essa generosidade nordestina! Não foram só as frutas, as praias, a cozinha, os ritmos e os bordados do Nordeste que o encantaram, mas também a bravura de sua gente. Pois bem: para que essas cartas deliciosas viessem a público foi preciso que o Inventariante do autor (Mário morreu em 1945) permitisse. Ele poderia impedir, fazer exigências, é um patrimônio que lhe pertence. (Por sinal, deve haver nos arquivos de José Américo cartas que nós, marianos, estamos ansiosos por ver publicadas! Depois que o Inventariante de Mário autorizar...).

É tão importante esse direito, que o Museu Frederico Mistral, na França, adotou normas rígidas e me parece interessante transcrevê-las aqui a fim de enfatizar o problema:

> *"Regulamento relativo à consulta e divulgação dos arquivos e correspondência conservados no Museu Frederico Mistral, em Maillane.*
>
> Art. 1.º — O presente regulamento foi feito para determinar as condições nas quais poderão ser consultados, doravante, os arquivos de Frederico Mistral e a correspondência recebida por ele, conservada no Museu Municipal.
>
> Art. 2.º — Em virtude do art. 19 da Lei de 11 de março de 1957, e das indicações contidas na Carta n.º 3.809 do Diretor Regional dos Negócios Culturais, datada de 23 de setembro de 1980, seguida da carta do Diretor-Geral das Coletividades locais datada de 5 de dezembro de 1980, é certo que o direito moral e o direito de divulgação das cartas recebidas por Frederico Mistral pertencem exclusivamente e imprescritivelmente aos herdeiros naturais ou testamentários de seus correspondentes. Os consulentes deverão, portanto, obter uma autorização

formal e sem equívocos dos sucessores, a fim de obter cópias e a autorização deverá vir acompanhada de uma certidão qualificando o sucessor.

Art. 3.º — Para permitir a boa conservação dos documentos as pesquisas serão efetuadas pelo Conservador, e as fotocópias dos documentos serão postas à disposição das pessoas autorizadas.

Art. 4.º — Previamente à retirada dessas cópias, os consulentes deverão pagar uma taxa fixada por deliberação do Conselho Municipal."

Maillane, 12 de dezembro de 1980."

Vê-se que a questão é delicada. Os direitos são como as bruxas: podem não se apresentar, mas que existem, existem.

E ainda não falamos no terceiro lado do triângulo que envolve as cartas, que é a questão do segredo!

A Constituição preserva o princípio tradicional de que é inviolável o sigilo da correspondência (art. 5.º, XII). Fechada ou aberta, mesmo depois de lida pelo destinatário, toda carta é envolvida por uma proteção legal quase sagrada.

E mais: a Constituição introduziu uma defesa à intimidade do indivíduo, que tem tudo a ver com a inviolabilidade da correspondência. O art. 5.º, X, diz o seguinte:

"São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação;".

Claro que uma carta é um instrumento propício a essa violação a todo momento em que se revele o que seu autor, seu destinatário ou uma terceira pessoa referida pretendiam preservar. Ultimamente esse aspecto vem sendo catalogado como um direito da personalidade, e tanto cartas que falam da vida privada como de negócios são perigosos. Todo cuidado é pouco.

Vejam-se, por exemplo, as cartas que durante vinte anos trocaram Rilk e André Gide. Os organizadores da coletânea fizeram cortes necessários e uma advertência no Prefácio:

"Asseguramos ao leitor que não fizemos mais que dois ou três pequenos cortes, absolutamente inconseqüentes para o valor das cartas, mas necessários por razões de ordem privada."

Outro exemplo (e são muitos!): no prefácio à correspondência entre Francis James e André Gide, lê-se o seguinte:

"Não esconderemos que tivemos que vencer neste último (Gide) uma certa repugnância, sem podermos partilhar as razões,

mesmo levando em conta os escrúpulos que ela exprimia. Repugnância que se inspirava na noção de um dever de discrição com respeito a um parceiro desaparecido mas responsável pela metade da empresa, e pelo medo de não fornecer interesse suficiente ao grande público. O primeiro argumento desapareceu com a eliminação de numerosas cartas. O segundo, deixaremos sem temor que os próprios leitores se manifestem."

O arquivo do Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo conserva toda a correspondência passiva de Mário de Andrade, em envelopes lacrados. Como se sabe, ele próprio determinou que somente 50 anos após sua morte tais cartas viessem a público, e isso acontecerá em breve, em 1995. Por que essa prudência? É que a delicadeza de Mário quis impedir que certas confidências que envolvessem amigos fossem publicadas, e estabeleceu um prazo que lhe pareceu razoável. Mesmo assim, creio, cada caso há de ser estudado diante dos fatos e da lei. No Brasil, a recente Lei n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991, estabelece em seu art. 23, § 3.º:

> "O acesso aos documentos sigilosos referentes à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 anos, a contar da data de sua produção."

Parece-me um tanto cruel estipular em 100 anos a duração máxima da honra de uma pessoa —, mas essa é uma discussão que extrapola este Painel.

Em conclusão, quero dizer que não há documento mais sugestivo e de conseqüências jurídicas mais ricas que a carta-missiva. O direito oferece ao remetente, ao destinatário e a terceiros referidos uma série de garantias. E o que oferece ao arquivista? Uma série de problemas.

Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro, Forense, 1980, 372 p.

CHAVES, Antônio. *Direito de autor I* — Princípios fundamentais. Rio de Janeiro, Forense, 1987, 538 p.

FRANÇON, André & GOYARD, Claude. *Les correspondances inédites*. Paris, Econômica, 1984, 388 p.

GÉNY, François. *Des droits sur les lettres missives*. Paris, Sirey, 1911, 2º v.

LINDON, Raymond. *Dictionnaire juridique — les droits de la personnalité*. Paris, Dalloz, 1974, 372 p.

SANTOS, Newton Paulo Teixeira dos. *Carta e transgressão*. Tese doutorado. Escola Comunicação, UFRJ, 1990.

————. "A carta e o crime". In: *Revista de Informação Legislativa*. Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal. 27(108):207-20.

————. *Vida privada e informação*. Dissertação de mestrado. Escola Comunicação, UFRJ, 1987.

Ordem dos Advogados do Brasil — Natureza Jurídica — Regime de seu Pessoal

ADILSON ABREU DALLARI
Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

A Ordem dos Advogados do Brasil foi criada pelo Decreto n.º 19.408, de 18-11-30 e se rege, atualmente, pela Lei n.º 4.215, de 27-4-63, que estabelece seu Estatuto. Sua existência decorre e está baseada em uma lei federal.

No Distrito Federal e na capital de cada Estado existe uma Seção da Ordem, dotada de personalidade jurídica, com autonomia administrativa e financeira, à qual incumbe exercer, no âmbito do respectivo território, as funções e atribuições da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 4.215/63, arts. 4.º e 20).

De acordo com o art. 1.º de seu Estatuto, a OAB "é o órgão de seleção, disciplina e defesa da classe dos advogados em toda a República".

Cabe salientar, entretanto, que a OAB não é uma entidade civil, uma associação voluntária, destinada à defesa dos interesses de seus associados.

O ingresso nos quadros da OAB é condição indispensável para o exercício da advocacia (art. 67 do Estatuto). Por sua vez, o advogado (designação privativa dos inscritos na OAB) exerce uma função pública,

indispensável à administração da Justiça (art. 68 do Estatuto e art. 133 da Constituição Federal).

É certo, portanto, que a OAB exerce função pública, pois o controle do exercício profissional do advogado transcende os interesses da corporação e configura interesse da coletividade, constituindo-se em indubitável interesse público.

Exatamente por essa razão, por exercer função de natureza pública, é que a OAB é dotada de prerrogativas públicas.

A primeira delas é, exatamente, verificar a aptidão dos bacharéis em Direito interessados em ingressar em seus quadros, para adquirir a situação jurídica de "advogado" e exercer as funções públicas inerentes (arts. 67 e 68 da Lei n.º 4.215/63).

Cabe à OAB exercer o poder disciplinar sobre os advogados, podendo aplicar-lhes sanções que chegam até mesmo à exclusão dos quadros da Ordem (art. 109 do Estatuto).

Por ser entidade pública, pode a OAB cobrar contribuições obrigatórias dos advogados, cobrar taxas pela prestação de serviços e exercício do poder de polícia e, ainda, cobrar multas. A cobrança compulsória dos inadimplentes poderá ser feita por meio de execução fiscal (arts. 6.º, I, *a*, 140, 141 e 142 da Lei n.º 4.215/63).

Por idêntico motivo, o regime jurídico do pessoal da OAB é aquele mesmo fixado pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, conforme expressamente dispõe o art. 148 da Lei n.º 4.215/63. Cabe observar, entretanto, que a OAB passou a admitir pessoal no regime da CLT quando a União adotou essa mesma prática. Assim, tanto a União quanto a OAB possuem em seus quadros, atualmente, tanto pessoal celetista quanto pessoal estatutário. Porém, agora, a União só pode admitir pessoal pelo regime estatutário, e, por lei, transformou seus celetistas em estatutários. Vale dizer que, nos dias de hoje, está em vigor um novo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, a Lei n.º 8.112, de 17-12-90, que veio substituir a antiga Lei n.º 1.711, de 28-10-52.

Não obstante a expressa determinação legal supra referida, a OAB transformou o costume ou praxe de admitir pessoal pelo regime celetista em um direito e, atualmente, contrata e demite pessoal livremente, como se fosse uma entidade privada, pelo regime da CLT.

Merece especial destaque, porém, o disposto no art. 139 dos Estatutos da OAB:

> "Art. 139 — A Ordem dos Advogados do Brasil constitui serviço público federal, gozando os seus bens, rendas e serviços

de imunidade tributária total (art. 31, inciso V, letra *a* da Constituição Federal), e tendo estes franquia postal e telegráfica.

Parágrafo 1.º — Não se aplicam à Ordem as disposições legais referentes às autarquias ou entidades paraestatais.

Parágrafo 2.º — O Poder Executivo, proverá, no Distrito Federal e nos Territórios, a instalação condigna da Ordem, cooperando com os Estados, para o mesmo fim."

Está expressamente dito que a OAB é um *serviço público federal.*

O § 1.º merece duas observações: primeiramente, ao dizer que não se aplicam à OAB as disposições legais referentes às autarquias, isso só pode significar que a *OAB é uma autarquia* de regime especial (pois se não fosse autarquia não haveria por que excluí-la das normas aplicáveis às autarquias); em segundo lugar, tal parágrafo não atinge o regime jurídico do pessoal, que é tratado especificamente no art. 148, já referido (pois não teria sentido afirmar uma coisa em um artigo e dizer o contrário em outro).

Os ensinamentos doutrinários indicam que a OAB se enquadra perfeitamente no conceito de autarquia.

Para o consagrado e saudoso HELY LOPES MEIRELLES,

"autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas" *(Direito Administrativo Brasileiro,* RT, São Paulo, 1989, 14.ª edição, p. 300).

Ora, a OAB exerce atividade tipicamente administrativa, foi criada por decreto com força de lei e é mantida e estruturada por lei, exerce prerrogativas estatais próprias e exclusivas de quem tem personalidade jurídica de direito público e tem a atribuição estatal específica de exercer o controle do exercício profissional dos advogados (que, por sua vez, exerce função pública).

Uma caracterização mais precisa e mais detalhada do que vem a ser uma autarquia é fornecida por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO em seu "Prestação de Serviços e Administração Indireta" (RT, São Paulo, 1983, 2.ª edição, p. 61), nestes termos:

"As autarquias se definem como "pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa". São segmentos personalizados da Administração, desdobramento do Estado em sua feição administrativa; poder-se-ia mesmo dizer,

em comparação livre, verdadeiros "filhotes" do Estado criados à sua imagem e semelhança que, bem por isso, co-participam de sua seiva vital, e reproduzem em escala miniatural sua fisionomia, conquanto, é bem de ver, naquilo em que se circunscreve à expressão administrativa do Estado.

São pessoas, isto é, titulares em nome próprio de direitos e obrigações, poderes e deveres, prerrogativas e responsabilidades.

Sendo personalidades de direito público, qualificam-se precisamente por serem sujeitos de interesses públicos estatais.

Em razão de sua personalidade, os negócios que a lei lhe confiou ao criá-la e definir-lhe os fins, bem como os interesses que prosseguirá, para bem atender ao comando legal, são seus, são próprios, no mais pleno sentido da palavra. Do mesmo modo, todos os poderes em que tenha sido investida pela lei, assim como os órgãos que a constituam, os bens que possua ou venha a adquirir e reversamente os deveres, responsabilidades ou obrigações que contraia são diretamente pertinentes a ela. Eis, pois, que a autarquia tem administração própria, órgãos próprios, patrimônio próprio, recursos próprios, negócios e interesses próprios, direitos, poderes, obrigações, deveres e responsabilidades próprios."

Nada poderia descrever melhor a Ordem dos Advogados do Brasil do que a conceituação supratranscrita.

A OAB é, indubitavelmente, uma autarquia.

Sua natureza jurídica de autarquia faz com que ela seja inserida debaixo de normas constitucionais e legais que dispõem sobre as autarquias, inclusive e especialmente no tocante ao regime de pessoal.

Primeiramente, cabe observar que a OAB é atingida pelo art. 39 da Constituição Federal, cujo *caput* é o seguinte:

> "Art. 39 — A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas."

Tal regime jurídico único, obrigatório para *todas* as autarquias (pois a Constituição não faz qualquer distinção ou exclusão) é o regime estatutário.

Seria fastidioso enumerar aqui todos os argumentos favoráveis a esse entendimento, tal como já o fizemos em nosso *Regime Constitucional dos Servidores Públicos* (RT, São Paulo, 1990, 2.ª edição, p. 43 e seguintes), pois para a Administração Federal a questão já foi solucionada pelo direito positivo adiante referido. Seja permitido, porém, transcrever um pequeno trecho da referida obra:

> "Assim sendo, sem embargo do respeito às numerosas opiniões em contrário, entendemos que o regime jurídico único, previsto no art. 39 da CF, é (e somente pode ser) o regime estatutário, para o pessoal permanente.
>
> A utilização da CLT pela administração direta e autárquica é uma aberração. Isso só ocorreu no passado em face da errônea crença de que, adotando o regime celetista, o governante (como qualquer dono de empresa privada) poderia contratar pessoal à vontade, sem limitação quanto ao número e sem necessidade de concurso público, podendo também despedir qualquer empregado, a qualquer tempo, mesmo imotivadamente, e, além disso, podendo ainda estabelecer a remuneração que lhe aprouvesse."

Para que se possa identificar, com precisão, qual o regime jurídico do pessoal da OAB, é imprescindível a transcrição do *caput* do art. 19 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988, que fornece um ponto de apoio bastante firme para o estudo dessa questão:

> "Art. 19 — Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público."

Diante dessa claríssima disposição constitucional, não há dúvida possível: o pessoal da OAB, por ser esta entidade uma autarquia federal (embora dotada de excepcional autonomia), também foi contemplado pela *estabilidade* conferida a todos os servidores públicos abrangidos pelo art. 19 supra transcrito, o qual não faz qualquer distinção com relação ao regime jurídico. Ou seja, tanto celetistas como estatutários foram estabilizados.

Os servidores da OAB, ainda que contratados pelo regime celetista ganharam estabilidade (não obstante no regime celetista não mais exista a figura da estabilidade) e, nos termos do art. 41, parágrafo 1.º da Cons-

tituição Federal, não podem ser demitidos sem justa causa. Vale a pena transcrever o citado parágrafo:

> "Parágrafo 1.º — O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa."

Seja permitido referir, novamente, nosso "Regime Constitucional dos Servidores Públicos" onde, a p. 80 e seguintes (especialmente p. 86) tratamos detalhadamente dessa matéria, cabendo apenas transcrever uma pequena parte:

> "A Constituição não alterou o regime de trabalho do servidor, não transformou todos os servidores em funcionários públicos, não conferiu cargo a quem não tinha: deu uma única e solitária garantia: estabilidade.
>
> Entende-se como estabilidade o direito de não ser excluído do serviço público, a não ser que o próprio servidor faça alguma coisa que dê ensejo à aplicação da demissão, em caráter punitivo, após apuração em processo regular no qual se lhe assegure ampla defesa."

Aquilo que a Constituição não deu (a alteração do regime jurídico) foi dado pelo legislador ordinário. Mais exatamente pelo art. 243, e seu parágrafo 1.º, da Lei n.º 8.112, de 11-12-90, que vem a ser, exatamente, o atual Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, expressamente referido no art. 148 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 4.215/63):

> "Art. 243 — Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 4.452, de 1.º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.
>
> Parágrafo 1.º — Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação."

Em resumo, os servidores da OAB são servidores públicos autárquicos estatutários e estáveis, não podendo ser demitidos sem justa causa,

mas, sim, somente se incidirem em alguma falta prevista no art. 132 da Lei n.º 8.112/90, devidamente apurada na forma prevista nos arts. 143 e seguintes dessa mesma Lei.

Cabe anotar que o pessoal celetista da OAB já recebe, hoje, independentemente do disposto na Constituição Federal, um tratamento diferenciado com relação aos empregados celetistas das entidades privadas. Atualmente, quando a OAB dispensa algum servidor sem justa causa, não há necessidade de que o Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho seja homologado por qualquer sindicato, pois a dispensa de homologação é feita com base no disposto no Decreto-Lei n.º 779, de 21-8-69, que, conforme sua ementa, cuida da:

> "Aplicação de normas processuais trabalhistas à União Federal, aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Autarquias ou Fundações de direito público que não explorem atividade econômica."

Portanto, ao adotar essa prática, a própria OAB reconhece sua nareza jurídica de *autarquia*. Evidentemente, se assim não fosse, não estaria amparada pelo Decreto-Lei 779/69, e o ato de despedida seria nulo sem a homologação sindical.

Logicamente, algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo. Quem tem as prerrogativas de autarquia, tem, também, as sujeições ou responsabilidades da autarquia.

É fato que a OAB tem em seus quadros servidores estatutários, admitidoss e mantidos com base no art. 148 do seu Estatuto (Lei n.º 4.215/63), servidores esses que eram regidos pela Lei n.º 1.711/52 e que passaram a ser regidos pela Lei n.º 8.112/90.

Ora, é absolutamente fora de qualquer dúvida que somente podem ter servidores estatutários as pessoas jurídicas de direito público, e a *única* pessoa jurídica de direito público existente fora da administração central é a autarquia (pois fundação pública é sinônimo de autarquia).

Portanto, o único regime jurídico estatutário aplicável ao pessoal da OAB, atualmente, é exatamente aquele fixado pela Lei 8.112, de 11-12-90.

Tudo isso demonstra que não tem mais sentido, face ao Texto Constitucional em vigor, a admissão de pessoal pela OAB no regime celetista. É inconstitucional, gerando inclusive problemas de responsabilidade, a admissão de pessoal sem a realização de concurso público. Não existe possibilidade de dispensa de pessoal sem justa causa. Enfim, a Constituição Federal de 1988 alterou profundamente a situação jurídica do pessoal da OAB.

Entretanto, isso não é reconhecido pela OAB, que recalcitra em admitir sua condição de autarquia, diante do justo mas infundado receio de perder sua autonomia e sua indispensável independência.

Entretanto, já existem pronunciamentos e pareceres, de autoridades insuspeitas, a respeito da natureza jurídica da OAB enquanto entidade controladora do exercício profissional, e do regime jurídico de seus servidores.

Um estudo bastante completo da natureza jurídica da OAB e das conseqüências daí decorrentes foi feita por PAULO ALBERTO PASQUALINI, em seu trabalho publicado na RDA 121/433 sob o título "Ordem dos Advogados — Pessoas Jurídicas — Autarquias — Supervisão Ministerial", do qual vale destacar a seguinte passagem:

> "A Ordem dos Advogados do Brasil é uma autarquia de estrutura corporativa e forma federativa (art. 1.º, Lei n.º 4.215, 27-4-63). O seu caráter corporativo decorre de sua composição, classe de advogados, que são os membros da ordem. Na sua organização há um órgão colegiado deliberante, que se sobrepõe aos demais órgãos, o Conselho Federal (art. 13), cujas atribuições são da mais alta relevância, competindo-lhe dentre outras atribuições "defender" a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas" (art. 18, I). A sua natureza publicística é manifesta, pois é considerada "serviço público federal" "gozando os seus bens, rendas e serviços de imunidade tributária total" (art. 139), e aplicando-se aos seus funcionários as disposições do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (art. 148)."

Tal configuração jurídica (autarquia de estrutura corporativa) segue a doutrina que divide as autarquias em fundações (uma universidade de bens afetada a um fim) e corporações (conjunto de pessoas voltadas à realização de um fim). O traço comum, caracterizador da autarquia, está na instituição por lei, na personalidade jurídica de direito público e no fim público ou de interesse público.

Quando a Constituição Federal fala em autarquias e fundações públicas, está usando duas expressões para designar a mesma realidade jurídica, pois o que distingue as coisas em direito é o regime jurídico ao qual se encontram submetidas. As coisas são o que são, independente do nome que se lhes atribua.

Entretanto, há um outro traço caracterizador da autarquia que não é comum, não é igual em todas as autarquias: é a tutela jurídica. A tutela,

forma de controle, é exercitada diferentemente em cada autarquia, nos termos e limites da lei que a houver instituído.

Em certas autarquias essa tutela é bastante mitigada, tênue, minimizada, como é o caso das universidades oficiais e da própria OAB, que são autarquias de regime especial, cuja autonomia (que nunca é absoluta e não se confunde com soberania) é garantida expressamente pela Constituição Federal.

Porém, por mais especial que seja ou possa ser tal regime de autarquia, isso não afetará o regime jurídico de seu pessoal, pois a observância do regime jurídico único estatutário decorre diretamente da Constituição Federal, conforme tivemos oportunidade de demonstrar em trabalho escrito de parceria com GERALDO ATALIBA, publicado na RDP 97/64, sob o título "Regime Jurídico do Pessoal do Banco Central do Brasil" (doc. 15), no qual, depois de salientar a natureza jurídica necessariamente autárquica dessas entidade, formula-se a seguinte conclusão:

> "Não resta dúvida, portanto, quanto a que — em face do disposto no art. 39 da CF e diante das características elementares a um banco central — o pessoal dessa entidade não pode ser excluído do regime jurídico estatutário.
>
> É importantíssimo salientar que a eventual criação de um regime jurídico especial para o pessoal do Banco Central ofende não somente o art. 39 da CF (que determina a instituição de um único regime) mas, muito pior que isso, choca-se frontalmente com o princípio constitucional da isonomia."

Igual estudo foi feito pela Secretaria da Administração Federal, enfocando exatamente os Conselhos Federais e Regionais de Fiscalização do Exercício Profissional, no qual também se concluiu que, a tais entidades, por serem autarquias, aplicam-se os comandos contidos nos arts. 37, I e II, 39 e 19, das Disposições Transitórias da Constituição Federal (cf. nota SAF/AJ/ n.º 355/90, de 11-10-90, ref. Processo n.º 00880.000703/90 e outros).

A matéria já foi objeto de exame no âmbito judicial, merecendo especial menção um mandado de segurança coletivo, impetrado pelo Sindicato dos Servidores dos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional do Estado de São Paulo contra o Presidente do CREA - SP, patrocinado pelo ilustre advogado e eminente Professor IRINEU STRENGER, exatamente contra a demissão de servidores sem justa causa, cuja ilegalidade decorreria do caráter estatutário do regime de tais servidores (Processo n.º 91.002279-5, Mandado de Segurança, 5.ª Vara da Justiça Federal em São Paulo).

A r. sentença, entretanto, foi denegatória da segurança, por entender incabível o mandado de segurança coletivo, mas, o que cabe destacar, é que reconheceu e declarou a competência da Justiça Federal para decidir a questão, exatamente por se tratar de antigos servidores celetistas que foram convertidos em estatutários pela Lei n.º 8.112/90.

Com efeito, a estabilidade do servidor, a natureza estatutária do regime jurídico, e a competência da Justiça Federal não derivam do antigo contrato de trabalho celetista, mas, sim, da natureza pública federal da entidade empregadora, daí que não se trata de uma questão trabalhista, mas, sim, de *declaração de nulidade de ato de autoridade,* por meio de mandado de segurança.

O fundamento maior do pedido judicialmente formulado está no art. 5.º, LXIX da Constituição, que assegura a via mandamental para proteger direito líquido e certo,

> "... quando o responsável pela ilegalidade ou abuso do poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

É importantíssimo salientar que, mesmo que não se reconheça nem a estabilidade, nem a natureza estatutária da relação de trabalho, ainda assim a demissão sem justa causa de pessoal da OAB continua sendo inconstitucional, dada a natureza pública da entidade empregadora e da função por ela exercida.

Quem o demonstra é CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a págs. 60 e 61 de sua notável monografia sobre o *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta,* onde sustenta, com argumentos irrefutáveis, que nem mesmo as empresas estatais podem demitir sem justa causa:

> "Posto que não é livre a admissão de pessoal nas entidades de direito privado pertencentes à administração indireta, também não é irrestritamente livre o desligamento de seus servidores. Embora não disponham da garantia de estabilidade após dois anos, característica do regime de cargo próprio da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, como adiante se verá, não podem ser dispensados ao bel-prazer dos dirigentes destas entidades. Para serem desligados é preciso que haja uma causa de interesse público demonstrável. A razão é óbvia e não deriva tão-somente do fato de ingressarem por concurso, circunstância esta que apenas reforça os motivos de seguida expostos.
>
> É que as pessoas da Administração indireta são, acima de tudo e especificamente, apenas instrumentos de ação do Estado.

São sujeitos concebidos e criados para auxiliarem-no a cumprir atividades reputadas de interesse da coletividade e não atividades desenvolvidas para satisfação do interesse particular de A, B ou C. Assim, a personalidade jurídica de direito privado que se lhes confira corresponde meramente a uma técnica considerada prestante para o adequado desempenho de suas missões, as quais, entretanto, transcendem interesses individuais, particulares. A adoção desta técnica não significa, pois, que se desnature o caráter essencial delas; a de coadjuvantes do Poder Público, como seres integrados na totalidade de seu corpo administrativo. Segue-se que tais sujeitos são cumpridores de função.

Tem-se função quando alguém está preposto, por lei, ao atendimento de certa finalidade que consubstancia a satisfação de um interesse alheio e cujo atendimento lhe rege obrigatoriamente os comportamentos. É a situação oposta à da autonomia da vontade, típica do direito privado. Neste, alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apetecem, fazendo-o pois, com plena liberdade, contanto que não viole alguma lei.

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na lei, e há o dever de bem curar o interesse alheio, o qual, no caso das entidades estatais, é o interesse coletivo. Exatamente, por isso, os dirigentes destas pessoas só podem dispensar servidores se o interesse coletivo o demandar.

A conseqüência prática destas premissas é a de que, para efetuá-la, cumpre que o empregado haja incorrido em comportamento censurável ou revelador da inadequação às funções que lhe cabem, comprometendo, pois, a boa realização dos objetivos que presidem a atuação da entidade. A verificação disto exige apuração regular, em que se enseje pleno exercício do direito de defesa ao interessado, de tal sorte que o ato de desligamento apareça devidamente instruído e motivado, acautelado, pois, contra eventual vício decorrente de arbítrio, perseguição, animosidade ou simples decisão tomada aleatoriamente."

Evidentemente, com muito maior razão, uma entidade pública federal (seja ou não uma autarquia) também não pode demitir sem justa causa, por força do princípio da impessoalidade (art. 37 da CF) e das garantias do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV, da CF).

Por certo, a Ordem dos Advogados do Brasil, pelo menos por razões de ordem moral, jamais poderia negar a seus servidores o mais elementar

dos direitos, o direito de defesa, sem o qual a própria OAB não teria razão de existir.

Em síntese, a OAB não é uma associação voluntária, mas, sim, uma entidade pública. Como entidade pública (independentemente de sua natureza jurídica específica) está afetada pelos princípios do art. 37, *caput*, da CF, dentre os quais o da impessoalidade e o da moralidade.

O reconhecimento da natureza autárquica da OAB não lhe retira nem a autonomia nem a independência. Com efeito, nem o Poder Judiciário, nem o Ministério Público sofrem qualquer restrição ou diminuição em suas prerrogativas em decorrência do regime estatutário de seu pessoal.

Todo cidadão-advogado, contribuinte da OAB, tem direito a exigir o respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade referidos no art. 37 da Constituição Federal como aplicáveis a toda e qualquer entidade pública.

Os bens da OAB são bens públicos, os recursos da OAB são recursos públicos, os contratos firmados pela OAB são contratos públicos (e devem ser precedidos de licitação), enfim, os interesses da OAB são interesses públicos. Disso tudo decorre para a entidade uma série de prerrogativas, mas também, inevitavelmente e irrecusavelmente, uma série de sujeições.

Os servidores da OAB (como de qualquer entidade pública) não servem aos detentores episódicos do poder, mas, sim, à *entidade*, que é permanente, e não podem ser nem admitidos nem dispensados por ato de vontade de qualquer dirigente, mas, sim, somente, respectivamente, se forem aprovados em concurso público ou se derem motivo ou causa à dispensa, conforme for apurado em procedimento regular (seja ou não estável o servidor), assegurada a ampla defesa.

A OAB, por ser uma autarquia federal, somente pode ter pessoal no regime estatutário, e, assim sendo, não pode admitir pessoal sem concurso, nem demitir sem justa causa.

Para concluir, resta apenas reafirmar que a profissionalização dos servidores da OAB em nada enfraquece a entidade, mas, sim, ao contrário, vai lhe proporcionar mais eficiência, aumentando a eficácia não só de suas atividades básicas legalmente previstas, mas também de sua atuação institucional, na defesa dos valores permanentes da nação brasileira e da humanidade.

É conveniente que cada servidor tenha garantias para que possa exercer suas funções atendendo ao que é um imperativo para o advogado (previsto no Código de Ética), ou seja, sem qualquer receio de desagradar a quem quer que seja no cumprimento de seus deveres.

Diploma de Jornalismo

GERALDO ATALIBA

O art. 220 da Constituição de 1988 dispõe que *nenhuma restrição* alcançará a informação. O preceito tem o fito de assegurar o direito à informação, já consagrado pelo art. 5.º, XIV.

Especificamente quanto à informação jornalística, o § 1.º do art. 220 proíbe qualquer "embaraço à plena liberdade" do exercício desse direito, rememorando, porém, os incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5.º. Estes cuidam da liberdade de manifestação do pensamento (IV), do direito de resposta (V), dos direitos à intimidade e correlatos (X), da liberdade de profissões (XIII) e do direito ao acesso à informação (XIV).

O conjunto de preceitos diretamente ligados à informação — e especialmente a jornalística — deve ser compreendido no contexto sistemático de nossas instituições constitucionais, marcadas visceralmente pelos princípios republicanos e do Estado de direito (art. 1.º). Isto requer do intérprete jurídico rigorosa cautela, para determinar seus exatos conteúdos, sentidos e alcances, tendo em vista não desmerecer os inúmeros valores protegidos por esse plexo de normas. Em outras palavras, aqui, mais uma vez, a consideração do cunho sistemático da ordenação jurídica postula harmoniosa e equilibrada consideração de cada princípio ou valor, em confronto (jamais em oposição) com outros.

Pergunta-se se foi recebida a norma de nível legal que exige diploma de jornalista, para o exercício dessa profissão. Se tal preceito for compatível com o Texto Constitucional vigente, foi recebido e integra o novo sistema jurídico, instaurado em 1988. Se incompatível, considera-se perempto, destituído de eficácia. Inaplicável, pois.

Para simplificar o raciocínio exegético e caminhar mais diretamente à conclusão, ponhamos o foco de nossas atenções nas cláusulas básicas ao deslinde do problema, tal como o vêm fazendo os defensores da tese da recepção da norma infraconstitucional. Não ignoraremos, porém, que o sistema é uno e incindível, postulando consideração harmônica e concomitante de todos seus preceitos, atribuindo a cada qual a força e virtude normativa maior ou menor, conforme os valores que declaram e protegem, segundo hierarquia que o próprio Texto Constitucional estabeleceu e ao hermeneuta cumpre, reverentemente, desvendar.

Tais pontos fulcrais estão — no que atina com a preocupação central deste estudo — no § 1.º do art. 200 e no inciso XIII do art. 5.º, a que, entre outras, faz referência o citado mandamento. Esse § 1.º — ao vedar embaraços à informação jornalística — manda, não obstante, observar a exigência de que o exercício das profissões atenda "às qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Duas interpretações, à primeira vista, parecem possíveis, dessa conjunção de normas:

a) só poder exercer o ofício de jornalista quem tenha diploma atestatório de qualificação profissional;

b) ao exercer seus misteres — no transmitir informações específicas e próprias de uma profissão legalmente regulada — o jornalista deverá ouvir quem seja formalmente "qualificado", de acordo com a lei.

Na hipótese *a*, fica parecendo que a Constituição quer que alguém seja "formado" profissionalmente, para profissionalmente colher, interpretar, comentar e transmitir informações variadas. O diploma atestaria tal "qualificação" do seu portador, habilitando-o, com exclusividade, a esse mister. Conseqüentemente, seriam proibidos de colher, interpretar, comentar e transmitir informação, todos os não-portadores de diploma, mesmo que tenham inteligência, cultura, habilidade e comunicabilidade para tanto.

Esta interpretação não explicita os valores constitucionais a que serve.

É sabido que o direito, especialmente o constitucional, define valores sociais e individuais, prescrevendo os meios, modos, órgãos e pessoas que os devem promover, fomentar e respeitar e estabelece as sanções para quem os desacata. E a medida ou relevância desses valores o jurista os estima e hierarquiza pela gravidade das sanções que os protegem (Kelsen). Quanto mais severa e grave a sanção prevista para a violação desses valores, tanto mais relevante parecem ao legislador (no caso, o constituinte).

Pois, na hipótese *a*, supra-sugerida, vê-se que o valor protegido não é a fidelidade à verdade, nem os dotes de observador, intérprete ou comu-

nicador do profissional, dado que as virtudes e qualidades que levam a bom desempenho, quanto a isso, não se aprendem em bancos acadêmicos. O valor que transparece protegido por essa interpretação é o valor corporativo, ao lado do prestígio compulsório dos estabelecimentos que, bem (o que é raro) ou mal (o que é o mais comum), têm o privilégio de expedir tais diplomas.

A segunda interpretação *b* entende que a liberdade ampla da informação jornalística não pode prejudicar o leitor (ouvinte, telespectador) pela transmissão de informações inidôneas, por falta de qualificação profissional das fontes, quando a matéria informada esteja inserida num universo de conhecimentos especializados, cujo manejo dependa, legalmente, de qualificação profissional dos seus operadores. Assim, se a saúde é um valor, informação sobre remédios, instrumentos ou processos terapêuticos só pode provir de fonte qualificada formalmente segundo os critérios legais; a fonte, nesse caso, será necessariamente um médico, não um palpiteiro, um charlatão, um feiticeiro etc.

Se a matéria da notícia é a queda de uma ponte, as informações *técnicas* sobre suas causas, circunstâncias ou conseqüências terão por fonte um engenheiro e não um qualquer do povo, ou um mero técnico.

Enfim, o direito à informação — direito do povo a ser informado, com fidelidade, pelos profissionais do jornalismo — há de ser atendido livremente por pessoas argutas, inteligentes, cultas e dotadas de qualidades comunicativas (escrita, fala, boa expressão), com a condição de que (*ao transmitirem notícia sobre fatos e fenômenos objeto de conhecimento específico de profissões regulamentadas*) sua interpretação e explicação provenham de profissionais formalmente qualificados (diplomados), a que deverão reportar-se os jornalistas. É desse modo que se obedece ao art. 5.º, XIII, da Constituição.

Assim, qualquer jornalista poderá informar que foi descoberto um remédio contra a AIDS, ou que caiu uma ponte na cidade de Caixa-Prego. Não poderá, porém — seja por opinião pessoal, seja por ouvir leigos —, dizer que o remédio tem tais ou quais efeitos, nem que é elaborado com esmero (ou descuido). Nem poderá dizer que a ponte caiu porque o concreto não tinha o teor de cimento requerido pela ciência. Evidentemente, poderá relatar que uma autoridade pública (delegado, prefeito, deputado etc.) ou profissional (engenheiro, contador etc.) afirmou "isto ou aquilo" (entre aspas). Porque, então, a responsabilidade por eventual má informação já será do declarante e não do jornalista.

Parece claro que tal interpretação respeita, concomitantemente, todos os valores constitucionalmente protegidos: (a) a liberdade de informação (do jornalista e do veículo), (b) o direito de informação correta (do povo), (c) a honra dos envolvidos pela notícia (só um especialista pode dizer das

causas da queda da ponte e, implicitamente, da negligência de quem a projetou, executou ou fiscalizou sua execução), (d) a saúde pública (ninguém será levado a tomar ou evitar um medicamento, por indução — intencional ou não, não importa — do jornalista).

A interpretação que postulamos é a que deve prevalecer, porque exalta a harmonia do sistema jurídico; concilia comandos aparentemente contraditórios; serve aos valores concomitantemente; não agride (pelo contrário!) nenhum valor constitucional e, sobretudo, ampara e resguarda a liberdade de informar e o direito à informação, definindo claramente responsabilidades, de modo a também assegurar a realização dos desígnios expressos nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5.º da Constituição.

Devendo o intérprete optar por uma ou outra dessas duas aparentemente corretas (à primeira vista) interpretações, não vemos como possa hesitar, não cremos possível titubear: há de ficar com aquela que melhor e mais harmonicamente realiza os desígnios constitucionais. E rejeitará a que — além de pôr em conflito diversos valores — agride bens jurídicos básicos, postos nos princípios maiores de Constituição.

Em conseqüência, pode-se afirmar que a norma exigente de diploma de curso de jornalismo, para exercício da profissão de jornalista — por agressiva de princípios constitucionais básicos — não foi recebida pela Constituição de 1988 (dando de barato, *ad argumentandum*, que tenha sido compatível com a Carta de 67/69). Esta, assim perempta, revogada, sem eficácia. Pode (e deve) ser inobservada por todos, inclusive pelo Judiciário.

Nem se argumente com a vontade do legislador, que isso não é argumento jurídico e não merece atenção de jurista que se preza e respeita a cultura jurídica alheia.

A interpretação que propomos mostra que o Brasil é um Estado democrático, de direito, com responsabilidades definidas e proteção a valores sociais e individuais fundamentais, como se dá em todos os países civilizados, que adotam princípios semelhantes, e que jamais cogitaram de — como o fez, a Junta Militar — exigir diploma para exercício da profissão de jornalista.

Fui levado a escrever estas linhas pela íntima revolta que sentia, cada vez que via ser atribuída à bela e generosa Constituição de 1988 a qualidade de diploma retrógrado, anti-libertário, mesquinho, corporativista e medíocre.

Considerando seus grandes princípios e os valores que ela define e protege com tanta grandeza, não podia crer no acerto das ilações que abonavam o decreto-lei da ditadura.

A Educação na Constituição de 1988

EDIVALDO M. BOAVENTURA
Universidade Federal da Bahia

SUMÁRIO

1. *A Educação e o direito*

A Constituição de 1988, numa autêntica manifestação de cultura latina e do direito escrito, tratou de quase tudo. No campo da educação, incorporou a criança de 0 a 6 anos, enfatizou a creche e a pré-escola, marcou prazo para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental, garantiu o ensino noturno aos adultos, fixou conteúdos mínimos ressaltou a língua portuguesa, determinou como seria o ensino da História do Brasil e das línguas maternas dos indígenas, destacando, principalmente, a autonomia universitária.

Comunicação a ser apresentada à 15ª Reunião Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação, de 13 a 17 de setembro de 1992, Caxambú, Minas Gerais.

2. *As três posições da educação na Constituição de 1988*

A configuração da educação na sociedade brasileira pode ser vista na evolução constitucional de 1824 e 1988, conforme foi resumida por LESLIE M. J. S. RAMA (1987). Trata-se, claramente, de uma perspectiva histórica. Contudo a pesquisa legal (COHEN, 1978) objetivou identificar sistematicamente a educação, na Constituição Federal de 1988, em três situações. Há, pelo menos, uma tríplice posição a ser estudada:

1.º) *Normas específicas sobre educação*. O capítulo sobre educação (Título VIII, Capítulo III) é constituído de disposições que organizam e traçam as competências de atuação dos poderes públicos na promoção do ensino, na definição de princípios, garantias, sistemas e recursos financeiros.

2.º) *A educação no conjunto da Constituição e nas disposições transitórias*. Caracteriza-se uma segunda modalidade de preceitos constitucionais sobre educação nos vários e diversos dispositivos que se referem diretamente ao ensino, mas se encontram fora do capítulo específico. O exemplo mais conspícuo é a competência privativa da União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV).

3.º) *A educação e as garantias constitucionais*. Identifica-se ainda uma terceira situação, da maior importância para a proteção dos direitos educacionais, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos (Título II, Capítulo I). Estes direitos não se referem diretamente à educação, contudo, têm tido e terão cada vez mais, influência na defesa das partes envolvidas no processo ensino-aprendizagem, especialmente alunos, professores, servidores e famílias. O exemplo mais evidente é o do mandado de segurança altamente acionado nas questões de ensino e magistério, contando com larga e expressiva jurisprudência.

Assim, a atenção com as diretrizes e bases, na atual Constituição, em prosseguimento ao ciclo iniciado, em 1934, não deve implicar tão-somente no exame do capítulo específico sobre educação, que não é o único *"locus"* sobre educação na Constituição. Muito pelo contrário, a análise da Constituição deve incluir, pedagogicamente, os dispositivos que afetam direta e indiretamente o ensino.

3. *Primeira posição — as normas específicas sobre educação*

Ao estudar *A educação na Constituição de 88*, JOSÉ AUGUSTO PERES observa com muita propriedade que "apesar do emprego de um vocábulo de maior significância como é educação, o Texto Constitucional se preocupou exclusivamente, ou quase, com a educação escolarizada". A restrição à educação escolarizada talvez possa ser explicada, segundo o professor paraibano, por quatro razões: dificuldade de abordagem satisfatória da educação *lato sensu;* preocupação imediata com a escola, instituição mais tangível e mais reclamada; intangibilidade de muitos aspectos em que se desdobra a educação mormente a informal; e maior importância social,

política e econômica da instituição escolar e dos serviços por ela prestados. A leitura atenta dos dispositivos específicos sobre educação, comprovam empiricamente a assertiva de PERES.

4. *Princípios da educação escolar*

O *caput* do artigo 205, que define a educação como direito de todos e dever do Estado... e abre esplendorosamente toda a *Seção I, Da educação,* é logo restringido, no artigo seguinte, pelo ensino que será ministrado com base nos princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e nos demais relacionados no artigo 206:

a) igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; sendo que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo e o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (artigo 208, inciso VII, §§ 1.º e 2.º);

b) liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; ressalte-se a função de investigação que diz respeito diretamente à universidade, esse enunciado tem incidência especial na instituição acadêmica;

c) pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e co-existência de instituições públicas e privadas de ensino; democraticamente, a Constituição firma a pluralidade de concepções e determina a coexistência entre a escola pública e privada, que é uma das controvérsias permanentes da educação brasileira ao lado da centralização versus descentralização, qualidade *versus* quantidade e terminalidade *versus* continuidade;

d) gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; com essa diretriz, terminou a discussão acerca do ensino superior pago em universidade pública; o princípio não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação da Constituição, que não sejam total ou preponderamente mantidas com recursos públicos, segundo o artigo 242;

e) valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso de provas e títulos; assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União; disposições que valorizam e disciplinam a carreira do magistério superior, para fins de vencimentos; autarquia e fundação ficam definitivamente equiparadas;

f) gestão democrática do ensino público, na forma da lei; dispositivo que direciona não somente a eleição para escolas, faculdades e institutos, diretorias, chefias e reitorias, mas, também, inspira o processo de democratização no acesso e no processo de ensino; por ele, pais, professores, alu-

nos, servidores e setores outros da comunidade vêm a colaborar com a escola;

g) garantia do padrão de qualidade; qualidade não somente interna aferida pelos processos de avaliação, como também pela qualidade externa pela qual o ensino corresponda aos padrões e necessidades da comunidade.

5. *Autonomia universitária*

Intermediando os princípios da educação escolar e as garantias, encontra-se a autonomia universitária. A novidade é a sua presença na Lei Fundamental de 1988. A inovação está precisamente na constitucionalização de um princípio já notoriamente consagrado na legislação ordinária. O que está no centro do princípio é liberdade acadêmica, isto é, liberdade de ensinar, de investigar e, reciprocamente, de ouvir, de escolher a disciplina por parte do aluno. A autonomia é vista pela Constituição nas duas dimensões didático-científica, administrativa, financeira e patrimonial, conforme se assinalou em outra oportunidade (BOAVENTURA, 1990).

6. *As garantias e o direito público subjetivo*

Dentre as garantias: 1) ensino fundamental, obrigatório; 2) extensão do ensino obrigatório e gratuito, progressivamente, ao ensino médio; 3) atendimento aos portadores de deficiências; 4) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; 5) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística; 6) oferta do ensino noturno regular; 7) atendimento ao educando no ensino fundamental através de material escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; o legislador colocou o acesso ao ensino obrigatório como direito público subjetivo.

Se a autonomia foi o princípio de maior relevância, do ponto de vista da universidade, na Constituição, todavia, o constituinte de 1988 foi mais além, quando concebeu o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como um direito público subjetivo. Eis o ponto alto do tratamento constitucional da educação. A Lei Maior recepcionou longa discussão da doutrina brasileira, tendo à frente PONTES DE MIRANDA, ESTER DE FIGUEIREDO FERRAZ, LOURIVAL VILANOVA, ÁLVARO MELO FILHO, RENATO DI DIO e outros que têm lutado para a efetivação não somente do direito à educação, como também do Direito da educação, como uma disciplina jurídica que não se confunde com uma simples e descritiva Legislação do Ensino. A educação é um direito social por excelência, ao lado da saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, de acordo com a enumeração da Constituição (art. 6.º).

A educação, porém, só poderá ser considerada como um direito de todos se houver escolas para todos. Se há um direito público subjetivo à edu-

cação, isso quer dizer que o particular tem a faculdade de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional pelo Estado. O seu não-oferecimento importa responsabilidade da autoridade competente, complementa a Carta (art. 208, inciso VII, § 2.º). A Constituição poderá fazer muito pela educação no sentido de sua promoção, colocando em prática os meios para efetivá-lo como um direito público subjetivo.

O direito à educação, disciplinado na Constituição, tem a sua afirmação maior na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XXVI.1.

Tratando da educação da criança de zero a seis anos de idade até à universidade, passando pelo ensino fundamental e médio, pela educação especial de adultos, quis o constituinte de 1988 estabelecer o direito integral à educação?

7. *A liberdade de ensino*

É interessante observar, na vida constitucional brasileira, não somente as inovações, que, na realidade, são poucas, mas também o aperfeiçoamento de certas situações. Outras vezes há quanto muito o deslocamento, ampliação e redução de matéria. No que concerne à educação, começa com a gratuidade da instrução primária e com o ensino das ciências, belas-artes e artes, em 1824, para crescer socialmente por influência da Constituição de Weimar, em 1934.

Dessa forma, ocorreu com a presença da iniciativa privada, que está relacionada com a liberdade de ensino. Tradicionalmente, a partir da Constituição referida, o constituinte de 1988 a manteve vinculada a observação das normas, privilegiando a autorização e exigindo avaliação de qualidade pelo Poder Público. A tão discutida avaliação encontrou uma porta de entrada pela iniciativa privada. Assim, o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: cumprimento das normas gerais da educação nacional, e bem assim autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (art. 209).

A presença da iniciativa privada no ensino deve ser, aproximada da situação das escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, que poderão ser aquinhoadas com recursos públicos desde que comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação, além de destinarem seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Esses três tipos de escolas são figuras novas, pois o constituinte não poderia ter ignorado o esforço de entidades como a Campanha de Escolas da Comunidade (CNEC), das igrejas cristãs e das fundações privadas como as ecolas do BRADESCO. A outra alternativa indireta é atender à escola

não oficial pela bolsa de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade (art. 213).

8. *Indicações para o currículo*

No disciplinamento do currículo, sempre houve certa tentativa de fixá-lo na Constituição. A tentação latina de tudo colocar na Lei Maior quase que nos leva a 1937. Na Constituição do Estado Novo, a famosa polaca, entraram não somente a Educação Física, como o Ensino Cívico e até os Trabalhos Manuais.

O constituinte de 1988 preferiu a forma de fixação "dos conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais" (art. 201). No particular, é reconhecida a dificuldade brasileira de definir sociologicamente os valores: talvez o espírito de conciliação seja um deles. Algum esforço tem sido feito para a conceituação do caráter nacional.

O Brasil tem uma longa tradição de rigidez curricular. É considerado comparativamente um dos países mais empedernidos em matéria de currículo. Ridiez curricular que favorece a centralização do ensino.

A Constituição apenas repetiu o jargão por todos os títulos condenáveis de fixação de currículo. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica.

Além dos conteúdos mínimos fixados, dois outros componentes curriculares têm tradicionalmente constado das Constituições — Ensino Religioso e Língua Portuguesa.

Quanto ao primeiro, passamos do ensino leigo absoluto, expressamente dito e escrito na Constituição positivista de 1891, para a forma do Ensino Religioso de matrícula facultativa a partir de 1934. O dispositivo é, em tudo, semelhante ao da Constituição de 1967-1969.

O constituinte de 1988 parece ter encontrado a expressão correta: "O ensino regular será ministrado na língua portuguesa..." Antes usávamos "idioma pátrio", "língua nacional", obrigatório tão-somente para o ensino primário. A Constituição fala em ensino regular. Assegurada às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, isto é, outros que não os da educação formal. É uma inovação com respeito às línguas nativas dos indígenas.

Além das matérias a serem fixadas em conteúdos mínimos, do Ensino Religioso e da Língua Portuguesa, a Carta também estabeleceu que o

ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro (art. 242, § 1.º).

9. *O sistema municipal de educação*

Dentre os aspectos novos, destacam-se dois pela importância estrutural e jurídica: o Município como porte do sistema educacional e o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo, como foi visto.

Somente a União e os Estados eram considerados como partes nos sistemas de educação. O Município tinha quando muito sistema de ensino tão-somente do ponto de vista administrativo não podendo estabelecer normas educacionais. Quando tivesse conselho municipal de educação, poderia, por delegação do conselho estadual, exercer certas funções pedagógicas. Situação que ainda persistirá até a regulamentação do dispositivo. O artigo 211 foi claro ao estabelecer que: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino". E mais, determinou que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e pré-escolar. O esforço na definição dos três sistemas se encontra adiante: "Para efeito do cumprimento do disposto no *caput* deste artigo 212, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213".

Aliás, o regime de aplicação de recursos, já anteriormente, com a Emenda João Calmon, vinculava os Municípios. Com o dispositivo, a vinculação ficou integrada aumentando-se o percentual. Dessa forma, para a manutenção e desenvolvimento do ensino, a União aplicará, anualmente, nunca menos de 18% e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, inclusive a proveniente de transferências.

Dando autonomia ao Município do ponto de vista educacional, vinculando o percentual da arrecadação e estabelecendo outras medidas, a Constituição dá ensanchas para a municipalização da administração do ensino. Uma das conseqüências será a criação do conselho municipal, pois, só há sistema de normas pedagógicas com colegiado competente para estabelecê-las.

10. *Recursos para a educação*

Boa parte do capítulo específico sobre educação destina-se aos recursos financeiros, quer se trata de reserva de percentuais a serem aplicados, de sua destinação, ou ainda de seu planejamento.

No que se refere ao plano nacional de educação, como aliás na destinação de percentuais de receitas de recursos à educação, houve uma volta à Constituição de 1934. Com o seu curto período de vigência, o estabelecimento do plano nacional de educação retornou com enfase na lei de diretrizes e bases de 1961, sendo elaborado e executado ainda na década de 60 com alguns resultados.

O Capítulo III — Da Educação, da Cultura e do Desporto, pertencente ao Título VIII — da Ordem Social, não esgota a matéria educacional e universitária. Há disposições de caráter jurídico da mais alta importância para o reconhecimento de direitos educacionais que devem ser destacados porque vinculam a Constituição ao aluno, ao professor, ao servidor e à família.

11. *Segunda Posição — a educação no conjunto da Constituição e nas disposições transitórias*

Há vários dispositivos sobre educação no Texto Constitucional que se referem à educação, tais como:

1) competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV);

2) competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, V);

3) competência para estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito (art. 23, XII);

4) competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre educação, cultura, ensino e desporto (art. 24, IX), excluídos os Municípios;

5) promoção da educação ambiental, em todos os níveis de ensino, e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (art. 225, § 1.º, VI);

6) eliminação da analfabetismo e universalização do ensino fundamental, nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição, devendo para tanto o Poder Público desenvolver esforços com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade e com aplicação de, pelo menos, cinqüenta por cento dos recursos a que se refere o art. 212 da Constituição (ADCT, art. 60, *caput*, combinado com o art. 214);

7) descentralização das universidades públicas das cidades de maior densidade populacional pelo sistema multicampi (ADCT, art. 60, parágrafo único);

8) recebimento de recursos públicos pelas escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, bem como as fundações de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei e que preencham os requisitos dos incisos I e II do art. 213 e que, nos últimos três anos, tenham recebido recursos públicos (ADCT, art. 61, *caput*);

9) manutenção do Colégio Pedro II na órbita federal (art. 252, § 2.º);

10) ensino da História do Brasil com contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro (art. 252, § 1.º);

11) assistência médica, hospitalar e educacional gratuita ao ex-combatente, extensiva aos dependentes (ADCT, art. 53, IV);

12) imunidade tributária às instituições educacionais e de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI);

13) competência dos Municípios para manter, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (art. 30, VI);

14) direito do trabalhador urbano e rural à assistência gratuita aos filhos e dependentes, desde o nascimento até seis anos de idade, em creches e pré-escolas (art. 7.º, XXV combinado com o art. 208, IV);

15) criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) (ADCT, art. 62);

16) garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola (art. 227, § 3.º, III);

17) não-aplicação às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal, e existentes na data da promulgação da Constituição, do princípio exarado no art. 206, IV (art. 242, *caput*).

12. *O ciclo das LDBs*

Dentre os dispositivos que tratam da educação, incluindo a universidade, encontra-se a hipótese da competência privativa da União legislar sobre: diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, inciso XXIV).

O ciclo das diretrizes da educação nacional se inicia com a Constituição de 1934, revigora-se em 1946, diversifica-se em 1967 e se renova na Carta de 1988.

A educação, aliás, é matéria constituicional desde a Carta Imperial de 1824, que dispunha sobre colégios e universidades, embora na Monarquia só tivéssemos faculdades isoladas.

A previsão do princípio constitucional das diretrizes da educação nacional aparece na Constituição Federal de 1934. Pelo seu curto período de vida, de 1934 a 1937, não houve tempo para sua regulamentação. Fernando de Azevedo, ao tratar da renovação e unificação do sistema educativo, na sua obra clássica, "A Cultura Brasileira", considera que a Carta de 1934 criou medidas que poderiam ter assegurado uma política nacional de educação. E desde aquele momento atribuiu à União a competência privativa para traçar as diretrizes e bases da educação nacional (Cap. I, art. 5.º, XIV), bem assim, fixar o plano nacional de educação.

Ao Estado-Membro caberia organizar e manter os seus sistemas de educação, respeitando as diretrizes traçadas pelo governo da União. Para tanto, previu também a criação do Conselho Nacional e dos Conselhos Estaduais de Educação, perfeitamente dentro do espírito e da letra corporativista. A propósito, a Constituição baiana de 1935 arrolou o Conselho de Educação e Cultura dentre os chamados Conselhos de Assistência Social de Ordem Econômica e dos Negócios Municipais. Além disso, determinava a Constituição de 1934 que a aplicação dos recursos resultantes dos impostos não fosse nunca menor de 10% por parte dos Municípios e de 20% por parte dos Estados, para manter e desenvolver os sistemas educativos.

Na Constituição seguinte, outorgada por Vargas, em 1937, os mesmos preceitos educacionais foram mantidos e alcançaram ênfase as formulações com o ensino secundário de caráter profissional, entrando o Ministério do Trabalho juntamente com o Ministério da Educação na definição dos programas de aprendizagem. Foi na vigência da Constituição de 1937 que as empresas com mais de 500 empregados passaram a manter cursos de aperfeiçoamento profissional para adultos e menores.

13. *A efetivação das diretrizes e bases*

O dispositivo voltou no texto da Constituição Federal de 1946 dentro do elenco das competências da União. Enunciado na Constituição Federal de 1934, como vimos, será contudo, na Constituição liberal de 1946 que o princípio das diretrizes e bases será regulamentado.

Enfim, no regime da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, a Lei n.º 4.024/61, foi a única regulamentação das diretrizes e bases. Todavia trata-se não da única mas da primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. As demais viriam, como de fato vieram, na vigência da Constituição de 1967/1969.

A primeira regulamentação surgiu através de uma lei geral, diga-se de passagem da primeira lei geral que teve a educação brasileira, na observação de William Harrell. Lei que abrangeu todo o universo educacional, todos os níveis do então primário ao superior, da administração à política educacional, lei definidora de filosofia da educação, cujos artigos sobre os sistemas de educação perduram até hoje, sustentando sua descentralização e autonomia pelos Estados-Membros. A referida lei resultou de compromissos com facções ideológicas no Congresso Nacional e apesar de não ter inovado, em matéria de educação superior, é certamente um dos momentos mais brilhantes da nossa história legislativa da educação.

14. *Terceira posição — a educação e as garantias constitucionais*

Tanto as normas específicas sobre educação (objeto do Capítulo III, do Título VIII) como a educação no conjunto da Constituição e nas dis-

posições transitórias são, antes de tudo, dispositivos expressos que tratam da educação ou dos direitos educacionais reconhecidos pela lei maior.

Além destas prescrições, existem outras que não se referem expressamente à educação, nem ao ensino, nem tampouco à universidade, e, no entanto, têm importância fundamental para o reconhecimento e para a proteção dos direitos do aluno, do professor, do servidor, da família e da escola.

São os *direitos e garantias fundamentais,* do Título II, espeecialmente se acionados, judiciariamente, que influem decisivamente no processo ensino-aprendizagem.

15. *O mandado de segurança e outros remédios jurídicos*

Dentro dessa ordem de garantias das partes presentes no processo educacional, sobressai o uso do mandado de segurança. É um remédio jurídico de largo emprego na área escolar, educativa e acadêmica, especialmente, no magistério, protegendo o estudante, o professor, o servidor, a escola e a universidade. A propósito, é preciso que se investigue mais a fundo a utilização desta garantia na composição dos conflitos educacionais.

O mandado de segurança, contudo, já tem emprego tradicional na educação. A Constituição inovou quando contemplou o mandado de injunção, que poderá ter um papel relevante na efetivação da educação como direito público subjetivo. É o caso em que, não havendo oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sendo a sua oferta irregular, pode ser engajada a responsabilidade da autoridade competente, conforme vimos anteriormente (art. 208, § 2.º).

Mandado de segurança, mandado de injução e talvez o *habeas-data* para o reconhecimento de informações relativas a registros secretos ou reservados na "caixa negra dos vestibulares".

Há situações outras de reconhecimento de direitos e deveres individuais e coletivos que a Constituição prescreve e que se relacionam estreitamente com a educação. É bem uma ilustração disso a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, prevista no inciso IX, do art. 5.º Lembre-se que o direito adjetivo e substantivo do *due process of law* está recepcionado pela lei fundamental (art. 5.º, LIV).

16. *O Poder Judiciário na educação*

Pelo emprego das garantias fundamentais, cada vez mais aumenta a presença do Poder Judiciário na área educacional, no reconhecimento, na defesa, na proteção e na efetivação de muitos direitos educacionais.

17. *Conclusão — a base constitucional dos direitos educacionais*

Além do capítulo específico sobre a educação, como componente da ordem social, há duas outras situações que tratam direta e indiretamente do processo educacional na Constituição de 1988. A educação consta de vários dispositivos. Na perspectiva da proteção dos direitos educacionais, as garantias fundamentais são acionadas em razão da educação. São, portanto, três posições da educação na Carta de 1988.

Assim, a Constituição prevê a organização dos sistemas e protege as partes envolvidas no processo ensino-aprendizagem, reconhecendo a educação como um direito público subjetivo. E mais, estabelece a base para a política da educação.

18. *Bibliografia*

AZEVEDO, Fernando. *A cultura brasileira.* 4ª ed., São Paulo: Melhoramentos, 1964.

BOAVENTURA, Edivaldo M. "A constitucionalização da autonomia universitária". *Rev. de Informação Legislativa.* Brasília. *27*(108):297-308, out./dez. 1990.

BRASIL, Senado Federal. *Constituição: República Federativa do Brasil.* Brasília, Centro Gráfico, 1988.

COHEN, Morris L. *Legal Research in a Nutshell.* 3ª ed. St. Paul: West Publishing Co., 1978.

DI DIO, Renato Alberto Teodoro. *Contribuição à sistematização do Direito Educacional.* Taubaté, Ed. Universitária, 1982, p. 116.

FERRAZ, Ester de Figueiredo. "A importância do Direito Educacional. Mensagem". *Revista do Conselho de Educação do Ceará,* Fortaleza, *8*:17-43, 1983. Número especial sobre Direito Educacional.

HARREL, William A. *Educational Reform in Brazil. The Law of 1961.* Washington U. S. Departament of Health, Education, and Welfare, 1968.

MELO FILHO, Álvaro. "Direito educacional: aspectos teóricos e práticos" *Mensagem, Revista do Conselho de Educação do Ceará.* Fortaleza, *8*:47-74, 1982/1983, p. 54.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 4 t., 1963, p. 187.

PERES, José Augusto. *A educação na Constituição de 1988.* Comentários. João Pessoa, 1988.

RAMA, Leslie Maria José da Silva. *Legislação do ensino: uma introdução ao seu estudo.* São Paulo, EPU, 1987. (Temas básicos de educação e ensino).

TEIXEIRA, Anísio. *Educação é um direito.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, pp. 96-97.

Diretrizes Jurídicas para o Desporto Nacional

ÁLVARO MELO FILHO

Advogado e Professor de Direito. Vice-Presidente do CND

Ninguém descobre novas terras, sem se permitir perder de vista o horizonte durante algum tempo. (ANDRÉ GIDE).

É de todos conhecida a consagração constitucional do desporto, mormente no tocante à autonomia outorgada às entidades desportivas dirigentes e associações. Nada obstante, continua vigente um vasto arsenal normativo de intervenção em relação aos poderes *interna corporis* exercidos pelas confederações, federações, ligas e clubes, redundando numa situação bizarra geradora dos maiores equívocos. Por sinal, exatamente à falta de um quadro legal-normativo adequado e ajustado aos princípios desportivos integrantes da Lei Maior, acabam por prevalecer as relações de força, quando não o capricho circunstancial de dirigentes desportivos, legisladores e governantes que estancam a liberdade associativa e criam hábitos paternalistas com todos os efeitos nefastos daí decorrentes.

A propósito, não são poucos e desprezíveis os malefícios ao desporto causados pelos Estados autoritários, sendo igualmente certo que nas entidades desportivas privadas instalam-se, por vezes, poderes autocráticos e até despóticos, fenômeno tanto mais perigoso quanto os patológicos interesses econômicos que o desporto movimenta, tornando atrativo e apetecível o controle daquelas organizações por indivíduos cujos fins nada têm a ver com os valores nobres peculiares aos dirigentes benévolos.

Ressalte-se, nesse passo, a ambigüidade dos entes desportivos e associações que, numa ocasião, invocam a condição de associação de direito

privado livre de amarras legais e normativas, e, noutra oportunidade, argúem o interesse público do desporto para beneficiar-se com apoios financeiros estatais, numa postura incongruente, contraditória e de difícil justificação.

Mostra-se, assim, de palmar evidência, a necessidade de fixar-se uma linha coerente na produção legislativa e normativa do desporto, para que não se fique oscilando entre ingerências dirigistas e alheamento do Estado no plano desportivo. Contudo, qualquer que seja o caminho delineado, não se pode perder de vista que o art. 217, I da Constituição Federal assegura autonomia às entidades desportivas dirigentes e associações, quanto à sua organização e funcionamento.

Na busca do sentido e alcance do art. 217, I da Lei Magna, é importante enfocar a matéria sob os prismas teórico e prático:

a) No plano teórico, atente-se para o magistério de MARIA HELENA DINIZ, quando assinala que haverá efeitos da norma constitucional "revogando, imediatamente, devido à sua supremacia, normas e atos normativos que com ela colidirem. Esse efeito ab-rogativo do preceito constitucional, cessando a eficácia de normas anteriores incompatíveis, ocorreu com a promulgação da Carta Magna criando-se uma nova ordem jurídica, à qual deverão ajustar-se todos os efeitos dos atos normativos já existentes" (in *Constituição de 1988, Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*, Ed. Atlas, S. Paulo, 1989, p. 70).

Outrossim, o art. 217, I, mencionado quadra-se, entre aqueles que detêm um teor concreto de eficácia jurídica, visto como sendo regra constitucional, de caráter principiológico, prescinde de legislação infraconstitucional para a deflagração de seus efeitos.

Ainda nesse plano técnico-jurídico impende dissipar-se, *in totum*, quaisquer dúvidas no tocante a auto-aplicabilidade do art. 217, I da Constituição Federal, conquanto os preceitos constitucionais são preceitos obrigatórios, vinculativos de toda a sociedade e dos Poderes do Estado. Deles se há de esperar observância e aplicação completa e integral, salvo quando a tal se opuserem barreiras realmente intransponíveis. Dos preceitos constitucionais, em suma, há de exaurir-se, imediatamente, todo o potencial de eficácia que seja possível.

O sustento dessa premissa decorre, antes de mais nada, da própria natureza da norma constitucional. Como norma de direito que é, o preceito constitucional tem sua razão de ser na imperatividade de seus comandos, na impositividade das condutas que regula, na obrigatoriedade, enfim, de sua observância. Mesmo quando genérica ou programática, a norma constitucional possui, em algum grau, eficácia e operatividade que

dela devem ser extraídas. Não fosse assim, estar-se-ia cometendo a injustiça de atrair ao constituinte a edição de norma com "meros propósitos retóricos" que "acaba tirando com uma das mãos o que foi dado com a outra", para usar figura simples e direta de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (RDP 57-58/234). "De fato", observa o mesmo autor, "não teria sentido que o constituinte enunciasse certas disposições apenas por desfastio ou por não sopitar seus sonhos, devaneios ou anelos políticos. A seriedade do ato constituinte impediria a suposição de que os investidos em tão alta missão, dela se servissem como simples válvula de escape para emoções antecipadamente condenadas, por seus próprios emissores, a permanecerem no reino da fantasia" (*op. cit.*, p. 238).

É por isso que a doutrina, pelo menos a mais moderna, insiste em reafirmar que, pela própria natureza das normas de direito, os preceitos constitucionais têm caráter cogente, obrigatório e vinculado, impondo-se ao Poder Judiciário explorar, à exaustão, o potencial de eficácia que lhes é próprio, e dar-lhes, direta e imediatamente, a aplicação devida.

Há, ainda, uma segunda razão, a impor o exaurimento de todas as alternativas possíveis antes de proclamar-se a ausência de auto-aplicabilidade de algum preceito constitucional. É que, como se sabe, a ofensa à Constituição pode ocorrer por ato ou por omissão. A inconstitucionalidade por omissão, antes implícita, vem agora expressamente mencionada no texto constitucional (art. 103, § 2.º). Ao Supremo Tribunal Federal competirá reprimir, por ação direta, tanto a inconstitucionalidade praticada em norma legal ou ato normativo, quanto "por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional". Pois bem, são conhecidos os princípios de hermenêutica que norteiam o exame da inconstitucionalidade de norma legal ou ato normativo: "Todas as presunções militam a favor de validade de um ato, legislativo ou executivo", ensinou Carlos Maximiliano, e "portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda a dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirme o ato de autoridade... Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando está é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas correntes de idéias apoiadas por jurisconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o judiciário só faz uso de sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada" ("Hermenêuta e Aplicação do Direito", Forense, 9.ª edição, 1984, p. 307).

Ora, os mesmos cuidados hermenêuticas que se deve ter no exame de inconstitucionalidade por ação, se há de tê-los também quando se imputar

ao Congresso Nacional a pecha de omissão inconstitucional. Parafraseando o grande Carlos Maximiliano, haver-se-á de assegurar com veemência que todas as presunções militam a favor da constitucionalidade da omissão, vale dizer, da auto-aplicabilidade do preceito constitucional cuja norma reguladora é reclamada. Se a falta de aplicabilidade de texto constitucional não estiver acima de toda a dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela desnecessidade da ação legislativa. Entre duas exegeses possíveis, opta-se pela auto-aplicabilidade. Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade por omissão quando for evidente, sem margem de dúvida séria, a necessidade de norma regulamentar do preceito maior. Entre duas interpretações razoáveis, opta-se pela que afirme a ausência de inconstitucionalidade por omissão. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes, o Judiciário só proclamará a omissão do Legislativo quando esta implicar claramente falta de cumprimento de sua missão constitucional.

Aos que improcedentemente argumentam que o inciso I do art. 217 da Constituição Federal (autonomia desportiva) depende de lei ordinária, como requisito de aplicabilidade, relembra-se a conhecida regra de hermenêutica que ensina, não se presume na lei palavras ociosas sim, porque na hipótese aventada, ocioso e desnecessário seria exigir, no § 1.º do citado art. 217, que fosse "a justiça desportiva, *regulada em lei*" se todo o dispositivo estivesse, obrigatoriamente, condicionado à futura lei para produzir jurídicos efeitos. Infere-se, então, que de todos os ditames constantes do art. 217 da Magna Carta, *apenas a justiça desportiva depende de lei*, e, por via de consequencia, todos dos demais itens e parágrafos do art. 217 são auto-aplicáveis. Em outras palavras, a não ser que se pretenda tropeçar em elementar regra de hermenêutica, há de concluir-se que tão-somente a justiça desportiva tem sua aplicabilidade subordinada à lei ordinária, como expressamente assinalada no texto constitucional, configurando-se a autonomia desportiva (art. 217, I da Const. Fed.) como inequívoca norma auto-aplicável.

Inobstante a intervenção legislativa ou normativa seja importante para dar operatividade prática ao art. 217 do Texto Maior e assegurar sua efetividade e harmonia com outros bens e direitos constitucionalmente protegidos, cumpre repontar que a inércia do legislador não tem força jurídica para transformar em "conceitos em branco" vazios de sentido e de conteúdo, as diretrizes constitucionais insculpidas no art. 217. A propósito, GOMES CANOTILHO (in *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 4.ª ed., 1989, p. 135) ao discorrer sobre a aplicabilidade direta das normas constitucionais preleciona que "mesmo no caso de "normas programáticas", os juízes "tem acesso à Constituição", com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja seu conteúdo) e de suscitar o incidente da inconstitucionalidade dos atos normativos contrários as mesmas normas a aplicar nos feitos submetidos a julgamento".

b) Na dimensão prática, traz-se à colação a análise do jurista e ex-Conselheiro do CND — DARDEAU DE CARVALHO — que assim ressalta:

> "A autonomia de organização implica necessariamente na faculdade de criar os órgãos e poderes indispensáveis ao funcionamento das entidades e associações. Paralelo e implícito na faculdade de criá-los, está a faculdade de determinar a forma e o sistema de preenchê-los adequadamente. Não haveria lógica, evidentemente, em permitir que as entidades tivessem autonomia para criar os seus órgãos e poderes e não a tivessem para determinar a forma de provê-los. Essa seria, inegavelmente, uma autonomia castrada. Seria a própria negação da autonomia.
>
> A autonomia assegurada pela Constituição importa ainda em garantir às entidades e associações o poder de deliberar sobre transferência de atletas, elaboração e coordenação de calendário, profissionalização, ou não, do desporto que dirigem, bem como sobre remoção, reversão, estágio e outros mecanismos necessários à sua organização e ao seu funcionamento.
>
> A organização, a direção e a realização de campeonatos e torneios. número de divisões, períodos e formas de disputa, bem como os respectivos regulamentos, variáveis de acordo com as diferentes modalidades desportivas, ficam sob a responsabilidade exclusiva das entidades. Nessa área, que concerne, indiscutivelmente, ao funcionamento de cada entidade, não existe a menor possibilidade de serem baixadas normas gerais, pois o que é bom para certa modalidade desportiva não o será para outra. Cada ramo desportivo se realiza sob regime próprio e específico, que não pode ser reduzido a um padrão generalizado." (in *A Constituição e o Desporto*, Danemil Gráficas, Rio, 1989, p. 23.)

Diante de um sistema intervencionista de controle administrativo de toda atividade desportiva impingido pela Lei n.º 6.251/75, pelo Decreto n.º 80.228/77 e pelos vetustos normativos do CND, de um lado, e da autonomia desportiva (art. 217, I, CF/88), do outro, assiste-se a um divórcio entre o que consta dos textos legais e normativos e a realidade que as mesmas têm por objetivo. É uma indefinição e confusão sobre direitos e deveres que incidem sobre o desporto brasileiro, impondo fixar-se novas diretrizes para delinear um modelo de desenvolvimento desportivo, traduzindo, normativamente, os parâmetros e limites adequados do fenômeno desportivo. Para tanto, basilar que se formule regras suficientemente genéricas e precisas, inovando sem preconceitos e receios, sempre com o objetivo de apoiar, estimular e fomentar as práticas desportivas, mesmo que isto implique em implodir "torres de marfim" e deixar nos seus

"escombros" muitos nostálgicos e conservadores que elaboraram normas desportivas fundadas no "poder disciplinador" que, nos últimos tempos, geraram uma progressiva diminuição de credibilidade do CND, tal a inadaptação e fragilidade do vigente sistema.

É hora de cada um fazer uma revisão ou reciclagem dos conceitos jurídico-desportivos que obstaculam o florescimento de diretrizes normativas mais democráticas e atuais, com a conseqüênte sublevação e eliminação das idéias tradicionais, dos dogmas normativos indiscutidos e de preconceitos herdados, pois, só assim, exsurgirá um posicionamento ajustado aos novos tempos. Acresça-se que o Governo Collor no seu processo de desregulamentação já revogou, nos últimos seis meses, 106.000 decretos, não podendo o CND deixar de adotar idêntica postura na área desportiva, até porque falece ao órgão normativo lastro constitucional para continuar a controlar, disciplinar e intervir nas entidades desportivas, obstaculando o processo de liberalização da estrutura desportiva.

Captando os sinais portadores do futuro e temperada pela dureza do cotidiano, a anexa Instrução Normativa (IN) harmoniza-se com a desregulamentação e desburocratização que se concretizam em todos os quadrantes do Governo Federal, e, seu *conteúdo* ajusta-se como uma luva às colocações mais atuais da literatura desportiva internacional, recolhidas especialmente nos livros "Democratizacion du Sport" (Yves Pogam) e "Sport et Descentralizacion" (Pierre Collomb), sem olvidar que se constitui numa generalizada aspiração dos setores desportivos profissionais e não-profissionais.

O fenômeno da "revolta dos fatos contra os códigos" e a evidente defasagem da legislação desportiva, atreladas à morosidade e indiferença do Congresso Nacional no trato das matérias desportivas, fez exsurgir e amadurecer a idéia desta IN, que tem como principais objetivos:

a) resgatar a degastada e corroída imagem do CND e dar-lhe credibilidade ao colocá-lo no comando e na vanguarda desta revolução normativa sem armas;

b) criar condições reais para o exercício concreto dos direitos desportivos consagrados na Constituição Federal de 1988, até hoje sem produzir efeitos palpáveis, e, estabelecer os *limites* da autonomia desportiva, para que ela não se transforme em *independência,* nem possa ser colocada a serviço de interesses burocráticos, clientelistas e corporativistas;

c) antecipar, na prática, pontos vitais que integram o projeto de Normas Gerais sobre Desporto, pontos estes que foram acolhidos, unani-

memente, por todos os segmentos desportivos. Nesse contexto, esta IN servirá de campo de teste ou laboratório para aferir se estas regras serão benéficas para o desporto nacional. Se isto não ocorrer na prática o Congresso Nacional poderá, tempestivamente, alterar, suprimir e ajustar tais regras antes que se cristalizem em lei. É, em síntese, o uso pragmático da advertência de HOLMES: "The life of law has not been logic: it has been experience."

Esta IN proposta como *norma* de conduta *geral, abstrata* e *impessoal* aplica-se, *indistintamente,* a todos os ramos desportivos. Por isso mesmo, não pode ser dimensionada em face de pessoas ou entidades desportivas que por ela sejam, episodicamente, beneficiadas ou prejudicadas, nem deve ser interpretada ao sabor do imediatismo e da miopia do curto prazo, até porque, a grandeza da *inteligência consiste em discutir idéias, o mediano é discutir fatos e o medíocre é discutir pessoas.* Além disso, a imperiosidade de derruir as anteriores e ultrapassadas deliberações e resoluções do CND decorre do fato de ser impossível construir obra nova sobre as ruínas de velhos alicerces e de ser inadiável edificar um modelo que conjumine, por um lado, a autonomia desportiva, e, por outro, permita salvaguardar interesses públicos relevantes em matéria desportiva.

E exatamente perseguindo este propósito FRASCAROLLI e GRASSELLI sugerem "la creazione di una nuova figura típica individuata nella società sportiva, che tragga la sua origine proprio dall'autonomia del movimento e dell'ordinamento sportivo, e che si collochi comunque in armonia com il sistema dell'ordinamento giuridico generale". (in *Rivista di Diritto Sportivo,* ano XL, vol. 4-4, Milano, 1988, p. 493.)

GORBACHEV assinala que "uma revisão crítica de nossa experiência é sinal de força e não de fraqueza". Nesta linha de raciocínio é chegada a hora do CND, com desprendimento e coragem, reconhecer a hipocrisia e a ineficácia da legislação desportiva atual, e, colocando de lado vaidades excessivas e formalismos exarcebados, adotar uma postura normativa moderna, ousada e prospectiva.

Convém recordar, a propósito, que não constitui, em rigor, vulneração da lei, expungi-la de componentes que o tempo haja destituído de sentido, ou adequar sua expressão a alterações constitucionais supervenientes que a alcancem, seja quanto à forma, seja quanto à matéria, possibilitando a incorporação de novos conteúdos normativos.

Considerando que a normatização desportiva de inspiração individualista e caráter formalista não consegue mais mediar os confrontos de interesses, nem dar conta dos crescentes problemas desportivos, o que im-

plica o desrespeito reiterado e afrontoso dos atuais normativos pela exaustão de suas virtualidades, esta IN sugerida, com ganhos evidentes de credibilidade para o CND, pretende:

a) dar um mínimo de unidade à pluralidade e de homogeneidade ao heterogêneo na operacionalização da autonomia desportiva, único meio de propiciar a transição contínua para formas cada vez mais diversificadas da organização desportiva;

b) colocar em perspectiva democrática a explosão da litigiosidade e dos conflitos sócio-desportivos emergentes, tão complexos quanto contraditórios, criando condições para soluções urgentes, flexíveis e pragmáticas para, efetivamente, reduzir a dívida desportiva do país;

c) garantir legitimidade e eficácia à atuação normativa do CND que deve brotar da necessidade prática ou da solicitação de segmentos desportivos, para que as mudanças desportivas sejam profundas, reais e fruto da sociedade, até porque pouco importa o que esteja escrito na Constituição se o princípio da obediência à lei não estiver inscrito na mente das pessoas;

d) equacionar critérios para a "construção contextualizada" de normas ajustadas ao permanente vir-a-ser desportivo do país, para que se encontre não o desvio, mas o caminho, não o disfarce, mas a verdade possível.

E para atingir estes objetivos impõe-se acabar de logo com a pletora de normativos infringentes da autonomia desportiva ou desvinculados da realidade que, em ambos os casos, só estimulam a "desobediência desportiva", por hábito ou por interesse, mormente num país estigmatizado por possuir leis que pegam e leis que não pegam, sintoma visível de uma esquizofrenia legal que o deixa à beira da anarquia e do caos desportivo.

Atualmente não há mais lugar para a concepção de desporto de Estado nem se pode cogitar do desporto como um serviço público onde tudo e todos nesta área estão subordinados aos ditames dos poderes públicos, tendo o Estado a obrigação de a tudo prover sozinho, como igualmente não se pode pretender a demissão ou alheamento do Estado de uma área com marcadas implicações sócio-econômico-político-jurídicas. E disto não discrepa GONZÁLES GRIMALDO ao ponderar que "se ha intentado en qualquier caso coadyuvar a un perfeccionamiento institucional del deporte desde su vertiente jurídica sin una pretensión de estatalización de lo deportivo, en cuanto que se entiende que el deporte debe estar regido por los principios de autoadministración, correspondiendo a la Administración una única función tutelar sobre esta actividad, en cuanto forma

parte del interés general" (in *El Ordenamiento jurídico del Deporte,* Ed. Civitas, Madrid, 1974, p. 22). Em consonância com esse entendimento, esta IN anexa não impede nem bloqueia a autonomia desportiva assim como não impõe qualquer modelo rígido e imperativo, mas enquadra essa autonomia em limites e regras que autorizam e permitem aos entes desportivos editar normas próprias de sua organização e funcionamento internos, sem inibir ou desfazer o poder normativo do CND. Demais disso, não se pode fazer *tábula rasa* do ensinamento de JEAN TOUSCOZ para quem "le droit du sport, le droit au sport, évoque certainement le droit de la fête, le droit du jeu, le droit de la liberté que est le plus riche et le plus intéressant".

O que se pretende, em última análise, é garantir e operacionalizar a autonomia desportiva insculpida no art. 217, I da Constituição Federal, sem invadir o campo de economia doméstica e sem ferir o direito de autodeterminação das entidades desportivas dirigentes e das associações desportivas para que possam, livres de interferências, traçar seus rumos e buscar seus próprios caminhos, sempre diferentes, em razão das especificidades regionais e locais e dos propósitos diversos de cada modalidade desportiva.

Se por um lado, impende deixar o desporto organizar-se e funcionar sem subalternização e crescer longe da centralização rígida, asfixiante e paralisadora do Estado, por outro lado, a autonomia desportiva, com todas as prerrogativas que lhe são inerentes, antes de ser um galardão ou uma capa para vaidades e aliciamentos, deve ser vista como um *munus público,* um facho de direitos assente sobre uma base de deveres e responsabilidades.

Por isso mesmo, esta IN *de lege ferenda,* sem cortinas de fumaça ou subterfúrgios vãos, colocando *a latere* rancores e paixões que distorcem a verdade e embotam a racionalidade, objetiva encontrar um ponto de equilíbrio através de formas jurídicas de compatibilização entre os princípios da desejável autonomia desportiva e da indispensável tutela do Poder Público na área do desporto, único meio de contribuir para uma "sociedade desportivizada", aberta e justa na partilha das oportunidades desportivas.

Esta IN proposta ao Plenário do CND, pretende dar orientação e sentido de coerência as ações de governo e dos agentes desportivos, traduzindo uma tentativa consistente de reestruturação do desporto brasileiro, representa um elo de ligação entre os princípios da modernidade e os anseios dos segmentos desportivos, constituindo-se na derradeira oportunidade para que o cinqüentenário CND "contribua na reconstrução do que perdemos e na construção daquilo que nunca tivemos", como expressou o Presidente Collor. Enfim, a anexa IN arquitetada corresponde na imagem de GREENE, "ao momento no tempo em que uma porta se abre e deixa entrar o futuro".

INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º ../91

Revoga os normativos ainda vigentes do CND, delimita o exercício da autonomia das entidades desportivas, fixa novos parâmetros para o desporto nacional e dá outras providências

O Conselho Nacional de Desportos, órgão integrante da Secretaria dos Desportos — PR, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 41 da Lei n.º 6.251, de 3-10-75 e art. 61 do Decreto-Lei n.º 80.228, de 25-8-77, ratificados e referendados pelo art. 14, I da Lei n.º 8.028, de 12-4-90 e pelo art. 54 do Decreto n.º 99.244, de 10-5-90,

Considerando que a Lei n.º 6.251/75 e o Decreto n.º 80.228/77 condensam uma legislação defasada e ultrapassada onde as palavras da lei são, freqüentemente, derruídas pelos fatos desportivos;

Considerando que o exercício da função normativa do CND tem um máximo de legalidade e uma inequívoca legitimidade, porquanto constituído de representantes de plúrimos segmentos desportivos;

Considerando que o fenômeno da "revolta dos fatos contra os códigos" no plano desportivo implicou na revogação fática das leis desportivas, sem possibilidade imediata de materializar-se a exigível atualização, em face da indiferença, morosidade e até omissão do Congresso Nacional no tratamento legal da realidade desportiva do país;

Considerando que inobstante a revogação, de uma só vez, de 400 normativos do CND, os 31 remanescentes e ressalvados na Resolução n.º 3/90 ainda albergam elementos típicos da atuação interventiva do Estado no desporto, olvidando a garantia constitucional da autonomia desportiva (art. 217, I, da Constituição Federal), na sua concepção mais dilargada e flexível;

Considerando que é inadiável uma redefinição dos limites de atuação do CND junto aos segmentos desportivos, sobretudo quando não há mais lugar para aqueles que se utilizam de "leis injustas", cuja gênese está atrelada à defesa de vantagens corporativas, em detrimento de interesses sócio-desportivos;

Considerando que a filosofia predominante no Governo Federal está assentada na desestatização, descentralização, desregulamentação e desburocratização de todos os setores, inclusive o desportivo, elidindo a interferência estatal nas questões *interna corporis* dos entes desportivos, mormente quando as medidas de austeridade e restrições orçamentárias, na atual conjuntura, recomendam e impõem a redução das transferências de recursos financeiros da União para o desporto, conquanto este setor não se quadra como prioritário na "guerra" contra a inflação;

Considerando que ao CND incumbe adotar uma postura histórica de vanguarda, ou seja, implementar decisões criativas, prospectivas e ajustadas à realidade desportiva nacional, sob pena de ser extinto de fato, antes mesmo da aprovação das propostas legislativas assim direcionadas;

Considerando a notória *relevância* e a manifesta *urgência* do CND normatizar o desporto — "dever do Estado" e "direito de cada um" na dicção constitucional — filtrando os princípios alicerçados na Carta Magna de1988 e transfundindo-os em normas para execução prática e imediata objetivando:

a) harmonizar a duração máxima dos mandatos com o ciclo olímpico ou periodicidade das competições mundiais;

b) deixar que cada entidade desportiva decida pela tipologia de voto mais ajustada à sua realidade e aos princípios democráticos e representativos;

c) fazer com que o direito de voto, no plano desportivo, brote da participação efetiva nas competições das respectivas entidades dirigentes;

d) possibilitar aos clubes e associações constituir-se, se quiser, com fins lucrativos, desde que se adaptem a um dos modelos arquitetados para resguardar seu patrimônio sócio-desportivo;

Considerando, finalmente, que o CND deve passar a atuar, também, como efetivo órgão consultivo e de assessoramento da Secretaria dos Desportos — PR, além de mediar os conflitos desportivos como "poder moderador", devendo a normatização doravante materializar-se, preponderantemente, em cada caso concreto, e em consonância com os princípios da legislação desportiva insculpidos na Constituição Federal;

RESOLVE:

Art. 1.º — Ficam revogadas a partir de 1.º-8-91 todas as resoluções e deliberações editadas pelo Conselho Nacional de Desportos, outorgando-se competência discricionária às entidades desportivas para incorporá-las, total ou parcialmente, aos seus estatutos, regimentos e regulamentos, ressalvado o disposto no art. 4.º desta Instrução Normativa, bem como mantidos os arts. 2.º e 3.º da Resolução n.º 3/90 do CND.

Parágrafo único — As funções normativas e judicantes do CND passarão a exercitar-se, sempre que possível, em cada caso concreto que seja submetido ao órgão ou por ele apreciado.

Art. 2.º — O CND, lastreado no art. 217, I, da Constituição Federal, reconhece a autonomia das entidades desportivas para estatutariamente:

a) fixar a duração dos mandatos desportivos das entidades diretivas, desde que não excedentes de 4 (quatro) anos e ajustados ao ciclo olím-

pico (desportos não-profissionais), ou a periodicidade dos campeonatos mundiais (desportos profissionais), além de permitir reeleições;

b) definir a tipologia de voto desportivo a ser adotada nas assembléias gerais, nos conselhos técnicos e demais órgãos;

c) determinar a composição do seu colégio eleitoral, desde que o direito de voto decorra sempre e necessariamente da participação efetiva nas competições desportivas, vedadas quaisquer exceções;

d) possibilitar aos clubes ou associações desportivas transformar-se em sociedade comercial com objetivo desportivo ou manter a gestão de suas atividades sob a responsabilidade de sociedade com fins lucrativos, desde que, neste caso:

I — constituam sociedade comercial com finalidade desportiva e controlem a maioria do seu capital com direito a voto;

II — contratem sociedade comercial para gerir suas atividades desportivas.

Parágrafo único — As entidades referidas na letra "d" deste artigo somente poderão utilizar seus bens patrimoniais, desportivos e sociais, para integralizar sua parcela de capital, na forma fixada nos respectivos estatutos.

Art. 3.º — As entidades de direção nacional, estadual e municipal do desporto, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação desta Instrução Normativa, deverão ajustar seus estatutos, regimentos e regulamentos aos parâmetros fixados no art. 2.º, inclusive estabelecer suas normas sobre tipologia do voto, procedimento de votação e condições de participação de suas filiadas nas assembléias gerais e conselhos técnicos, estes últimos quando constituídos.

Art. 4.º — As resoluções n.ºs 10/86 e 19/88 do CND continuarão a vigorar até que seja elaborada Instrução Normativa consolidando-as e estabelecendo novas condições, limites e prazos objetivando humanizar a "lei do passe" sem comprometer os investimentos das associações desportivas.

Art. 5.º — A presente Instrução Normativa, com as ressalvas nela previstas, produzirá seus jurídicos efeitos de 1.º de agosto de 1991 até o início da vigência da lei de normas gerais sobre desporto elaborada pelo Congresso Nacional com lastro nos princípios e ditames do art. 217 da Constituição Federal de 1988, revogados todos os normativos do Conselho Nacional de Desporto, em contrário.

Aspectos da "Mergermania" e dos Megablocos e seus Efeitos na Economia dos Países em Desenvolvimento

JOSÉ OTÁVIO DE VIANNA VAZ
Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da UFMG. Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Advogado em Belo Horizonte

SUMÁRIO

1 — *A "mergermania" e suas origens. A formação dos "megablocos"*

"Merger" é a expressão inglesa cujo sentido jurídico designa a "fusão" de sociedades para atingir determinados objetivos. Assim como os homens, desde a mais remota antiguidade, sentiram a necessidade de se unirem em sociedades para o resguardo e a proteção de seus interesses, em finais do século passado as empresas também adotaram formas de união de esforços para facilitar a realização de seus objetos sociais.

Às uniões de empresas sucedem-se os pactos entre as nações, que abdicam, em parte, de sua soberania, para usufruir da proteção e os benefícios econômicos assegurados aos membros da "comunidade" instituída por Tratados ou Acordos internacionais.

Ultimamente, o mundo passa por uma verdadeira "mania" de uniões, de fusões e de concentrações nos setores mais diversos. Daí o uso da expressão "mergermania", para indicar a tendência.

Excetuando-se a "implosão" da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que muitos vêm chamando de ex-URSS, nota-se um movimento

acentuado, mormente no plano econômico, para a concentração de esforços e recursos, humanos e materiais, com destaque para os investimentos em pesquisa científica e tecnológica. Logo a seguir, tais movimentos ultrapassam as fronteiras geopolíticas e os interesses econômicos particulares para se transformarem em "negócios de Estado", que se concretizam por atos bi ou multilaterais, formando "megablocos".

Os noticiários de imprensa falam de "mergermania", apontando, como uma das suas conseqüências, no plano religioso, a criação de uma "megaigreja yuppie" nos Estados Unidos [1], país onde o fenômeno é analisado em diferentes setores e, no plano mundial, em "best-seller" denominado *Megatrends 2000* [2].

A desintegração política da ex-URSS foi logo seguida por uma tentativa de (re)união, onde algumas repúblicas, adotando a expressão "Comunidade de Estados Independentes" — CEI, procuram atenuar os efeitos do "choque de liberdade" e corrigir os impactos causados em suas economias pelo esforço de desunião e o desmantelamento do sistema econômico socialista.

Nos dias que correm, mais do que nunca, vale o adágio popular segundo o qual, "a união faz a força" e, em conseqüência, em todos os setores a ordem é unir-se ou perecer. Estes exemplos são apenas a ponta de um "iceberg", como se vai procurar demonstrar.

2 — *As uniões de empresas no mundo jurídico e a importância da "regra da razão" como critério político de sua efetivação*

Alguns dos exemplos mais marcantes de uniões de empresas são encontrados na literatura jurídica norte-americana [3], mas o fenômeno não se restringe à economia dos Estados Unidos. O imperativo de racionalizar as relações de troca nos mercados internos e depois nos mercados internacionais levou os empresários a efetuar importantes transformações na estrutura e no comportamento das sociedades. Surgiram, em conseqüência, as fusões, as transferências de controle acionário das companhias, as incorporações e, em uma etapa mais avançada, a expansão, ou a "transnacionalização" das empresas. O movimento foi tão forte que, quando formas até então inadmitidas de capitalismo foram levadas por tais empresas para os países do Leste Europeu, falou-se em empresas "transideológicas".

---

1 Cf. jornal *Folha de S. Paulo*, Caderno 2, p. 1, edição de 25-12-91.

2 NAISBIT, John & ABURDENE, Patricia. *Megatrends 2000 — Dez novas tendências de transformação da sociedade moderna*, do original *Megatrends 2000*. Tradução de Cecília Gouveia Dourado. São Paulo. Amana-Key Editora, 1990.

3 Cf. WASSERMAN, Max J. *L'Oeuvre de la 'Federal Trade Commission': La dernière phase de la Législation américaine contre les 'trusts', la spéculation illicite et les pratiques commerciales déloyales*. Paris. Marcel Giard Librairie — Éditeur, 1925, pp. 1 e ss. GEORGE, Pierre. *L'Économie des États-Unis*. Paris. P.U.F. Quatorzième édition remaniée. 1984, pp. 42 e ss.

O Professor Comparato, analisando a evolução histórica desse movimento, situa suas manifestações mais importantes no segundo pós-guerra.[4] Quanto aos seus aspectos econômicos, porém, FARJAT os localiza entre 1850 e 1880, identificando os seus reflexos mais marcantes no mundo jurídico entre as duas guerras mundiais.[5]

Na verdade, nos Estados Unidos, a concentração empresarial já atingia, em fins do século XIX, dimensões tão importantes e formas tão variadas de comportamento no plano da concorrência, que os prejuízos causados à sociedade e aos consumidores originaram, em 1890, a edição do "Sherman Antitrust Act".[6]

De início, toda e qualquer modalidade de união, de arranjo ou combinação entre empresas (*combination*), sob a forma de *trust*, de coalizão *(conspiracy)* visando a restringir o tráfico ou o comércio (in *restraint of trade)* entre os diversos Estados ou com as nações estrangeiras, foram declarados ilegais pelo artigo primeiro do *Sherman Act* (Lei Pública n.º 190, de 2 de julho de 1890).

Alguns anos mais tarde foram editados novos textos legais aperfeiçoando e complementando a legislação antitruste. A Lei Pública n.º 205, de setembro de 1914, instituiu a *Federal Trade Commission*, órgão colegiado contando com a participação de advogados e economistas para permitir uma melhor compreensão dos aspectos econômicos das diversas modalidades da concorrência empresarial. No mesmo ano, o *Clayton Act* viria institucionalizar o elemento político na apreciação dos delitos econômicos, ao modificar o artigo primeiro da Lei Sherman, pela consagração do princípio da "regrada razão".

Esta regra, de natureza mais política do que jurídica, permitiria atender, mais tarde, aos interesses econômicos dos EUA, diante da conflagração da Primeira Guerra Mundial e até hoje constitui importante fator, suscetível de permitir adaptações da lei a novas circunstâncias, cabendo ao Juiz identificar, segundo provas concretas, a existência ou não de ilícito econômico.

Segundo a regra da razão, não seria mais ilegal toda e qualquer restrição ao comércio, mas apenas a restrição "desarrazoada", princípio cuja inspiração o legislador buscava na racionalidade do *Common law*.

---

4 Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1970, p. 4.

5 Cf. FARJAT, Gérard. *Droit économique*, 2ème édition refondue. Paris. P.U.F. 1982, p. 141, tradução livre.

6 Maiores detalhes sobre a evolução da concentração de empresas até às formas de concorrência típicas do "capitalismo selvagem", denominadas em inglês "cut throat competition" ou "concurrence coupe-gorge" pelos franceses encontram-se em WASSERMAN, *op. cit.*, pp. 5 e ss. e GEORGE, Pierre, *op. cit.*, p. 45. FONT GALAN, Juan Ignacio. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. 1987, pp. 98 e ss.

JAIME VILLEGAS CAYON, interpretando-o no contexto da legislação antitruste norte-americana e espanhola, elaborou interessante vocabulário, vertendo para o espanhol algumas expressões. No verbete referente à regra da razão encontra-se:

> "*Rule of reason:* Regla de razón. El uso del criterio y discreción humanos para clasificar las diferentes formas de conducta. Los juristas americanos consideran que la *Common law* 'es la perfección de la razón y que donde no hay razón no hay ley'. En las técnicas antitrust *rule of reason* significa calificación de conducta económica." [7]

Este princípio, já aceito pela jurisprudência da Suprema Corte desde 1911, no julgamento de um recurso interposto pela "Standard Oil Co.," [8] veio trazer flexibilidade ao artigo primeiro do *Sherman Act*, que doravante seria aplicado apenas quando a constituição do truste fosse "desarrazoadamente restritiva da livre concorrência" e, principalmente, quando destinada à especulação.

Os critérios para a aferição do que é "razoável" concedem ao juiz um poder discricionário relevante, o qual, para não cair nos perigos do subjetivismo de cada intérprete, deve orientar-se conforme as exigências do interesse público. Tais exigências não são sempre as mesmas, variando, por sua vez, em função das políticas públicas estabelecidas em cada período de tempo para os mais variados setores. Se os EUA oferecem a imagem de um país liberal, onde as "liberdades econômicas" são ciosamente protegidas, elas o são apenas e na medida em que o seu exercício não conflite ou coincida com os interesses do próprio país.

---

7 VILLEGAS CAYÓN, Jaime. *Monopolio y competencia. Las leyes antitrust de los Estados Unidos base de la Libertad Económica.* Editorial — Libreria Jurídica Villegas. Madrid. 1970, p. 219.

8 "Standard Oil Company of New Jersey "versus" United States 221 US 1 (1911)" *apud* VILLEGAS CAYÓN, *op. cit.*, pp. 385 e ss. O Tribunal do Estado de Ohio aplicara a Lei Sherman (art. 1º), determinando a dissolução da "Standard Oil Trust", que congregava vinte companhias de petróleo, cujo controle, desde 1879, Rockfeller vinha sistematizando. A "Standard Oil Trust" se dissolve em virtude da decisão da Corte estadual e, aparentemente, restitui a liberdade às componentes do grupo. Mas os laços financeiros permanecem e, em 1899, uma das filiais, a "Standard Oil Company", de New Jersey, eleva seu capital de 10 para 100 milhões de dólares e recompra partes em todas as outras sociedades petrolíferas, para assegurar nelas a maioria acionária. Em dez anos a sociedade consegue adquirir o controle absoluto de trinta e três das cinqüenta e oito companhias americanas. Reapreciando a questão, em grau de recurso, a Suprema Corte, na decisão de 1911, confirmou a sentença, em parte, mas pela regra da razão, decidiu que os Tribunais devem, em cada caso, examinar as circunstâncias que concorrem para a formação de uma combinação assim como aspectos de sua conduta nos negócios, para descobrir o intento de monopolizar (cf. trechos do voto proferido pelo "justice" Mr. White, *apud* VILLEGAS CAYÓN, *op. cit.*, pp. 358 e ss. No mesmo sentido, as observações de Pierre GEORGE, segundo o qual a Suprema Corte fora "tímida" na aplicação da lei (*op. cit.*, p. 99).

Daí a observação de Pierre GEORGE, segundo o qual o Estado "finge" pensar que uma sociedade detentora de um terço ou da metade da produção de uma indústria não é um perigo para o exercício das liberdades econômicas nesse ramo da indústria. [9]

Essa atitude explica também, em parte, o espetacular crescimento de certas empresas, como a "U.S. Steel Corporation". No começo do século, em razão da concentração dos tipos "horizontal" e "vertical" praticada, o truste extraía cerca de 45% de minério de ferro da União e produzia, em suas usinas, em torno de 66% das lâminas de aço. A produção de trilhos chegara à casa dos 62%. Mas argumentava-se, em 1919, quando já ocorrera uma ligeira queda nestas cifras, que a "U.S. Steel Corporation" não constituía um monopólio absoluto, suscetível de atrair a aplicação das leis anti truste. Alegou-se ainda que a corporação vinha perdendo terreno, em relação aos mercados de 1900. Ao amparo de tais argumentos, a "U.S. Steel Corporation" chegou, sozinha, a equiparar sua produção, em 1941, à potência industrial de um grande Estado europeu, ultrapassando, na mesma época, a produção francesa, a alemã e a inglesa. [10]

Treze entre as vinte maiores sociedades industriais mundiais eram sociedades americanas. Seis eram companhias de petróleo, três eram construtoras de automóveis, três eram sociedades de construção elétrica e de informática. [11]

3. *Os "efeitos de monopólio": a "mediocrização" e a internacionalização das idéias e dos comportamentos*

Contemporânea destes foi a formação do monopólio de Editora Hachette na França, expressiva representação da "organização da ideologia",

---

9 Cf. GEORGE, Pierre. *Op. cit.*, p. 56. O autor referia-se aos episódios que envolveram o julgamento da "Standard Oil" e também à situação da "U. S. Steel Corporation".

10 Idem, p. 56.

11 Idem, p. 57. Estes dados estão um pouco superados, ou perderam, em parte, seu significado. Como relatam NAISBITT & ABURDENE, após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos eram o único país, entre as "nações importantes" com sua base industrial intacta. "A economia dos Estados Unidos não tinha rival", afirmam (*op. cit.*, p. 44). Mas os EUA decidiram, através do Plano Marshall, "financiar a concorrência", auxiliando a reconstrução da Europa e do Japão, mesmo sabendo que sua participação na produção industrial, de cerca de 50%, cairia, inevitavelmente, para os 25% que detêm atualmente (cf. *op. cit.*, p. 44). Estes dados, entre outros, são utilizados pelos autores para refutar a tese de Paul KENNEDY, em "Ascensão e queda das grandes potências". Para KENNEDY, os EUA, ao canalizarem para as forças armadas grande percentual de sua riqueza, estariam diminuindo sua capacidade de criar novas riquezas, iniciando o *imperial overstretch*, pois quando o poder econômico declina, os poderes políticos e militar também declinam (cf. KENNEDY, P. *apud* NAISBITT & ABURDENE, *op. cit.*, p. 43). Acreditam os autores citados que o argumento de KENNEDY acerca do "deficit" norte-americano conduz a um alarme que, em parte, está sendo levantado "por uma única e perigosa razão: invocar o protecionismo, a real ameaça à economia global" (p. 46).

segundo FARJAT (pois inclui-se entre as indústrias dos meios de comunicação (televisão, cinema, imprensa e edição). [12]

A produção em massa, permitida pelo aperfeiçoamento técnico e exigida por razões de racionalização da produção e de aumento da produtividade acabou transformando as grandes empresas em "ditadoras" de moda, de comportamento e fator decisivo no direcionamento das preferências do consumidor.

FARJAT nota ainda, com razão, que nas sociedades "liberais" a concentração chega a "normalizar" as ideologias e as sensibilidades; os poderes econômicos privados, mais que os poderes públicos, influenciam os comportamentos, as opiniões e as escolhas quotidianas. [13]

Como este tipo de "liberalismo" quase não é questionado, nos países em desenvolvimento, a maioria das pessoas acredita estar fazendo suas escolhas livremente, comprando o que lhe apraz, lendo a literatura que lhe agrada ou assimilando a cultura de sua eleição. Nesse contexto, as relações de troca deixam de ser aleatórias como afirma DIETER PROKOP. [14]

Alguns dos efeitos mais graves do monopólio e da "normalização" consistem no que FARJAT denomina "mediocrização" e "internacionalização" das idéias e dos comportamentos.

A mediocrização dos meios de comunicação, nas sociedades industrializadas e culturalmente evoluídas pode ser denunciada e geralmente é objeto de críticas. Mas a "internacionalização", vulgarizada sobre o tema de "americanização", não chega a ser compreendida e devidamente avaliada em todas as suas dimensões. [15]

Em 1978, um colóquio do Conselho da Europa advertia contra os perigos da "perda de identidade cultural européia", em razão da influência exercida, em quase todos os planos da organização social pelas companhias americanas, movidas como todas as entidades comerciais, pela lógica do lucro. [16]

Ora, se a cultura européia, sedimentada ao longo dos séculos e reconhecida mundialmente, sente-se ameaçada pela influência das corporações norte-americanas, como se situam, nesse contexto, as culturas dos países do Terceiro Mundo? O problema, para esses países não se resume à perda

---

12 Cf. FARJAT, *op. cit.*, pp. 388-389.

13 Idem, p. 388.

14 Cf. PROKOP, Dieter. *Apud* FARJAT, *op. cit.*, p. 390.

15 Cf. FARJAT, *op. cit.*, p. 390.

16 "La logique du profit commercial par le jeu des rapports de forces économiques mondiaux, constitue une menace constante pour l'identité culturelle européenne" (F. Terenczi, *Le Monde*, 25 de julho de 1978, *apud* FARJAT, *op. loc. cit.*).

de identidade cultural, pois envolve questões muito mais abrangentes e anteriores a estas, como o acesso à educação, fundamental para se ter condição de avaliar a natureza das relações políticas, jurídicas e econômicas entre povos desenvolvidos e subdesenvolvidos.

A impossibilidade de questionamento dessas relações conduz à aceitação de condições desfavoráveis, tal como ocorre nos contratos de adesão, onde a parte mais fraca simplesmente apõe sua assinatura sem saber ao certo a extensão do compromisso que assume. Conduz, no plano das Nações, a abrir mão de suas prerrogativas de soberania, sem a contrapartida dos benefícios recíprocos garantidos pelos Tratados firmados entre os países ricos e os países pobres de fixar as diretrizes do tipo de desenvolvimento que lhes convém, como denuncia Perroux. Para este ilustre pensador, o fracasso do modelo de desenvolvimento forjado pelos vencedores do 2.º Conflito Mundial, demanda a elaboração de uma "filosofia do novo desenvolvimento", [17] que deve ser "global", "integrado" e "endógeno", onde o homem seja considerado como "sujeito" das ações, capaz de participar das decisões que dizem respeito ao seu futuro e nelas imprimir a marca de sua personalidade. Mas não é isso que vem ocorrendo. As relações entre países ricos e países pobres, designados pela sigla PMA ("Países Menos Avançados"), em documento elaborado na III Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento — UNCTAD, realizada em Cartagena [18] e divulgados a 12-2-92, vêm sendo estabelecidas em Resoluções, Acordos e Cartas de Intenções nunca compridos satisfatoriamente.

Enquanto isso, funcionam e se multiplicam os Acordos entre os países industrializados para a formação dos "megablocos", onde uma política *double face* assegura o protecionismo econômico aos seus membros e fecha, literalmente, os seus mercados aos produtos originários dos "terceiros". As estruturas legais de tais acordos, cujo exemplo mais bem-sucedido é a "Europa Unificada", são constantemente buriladas e aperfeiçoadas, não medindo os seus membros esforços e recursos de toda a espécie para a sua concretização.

4. *A institucionalização dos megablocos e a nova divisão do mundo*

Há tempos os estudiosos vêm apontando e analisando fenômenos como a "socialização" do capitalismo, movimento correspondente, no outro pólo, à "liberalização" do socialismo, com inegáveis esmaecimentos das fronteiras entre as respectivas doutrinas ideológicas. É a "ânsia de

17 Cf. PERROUX, François. *El desarrollo y la nueva concepción de la dinámica económica*, cujo título original em francês é *Pour une philosophie du nouveau développement* (1 ed. 1984) SERBAL/UNESCO, Barcelona, 1985.

18 Cf. notícia publicada no jornal *Estado de Minas*, Caderno Exterior, Belo Horizonte, quarta-feira, 12-2-92, p. 12, sob o título "Unctad mostra atraso dos países pobres".

mudanças" que OSCAR DIAS CORRÊA analisara no âmbito do País, [19] mas que está presente no mundo inteiro. Este desejo, esta necessidade de transformação social vem superando barreiras políticas e ideológicas e, ao mesmo tempo, erguendo outras, de natureza econômica, mais sutis e, por isso, mais difíceis de serem transpostas.

Sem se descer a pormenores, para que não se ultrapassem os limites da exposição, pode-se dizer que razões de natureza econômica, em sentido amplo, motivaram a maioria dos grandes acontecimentos dos últimos cinco anos: a queda do muro de Berlim, o começo da implosão da ex-URSS e a sua aproximação com o mundo ocidental, a guerra do Golfo Pérsico, a expansão da unificação européia, pela admissão de mais seis países, a criação do *Pacific Rim*, do MERCOSUL e outros fatores de menor porte.

Todas essas transformações, além de deixarem os cartógrafos desorientados, por não saberem quanto tempo vão durar os novos traçados do *mapa mundi*, demandam algumas observações acerca da natureza dos institutos jurídicos utilizados e seus reflexos nos países em desenvolvimento.

5. *Os caminhos da unificação européia*

Na origem da Comunidade Européia [20] encontra-se o Tratado de Paris, assinado a 18 de abril de 1951, e que fez vir à luz, em 1952, a

---

19 Cf. CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, pp. 11-14. Neste trecho são analisadas as mudanças "social", "econômica" e "jurídica". Na mudança social identifica uma conscientização cada vez maior, das classes sociais, com a conseqüente reivindicação por uma participação mais ativa no produto social e na vida nacional, onde as pessoas não se contentam com o papel de "fator" da produção de riquezas, exigindo também o de "usufrutuários". Analisando a mudança econômica, o autor evoca os reflexos das crises da economia mundial — como o segundo choque do petróleo — no agravamento da situação das nações consumidoras subdesenvolvidas. O autor faz uma grave advertência contra as diferentes formas de exploração praticadas pelos países ricos, que se recusam a ver que "o mundo não lhes pertence", ignorando o fato de que a desgraça dos pobres pode gerar "o descontrole da atual 'ordem econômica' com o grito e a rebelião dos desesperados" (*op. cit.*, pp. 12-13). Quanto à mudança jurídica, observa que elas não têm atingido a mudança de métodos ou de estruturas, e sim alterado textos legais que não se executam, como se a transformação das leis pudesse operar a transformação social (cf. CORRÊA, Oscar Dias, *op. cit.*, p. 14). Estas palavras, ditas em relação à Carta emendada de 1967, revelam a repetição da situação quanto à Constituição de 88, acusada por muitos como responsável até pelo descalabro reinante no setor da saúde pública, da previdência social e da educação.

20 Sobre o tema, v. DENIAU, Jean-François. *Le Marché Commum*. Neuvième édition refondue. Paris. P.U.F., 1969. Comunidades Européias — Comissão. *Uma Europa Social* (quarta edição). (Série "Documentação Européia"), Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, Luxemburgo, 1990. NOEL, Émile. *As instituições da Comunidade Européia* (Série "Documentação Européia") Serviço

Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA). Mais tarde, a 25 de março de 1957, os dois Tratados de Roma instituíram a Comunidade Econômica Européia (CEE) e a Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEA ou EURATOM).

A partir das experiências dos Estados-Membros da época (França, Alemanha, Itália, Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo) decidiram aprofundar os laços existentes e agregar outros países ao conjunto de suas economias.

Embora não fizessem parte do Tratado, coube aos EUA papel relevante na criação da Comunidade Européia. Sustentaram, com clarividência e tenacidade, a idéia já defendida por Winston Churchill no famoso discurso de Zurique, proferido a 19 de setembro de 1946, de "uma espécie de Estados Unidos da Europa", enxergando na fragmentação do continente europeu um perigoso fator de desequilíbrio político. [21] O "Premier" britânico não incluía a Inglaterra nessa construção, sublinhando que ela devia fundar-se essencialmente sobre uma associação entre a França e a Alemanha. [22] Os EUA, por sua vez, representavam, após o 2.° Conflito Mundial, o pólo oposto ao da União Soviética. A Europa precisava decidir de que lado alinhar-se. As duas grandes potências apresentavam-se como as condutoras dos destinos do mundo, e, nesse contexto, cada país isolado só teria chance de fazer ouvir sua voz juntando-a à de um dos grandes. [23]

O Ministro dos Negócios Estrangeiros norte-americano, Marshall, instigou, em 1947, os Estados da Europa a unirem esforços para a recons-

---

das Publicações Oficiais das Comunidades Européias. Luxemburgo, 1988. *As instituições da Comunidade Européia* ("Dossier da Europa", fascículo 16/89, atualizado até 1990), Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, Luxemburgo, 1990. BORCHARDT, Klaus-Dieter. *A Unificação Européia. Criação e Desenvolvimento da Comunidade Européia* (terceira edição), Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, Luxemburgo, 1990.

21 Cf. DENIAU, *op. cit.*, p. 6. Segundo BORCHARDT, no entanto, já em 1923, o conde Coudenhove Kelogg, da Áustria, e o Movimento Pan-Europeu, por ele criado, exigiam a criação dos "Estados Unidos da Europa". Essa pretensão baseava-se nos esforços bem sucedidos de unificação da Suíça, em 1648, na fundação do Império Alemão em 1871 e, sobretudo, na criação dos Estados Unidos da América em 1789. Aristides Briand, ministro francês dos Negócios Estrangeiros propusera, a 5 de setembro de 1929, em discurso célebre, proferido em Genebra, a fundação de uma união européia no plano da Sociedade das Nações. Procurava-se uma cooperação mais estreita entre os Estados europeus no âmbito mundial da Sociedade das Nações, deixando-se intacta a soberania de cada um deles. Mas todas essas tentativas de unificação pacífica falharam devido aos ideais de "nacionalismo" e de "imperialismo" que ainda dominavam. "Foi preciso" — lembra o autor — "ver a Europa uma vez mais em ruínas, para que vigorasse a consciência de que uma rivalidade incessante seria fatal para os Estados europeus" (*Unificação*... cit., p. 5).

22 Cf. DENIAU, *op. cit.*, pp. 6-7.

23 Idem, p. 6.

trução econômica, oferecendo-lhes, em contrapartida, o auxílio financeiro, iniciativa que se tornou conhecida como "Plano Marshall", e deu início à concretização do empreendimento, com a criação da "Organization of European Economic Cooperation" — OEEC (1948). Esta organização, em 1960 — por iniciativa dos Estados Unidos e do Canadá, que propunham nela a sua admissão, com o intuito de ampliar a ajuda ao desenvolvimento do Terceiro Mundo — transformou-se na Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico — OSDE. [24]

A Grã-Bretanha relutara, durante certo tempo, em fazer parte da Comunidade Econômica Européia, recusando-se a abrir mão de sua soberania. Pretendia estabelecer uma zona européia de comércio livre, sem perda das soberanias nacionais. Queria que, de um lado, fossem suprimidos os direitos aduaneiros entre os membros, mas por outro, fosse mantida no plano da política comercial, a autonomia dos Estados-Membros em relação a terceiros países. A Inglaterra conseguiu a adesão de alguns países — Dinamarca, Noruega, Islândia, Áustria, Portugal e Suécia — mas suas tentativas de estabelecer entre estes Estados e a CEE uma grande zona européia de comércio livre falharam em definitivo no outono de 1958 devido a divergências entre a França e o Reino Unido. [25]

Outra tentativa foi representada pela criação, em 1959, da "European Free Trade Association" — EFTA, uma Associação Européia de Comércio Livre [restrita]. [26]

Os êxitos iniciais da CE impressionaram a Inglaterra, cujo governo estava se convencendo de que um desempenho na liderança do *Commonwealth* e, no plano econômico, apenas, não seriam capazes de assegurar progresso semelhante ao obtido pela CE, que perseguia também objetivos políticos. [27] As alterações na conjuntura do comércio mundial e a necessidade premente de assegurar o escoamento de seus produtos levaram a Grã-Bretanha a rever suas posições e a apresentar, em 1961, o seu primeiro pedido oficial requerendo o estatuto de membro de pleno direito da CE. Outros membros da EFTA — Dinamarca, Noruega, e Irlanda — seguiram o exemplo. Mas a pretensão fracassou, em razão da resistência do Presidente da França, General Charles De Gaulle, em 1963. Outro pedido foi apresentado em 1967 e novamente recusado, devido às desconfianças do dirigente francês. Somente após a sua renúncia, em abril de

24 Cf. BORCHARDT, *op. cit.*, p. 7.

25 Idem, p. 14.

26 Idem, p. 15. Tornaram-se membros da EFTA: Reino Unido, Noruega, Suécia, Dinamarca, Áustria, Portugal, Islândia, Suíça e Finlândia.

27 Cf. DENIAU, *op. cit.*, p. 10: "O Tratado de Roma encontra-se na confluência dos desenvolvimentos produzidos na Europa após o fim da guerra, de natureza política e econômica: em direção à aproximação dos países e à ampliação dos mercados" (tradução livre).

1969, a questão da entrada daqueles países foi decidida, na Conferência de Chefes de Estado e de Governo, realizada na Haia naquele mesmo ano. As negociações se arrastaram, mas a 22 de janeiro de 1972 os tratados foram assinados. A 1.º de janeiro de 1973 concretizou-se a adesão da Inglaterra, da Dinamarca e da Irlanda. [28]

Os restantes países da EFTA, que por razões diferentes — neutralidade da Suíça, referendo negativo da Noruega, ditaduras em Portugal, na Espanha, na Grécia — não puderam aderir, celebraram uma convenção de comércio livre com a CE em julho de 1972. [29]

Instaurada a democracia, a Grécia solicitou adesão à CE em 1976, Portugal e Espanha em 1972. Desde 1.º de janeiro de 1981 a Grécia tornou-se o décimo membro da CE, enquanto Portugal e Es panha conseguiram o mesmo objetivo a 1.º de janeiro de 1986, como décimo-primeiro e décimo-segundo membros da Comunidade. [30]

A "expansão física" da Comunidade Européia não se encerrou: a Turquia, a Áustria e Chipre manifestaram o desejo de aderir. Mas os propósitos vão no sentido de primeiro consolidar a Europa dos Doze e concretizar o mercado interno no âmbito da Comunidade.

Após esta rápida abordagem, pode-se reiterar — como se disse no início deste tópico — a predominância do aspecto econômico como fator decisivo na determinação desses Estados de se unirem, renunciando, em parte, à soberania de natureza política. Por outro lado, enquanto membros da CE, os Estados adquirem também maior expressão política, na medida em que são partes de um todo, mais independente e mais soberano do que poderia pretender qualquer um dos países isoladamente. Existem em definitivo, inúmeros benefícios de natureza econômica e social, que implicam a redução da soberania política em relação à CE, mas que a reforçam em relação a "terceiros".

6. *A formação de uma Europa social e as dificuldades da integração européia*

A criação do "espaço social europeu" tende a tornar-se uma realidade com a consolidação do mercado interno europeu, prevista para 1.º de janeiro de 1993. Isto significa que, a partir dessa data, pessoas, serviços, mercadorias e capitais poderão circular naquele espaço — a Comunidade dos Doze — livres de quaisquer restrições. [31]

---

28 Cf. BORCHARDT, *op. cit.*, p. 16.

29 Idem.

30 Idem, pp. 16-18.

31 Comunidades européias — Comissão. *Uma Europa Social* (quarta edição). Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias (série "Documentação Européia"). Luxemburgo, 1990, p. 5.

No estudo intitulado "Os custos da não Europa", realizado em 1988, sob a direção do italiano Paolo Cecchini, os autores concluíram que a abolição das fronteiras permitirá economizar cerca de 200 milhões de "ECU's", [32] o que corresponderia a um crescimento virtual de 5% aproximadamente. [33]

Outro benefício em perspectiva seria a criação de mais cinco milhões de postos de trabalho em um período de cinco anos, como implementação das propostas previstas no "livro branco", apresentado em 1985. Esse documento contém 289 medidas consideradas necessárias à eliminação das fronteiras físicas, das diferenças técnicas e dos mais diversos obstáculos à integração européia.

A procura de objetivos comuns, através de políticas e ações governamentais concertadas constitui fator fundamental para a sobrevivência da Comunidade. Segundo JACQUES DELORS, Presidente da Comissão das Comunidades Européias, "a criação de melhores condições de mercado decorre da inserção da Comunidade na economia mundial. O contra-relógio internacional, no qual está em jogo a sobrevivência dos países da nossa Comunidade, exige a adoção de um objetivo comum". [34]

Essas palavras significam que a obstinação de doze governos europeus em agirem independentemente e até competindo entre si, como estratégia para enfrentar o poderio tecnológico dos EUA e do Japão poderia acarretar conseqüências negativas para a economia de cada país. Para JACQUES DELORS, uma atuação em conjunto, ao contrário, permitiria vencer os desafios, [35] como o desemprego, as dificuldades de harmonização das condições de trabalho, o atraso tecnológico de alguns países e a própria competição decorrente dos desníveis sociais, dos diferentes portes das empresas e de sua capacidade de atendimento às novas exigências comunitárias.

---

32 Expressão formada com as iniciais das palavras "European Currency Unit" para designar o elemento central do Sistema Monetário Europeu (SME), baseado na Resolução de Bruxelas, de 5 de dezembro de 1978 após uma série de acordos e negociações (cf. Comissão das Comunidades Européias). *O Sistema Monetário Europeu* (O dossier da Europa nº 13/06), Serviço das Publicações Oficiais. Luxemburgo, 1986, p. 5. O Ecu designa também uma moeda de ouro francesa do século XIII. É constituído por um cabaz das moedas de todos os Estados-Membros, os quais o integram num montante determinado em função do poder econômico de cada um desses Estados. O valor exato do ECU em todas as moedas é calculado diariamente pela Comissão e publicado como câmbio oficial no Jornal Oficial da CE (cf. BORCHARDT, Klaus-Dieter. *A unificação Européia*. Criação e desenvolvimento da Comunidade Européia, cit., p. 55).

33 Comunidades Européias — Comissão. *Uma Europa Social*, cit., p. 5.

34 DELORS, Jacques. *Apud* Comunidades Européias. Comissão, *op. cit.*, p. 6.

35 Idem.

Ainda no plano da concretização da Europa social, questões ligadas à noção de "espaço social europeu" continuam a trazer problemas aos membros da CE.

Os membros fundadores da Comunidade não tinham em vista apenas a criação de um grande mercado europeu e a eliminação das disparidades econômicas, então consideradas fatores condicionantes da manutenção da paz. A redução das perspectivas de confronto bélico, nos moldes das duas guerras mundiais, ensejou a consideração de outras perspectivas e outros objetivos além da qualidade de vida e do emprego. Tratava-se de assegurar aos cidadãos o livre acesso aos demais países da Comunidade, ou, em linguagem política, de garantir a livre circulação e a mobilidade. A aparente simplicidade daquelas expressões é logo confrontada pela complexidade de relações que decorrem da possibilidade de um indivíduo pretender prestar um serviço ou fixar residência em um país comunitário que não o seu. Não obstante a consagração da livre circulação e da mobilidade da mão-de-obra desde os primeiros anos da década de setenta, sérias discriminações de natureza legal continuam a embaraçar a efetividade dos preceitos do Tratado de Roma.

Essa questão é extremamente complexa, em seus desdobramentos, sobretudo quando se constata o desnudamento de um preconceito que atinge não só "países terceiros", não pertencentes à CE, mas também os imigrantes de outros países mas residentes em território da Comunidade.

Dados estatísticos revelam que a população estrangeira na CE compreendia, em 1990, 3,6 milhões de pessoas. [36] Dependendo das leis de cada país-membro sobre a aquisição da nacionalidade, essas pessoas passam ou não, com o correr do tempo, a ser consideradas titulares de direitos iguais aos dos europeus originários da Comunidade européia. Afora a disputa pelo emprego, tornada crucial no mundo inteiro pela recessão econômica, os preconceitos decorrentes da aparência física e do modo de vida [37] das pessoas originárias de um país exterior à CE, constituem sérios obstáculos à sua integração no chamado espaço social europeu.

Existe, é certo, uma preocupação, por parte de alguns países em "integrar" os indivíduos à vida social, adotando normas destinadas a assegurar-lhes os mesmos direitos e deveres reconhecidos aos nacionais. Mas, na prática, muitas ações violentas, ditadas pelo racismo e por preconceitos os mais injustificáveis, vêm criando obstáculos à efetiva integração dos povos que, pela sua cor (magrebinos, africanos) ou pelo seu *status* social (portugueses, espanhóis) são considerados "mais estrangeiros" [38] que outros.

---

36 Cf. BERNARD, Philippe. "Les étrangers en France". *Le Monde*. "Dossiers & Documents" nº 196. Paris. Férrier, 1992, p. 1.

37 Idem.

38 Cf. expressão de Philippe BERNARD, *op. loc. cit.*

Assim, mesmo que a legislação de um país, como o Código da Nacionalidade Francês, de 9 de setembro de 1973, por exemplo, considere francesa uma pessoa, ela costuma ser discriminada pela sociedade e não integrada a ela. É o que ocorre com os filhos de magrebinos, os quais, embora nascidos franceses, permanecem considerados mais "beurs" que inteiramente franceses. [39]

Isso acontece também com os que adquirem a nacionalidade francesa, isto é, as pessoas nascidas estrangeiras e tendo adquirido a nacionalidade francesa no curso de suas vidas: os naturalizados, seus filhos e os filhos de estrangeiros que se tornam automaticamente franceses ao completarem dezoito anos. [40]

Na Alemanha recrudesce o anti-semitismo, os chamados "skin-heads" profanam os cemitérios judeus, enquanto a integração dos povos da ex-República Democrática Alemã não se faz sem problemas.

Ressurgem focos do fascimo na Itália, com o lançamento de candidatos a deputado pelo partido neo-fascista. Do outro lado do mundo fala-se que se o Japão não for contido pelas forças norte-americanas no Pacífico, em breve estará fabricando armamentos nucleares. Tudo isso faz temer uma recomposição e um realinhamento dos antigos componentes do Eixo (Roma—Berlim—Tóquio) em torno da doutrina nazi-fascista que ensagüentou a Europa nos últimos anos da 2.ª Guerra Mundial.

Tais fatos, noticiados freqüentemente pela imprensa, obrigam a um questionamento sobre a natureza e as verdadeiras metas que se escondem atrás da formação dos megablocos. Os objetivos constantes dos tratados multilaterais mencionam o desejo de atingir o progresso econômico e social e melhorar o nível de vida dos cidadãos-membros. Mas já se viu que tais uniões não são suficientes para promover a integração dos habitantes de seu território e conduzem a uma xenofobia exacerbada, que se traduz, no plano econômico, em um protecionismo prejudicial à cooperação internacional.

7. *Os critérios de participação na riqueza mundial e a exclusão dos pobres*

Quanto mais ricos e desenvolvidos, maiores afinidades encontram entre si, por exemplo, os chamados Sete Grandes. Nessa hipótese, não prevalecem critérios de união ou formação de mercados comuns, com vista à integração econômica e social, como os decorrentes do Tratado de Roma ou do *Free Trade Act* celebrado em 1989 entre Canadá e EUA, mas o nível de desenvolvimento e de riqueza conquistado. Desta maneira, ao ditarem as bases para uma "nova ordem mundial", encabeçada pelo presidente norte-americano George Bush, o Japão, os Estados Unidos, a Grã-

39 Idem.

40 Ibidem.

Bretanha, a França, o Canadá, a Itália e a Alemanha não tiveram qualquer problema em se atribuir 60% do total de US$ 520 bilhões emprestados pelo mercado mundial de capital. [41] De acordo com dados divulgados pela Organização das Nações Unidas — ONU, mais de 92% daquela quantia foram absorvidos pelos 24 países mais ricos, sobrando para os restantes 140 (de um total de 170 filiados à ONU), menos de oito por cento daquela quantia.

Os empréstimos destinados aos países pobres somaram apenas US$ 41,6 bilhões. Esta soma, se dividida igualmente pelos 140 países, daria a cada um a quantia de US$ 400 milhões, aproximadamente. "Uma quantia irrisória", na opinião do jornalista Dídimo Paiva, "se se levar em conta que há, no Brasil, cerca de 50 milhões de pessoas (particularmente no Nordeste), que vivem na linha da miséria absoluta (renda mensal entre zero e um salário mínimo)". [42]

8. *A necessidade de se repensar o conceito de comunidade internacional*

Diante de tais dados, os próprios organismos internacionais externam opiniões sombrias acerca da possibilidade de uma verdadeira cooperação entre povos ricos e pobres. A neutralidade teórica dos tratados e demais instrumentos jurídicos em vigor cede lugar ao egoísmo e às formas sofisticadas, mas nem por isso menos ferozes, de colonialismo dos ricos em relação a seus parceiros menos afortunados.

A própria noção de "comunidade" deve ser revista, pois uma coisa é o sentido científico da expressão e outra o *modus operandi* dos países que se unem sob o pálio de princípios comunitários europeus ou da nova Comunidade de Estados Independentes — CEI, sucessora da ex-URSS.

Como bem acentua o Professor Arthur José Almeida Diniz, reportando-se aos estudos de Max Weber e de Ferdinand Tönnies, na distinção proposta entre "sociedade" e "comunidade", a primeira fundamenta-se no "interesse", na razão, enquanto a segunda encontra seu motivo propulsor no "sentimento" [43], na busca de objetivos comuns, ditados pela coesão interna e pela fé nos ideais comunitários. [44]

Por mais perfeito e auto-suficiente que seja, um povo sempre faz parte do gênero humano, o qual possui uma unidade de natureza política e

---

41 Cf. PAIVA, Dídimo. "O fim da URSS e a nova ordem mundial", texto publicado no suplemento "Gabarito" do jornal *O Estado de Minas,* sexta-feira, 28-2-92, p. 7.

42 PAIVA, Dídimo. *Op. loc. cit.*

43 Cf. DINIZ, Arthur José Almeida. "Por uma Nova Comunidade Internacional". Separata do nº 66 da *Revista Brasileira de Estudos Políticos.* Belo Horizonte, 1988, p. 9.

44 Cf. BUWERT, H. *apud* OLIVEIRA, Julio H. G. *Derecho Económico — Conceptos y Problemas Fundamentales.* Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, pp. 19-20.

moral que exige a prática do preceito da misericórdia para com todos, inclusive os estranhos e as demais nações.[45] Todas as comunidades pertencem ao gênero humano e jamais serão "tão auto-suficientes que não venham a necessitar de auxílio mútuo, sociedade e comunicação..." [46]

Interesses políticos vieram falsear esta noção tão clara de solidariedade do gênero humano, expressando o estraordinário desenvolvimento econômico da Europa a partir do século XIV. [47] Suas conseqüências projetaram-se nos fundamentos da Sociedade Internacional, mas somente agora, em fins do século XX, com a ameaça de destruição maciça do Planeta e os riscos tecnológicos, os homens começam a refletir sobre a absoluta necessidade de se compreender "a sociedade internacional como vasta rede de solidariedade e de reciprocidade". [48]

Não é isto, ou não é esta a política seguida pelos povos que ditam as regras das diferentes "ordens" mundiais. O complexo de superioridade reinante entre os povos ricos levou o Banco Mundial a identificar, nos próximos anos, uma tendência à superconcentração de renda, favorecendo as nações ricas em prejuízo das nações pobres. O jornalista DÍDIMO PAIVA a identifica, no conceito da "nova ordem mundial" proclamada pelo Presidente Bush, como a consolidação do domínio dos ricos, configurando uma economia de exploração do forte sobre o fraco. [49]

Outro fator vem reforçar a crença nos princípios do capitalismo e consolidar a convicção de que surge um novo tipo de colonialismo capaz de assegurar aos povos ricos ocidentais o direito de traçar os destinos da humanidade e o dever de monitorar as formas de desenvolvimento a que os demais países podem ter acesso: o *white man's burden*, que configura a hipótese segundo a qual ao colonizador ocidental compete decidir quem deve aceder às novas tecnologias e quem não tem capacidade, ou responsabilidade suficiente para as dominar. Essa divisão arbitrária das verbas originárias do capital mundial traduz exatamente a maneira pela qual os países ricos concebem a nova ordem. São eles e as instituições que criaram e que dirigem os administradores da riqueza e do saber, logo, do poder. Ora, é sabido que sem constantes e vultosos investimentos em pesquisa científica e tecnológica ninguém pode pretender dominar os modernos processos de produção de novos bens nem será capaz de aplicar os conhecimentos obtidos ao desenvolvimento industrial.

Com a atribuição de verbas em sua esmagadora maioria aos países altamente industrializados (Japão, Alemanha, EUA, Canadá), ocorrerá, também no plano da ciência e da tecnologia uma superconcentração de poderes, aumentando cada vez mais o *gap* tecnológico entre o Primeiro e

45 Cf. GRANADA, Suárez de. (1548-1617). "De Las Leyes y de Dios Legislador" *apud* DINIZ, Arthur. *Op. cit.*, p. 9.

46 GRANADA, Suárez de. *Op. loc. cit.*

47 Cf. DINIZ, Arthur. *Op. cit.*, p. 10.

48 DINIZ, Arthur. *Op. loc. cit.*

49 Cf. PAIVA, Dídimo. *Op. loc. cit.*

o Terceiro mundos, já que o segundo (ex-URSS e países do Leste Europeu) praticamente desapareceu.

9. *Conclusões*

Aos povos subdesenvolvidos restam algumas esperanças e soluções para procurar reverter, ou ao menos amenizar a situação de dependência e de subordinação aos interesses dos países ricos. Uma das propostas consiste na luta, através dos instrumentos jurídicos existentes, pela observância dos tratados que reconhecem a todos os povos o direito ao desenvolvimento. Esse direito começa pela efetividade do direito à educação, à saúde, à alimentação, à informação e aos benefícios do progresso científico e tecnológico. A materialização desse direito passa pelo respeito às normas constitucionais de cada povo, mormente ao conjunto de normas qualificadas como "constituição social", para designar os direitos de natureza econômica e social, compromisso do constituinte com a conquista do progresso e da melhor qualidade de vida.

E exige também que se afaste o discurso liberalizante ou liberalóide, que invoca, como fizeram algumas vozes obtusas, no Brasil, a "ingovernabilidade do país" com uma Constituição tão paternalista como a Carta de 88. É bom saber que todos os países desenvolvidos praticaram, e praticam até hoje, formas acentuadas de protecionismo econômico e de paternalismos, representados por subsídios e ajudas oficiais. Basta acompanhar a trajetória do "Plano Marshall" de reconstrução e auxílio aos países atingidos pela guerra ou correr os olhos pela literatura jurídica comunitária ou norte-americana. Meios eficientes de proteger os interesses econômicos de cada país foram encontrados e aplicados com êxito, na hora certa.

O Brasil não deve iludir-se com o canto da sereia do liberalismo apregoado pelos países ricos que encontram meios de proteger suas economias na própria consolidação por elas atingida. Deve, isto sim, exigir o direito de adotar todas as práticas permitidas pela Constituição para preservar sua soberania de natureza econômica e implementar todas as medidas de cunho social exigidas pelo estágio de desenvolvimento em que se encontra.

Ainda em obediência aos preceitos constitucionais (art. 4.º, inciso IX e parágrafo único) cabe procurar a integração econômica com os países da América Latina, a exemplo do que vêm fazendo todos os povos que acreditam ser a concentração de esforços o único meio eficaz de lutar para a consecução de metas e objetivos comuns de progresso e bem-estar social. É preciso, antes de mais nada, que se criem as condições adequadas à garantia da "igualdade essencial" da Pessoa Humana, [50] para que cada povo, consciente de sua própria dignidade, possa reivindicar, no plano internacional, o fim de desequilíbrios econômicos fortalecidos pela mania de concentração típica da onda que parece varrer o planeta nessa década que marca o fim do século.

---

50 DINIZ, Arthur. *Op. cit.*, p. 8.

10. *Bibliografia*

BERNARD, Philippe. "Les étrangers en France" *Le Monde*. "Dossiers & Documents" nº 196, Paris, février, 1992.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *A unificação Européia. Criação e desenvolvimento da Comunidade Européia* (Série "Documentação Européia"). Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias. Luxemburgo, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1970.

Comunidades Européias — Comissão. *Uma Europa Social* — 4ª ed. (Série "Documentação Européia"). Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias. Luxemburgo, 1990.

Comunidades Européias — Comissão. *As Instituições da Comunidade Européia*. (Série "Dossier da Europa", fascículo 16/89, atualizado até 1990). Luxemburgo, 1990.

CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986.

DENIAU, Jean-François. *Le Marché Commun*. Neuvième édition refondue. Paris. P.U.F., 1969.

DINIZ, Arthur José Almeida. "Por uma Nova Comunidade Internacional". Separata do nº 66 da *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, 1988.

FARJAT, Gérard. *Droit économique*, 2ème édition refondue. Paris. P.U.F., 1982.

FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1987.

GEORGE, Pierre. *L'Économie des États-Unis*. Paris. P.U.F. Quatorzième édition remaniée, 1984.

Jornal *Estado de Minas*. Caderno Exterior. Belo Horizonte, 12-2-92.

Jornal *Folha de S. Paulo*. Caderno 2, edição de 25-12-91.

NAISBITT, John & ABURDENE, Patricia. *Megatrends 2000 — Dez novas tendências de transformação da sociedade moderna*, do original "Megatrends 2000". Tradução de Cecília Gouveia Dourado. São Paulo. Amana-Key Editora, 1990.

NOËL, Émile. *As instituições da Comunidade Européia* (Série "Documentação Européia"). Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, Luxemburgo, 1988.

OLIVEIRA, Julio H. G. *Derecho Económico. Conceptos y Problemas Fundamentales*. Buenos Aires. Ediciones Arayú, 1954.

PAIVA, Didimo. "O fim da URSS e a nova ordem mundial". 'Gabarito', Sublemento especial do jornal *Estado de Minas*. 28-2-92.

PERROUX, François. *El desarrollo y la nueva concepción de la dinámica económica*, cujo título original, em francês é *Pour une philosophie du nouveau développement*. (1ª ed. 1984). SERBAL/UNESCO, Barcelona, 1985.

VILLEGAS CAYÓN, Jaime. *Monopolio y competencia. Las leyes antitrust de los Estados Unidos base de la Libertad Económica*. Editorial — Libreria Jurídica Villegas. Madrid, 1970.

WASSERMAN, Max J. *L'Oeuvre de la 'Federal Trade Commission': La dernière phase de la Législation américaine contre les 'trusts', la spéculation illicite et les pratiques commerciales déloyales*. Paris. Marcel Giard Librairie — Éditeur, 1925.

O Liberalismo Financeiro no Pensamento de Rui Barbosa

RICARDO LOBO TORRES

SUMÁRIO

1. *Rui Barbosa como ideólogo do liberalismo*

Rui Barbosa foi, sem dúvida, o mais importante defensor do liberalismo financeiro no Brasil.

Entende-se por liberalismo financeiro a vertente da ideologia liberal centrada nos problemas das finanças públicas, tanto pelos aspectos da receita quanto da despesa. O liberalismo financeiro é a *ideologia do Estado Fiscal*, particular configuração do Estado de Direito.

O liberalismo financeiro não se confunde com o liberalismo econômico — da mesma forma que não se confundem as Finanças Públicas e a Economia Política. A não ser que se reduza um ao outro, seja no exagerar

a preocupação com a macroeconomia, nela se diluindo a vida financeira do Estado, seja no limitar excessivamente a ação estatal, despreocupando-se inteiramente com a economia.[1]

Mas é inconsistente o corte entre o liberalismo financeiro e os demais aspectos do liberalismo. Sendo uma ideologia — no sentido lato do termo — o liberalismo é global e complexo, assumindo diversas feições, desde o liberalismo político, religioso, educacional ou econômico até o financeiro.[2]

Dentro da perspectiva que o aponta como *ideólogo do liberalismo*[3] é que deve ser estudado o pensamento de Rui sobre a matéria financeira, onde se aprofunda, em todas as dimensões possíveis, a idéia de liberdade.

2. *Etapas do liberalismo na obra de Rui Barbosa*

Tendo morrido aos 73 anos, nada mais natural que Rui Barbosa (1849-1923) tivesse mudado algumas vezes os seus pontos de vista em questões periféricas e superficiais. *A sua posição básica foi sempre a do liberal.* Mas o seu liberalismo apresenta diferentes colorações, adequando-se aos problemas políticos e econômicos emergentes e aos progressos da própria idéia liberal. Recorde-se que o seu nascimento quase coincide com o Manifesto Comunista de Karl Marx e F. Engels (1848) e com os Princípios de Economia Política de Stuart Mill (1848) e que a sua morte ocorre depois da Revolução Russa (1917) e das primeiras obras de Keynes (1919).

Aliás, os estudiosos do pensamento de Rui Barbosa vêm ressaltando que a sua atitude liberal sofreu transformações no decurso dos anos. Miguel Reale já anotava as mutações em sua filosofia,[4] identificando a fase inicial apegada ao naturalismo e ao positivismo, que se estenderia de 1875 a 1893,[5] substituída pela do antipositivismo coincidente com a revolução republicana,[6] e que culminaria com o retorno ao espiritualismo nos anos

1 Cf. GUNNAR MYRDAL, I, p. 184; J. BUCHANAN / R. WAGNER, I, p. 44.

2 Para a visão abrangente do liberalismo como ideologia, cf. ROQUE SPENCER MACIEL DE BARROS, I, p. 19 e UBIRATAN BORGES DE MACEDO, I, p. 30.

3 SAN TIAGO DANTAS, I, p. 13, chamou a atenção para o fato de que "Rui Barbosa foi, entre nós, refletida ou espontaneamente, o ideólogo de uma reforma da sociedade". HUMBERTO BASTOS, I, p. 14, afirmou: "Rui Barbosa, intelectual de primeira água e estadista, quis ser um capitalista, interpretou o capitalismo e foi realmente seu grande teórico e executor no Brasil". MIGUEL REALE, II, p. 61, adverte que Rui não foi "um ideólogo perdido na tela das puras abstrações".

4 I, p. 246: "Em meio século de atividade cultural intensa, em contacto com os mais variados dramas do homem, se houve uma linha metódica fundamental em sua vida quanto aos "ideais", nem por isso deixou de atender aos reclamos sucessivos do tempo, abandonando idéias velhas por novas, repudiando sistemas ou instrumentos de ação, quando não lhe pareciam mais corresponder à consecução dos fins visados".

5 I, p. 249.

6 I, p. 259.

derradeiros de sua vida.[7] Ivan Lins aproveitou o caminho indicado por Miguel Reale para dizer de Rui Barbosa, com muito exagero, que deixara "transparecer, de 1875 a 1890, indisfarçável entusiasmo pela Filosofia Positiva".[8] Américo Jacobina Lacombe detectou várias nuanças no seu pensamento sobre assuntos de educação.[9] Djacir Menezes observou, com argúcia, que na época da tradução de "O Papa e o Concílio", Rui estaria mais inclinado ao liberalismo francês do que ao liberalismo britânico, que ostentaria na maturidade".[10] Em sugestivo e renovador trabalho, Evaristo de Moraes Filho demonstra "que a dimensão principal na personalidade de Rui, a sua faculdade mestra, é a religiosa, e, mais do que essa, a mística",[11] o que não obstou que em sua juventude tivesse esposado atitudes anticlericais em nome da própria liberdade de religião.[12]

O liberalismo financeiro de Rui Barbosa apresenta pelo menos 3 fases distintas: *a*) a do liberalismo radical, que se estende aproximadamente até a Proclamação da República (1865-1889); *b*) a do liberalismo moderado, que se espraia do advento da República até a época da 1.ª Grande Guerra (1889-1916); *c*) a do liberalismo social, nos últimos anos de vida (1916-1923). Aliomar Baleeiro, que dedicou importantísimo trabalho à obra financeira de Rui, não vislumbrou as diferentes etapas de seu pensamento, pelo que teve dificuldade em compatibilizar certas opiniões da juventude com outras esposadas após a passagem pelo Ministério da Fazenda, como aconteceu com o problema da pluralidade de bancos emissores e com o protecionismo.[13] Já Brito de Aguiar percebeu diversas mudanças no pensamento de Rui, mas não as ligou sistematicamente à evolução de suas idéias, senão que as atribuiu às contingências do momento histórico,[14] coisa que também fez Humberto Bastos.[15]

3. *O pensamento de Rui no quadro geral do liberalismo financeiro*

Não basta identificar sucessivas etapas no pensamento de Rui Barbosa. Torna-se indispensável ligá-las às influências estrangeiras por ele recebidas e ao desenvolvimento da idéia liberal entre nós.

7 I, p. 264. O constitucionalismo de RUI BARBOSA evoluiu dentro de esquema semelhante, como anota MIGUEL REALE em outra obra (II, p. 61).

8 I, p. 401.

9 I, p. 210.

10 I, p. XIV.

11 I, p. 73.

12 I, p. 26: "Como sempre, desde os bancos escolares, é em nome de sua concepção liberal da vida que defende a liberdade religiosa, com a separação da Igreja do Estado, com a Igreja livre no Estado livre".

13 I, p. 33.

14 I, p. 54: "É admirável que, para tanto, ao enfrentar os problemas que se lhe apresentaram, não hesitasse ele em abandonar suas convicções teóricas e esquemas intelectuais, para adotar as medidas que lhe pareciam mais aconselháveis no momento, muitas delas por ele mesmo anteriormente combatidas".

15 I, p. 14.

Quanto às influências alienígenas no pensamento brasileiro a historiografia moderna, superando as insustentáveis posições ultranacionalistas, vem demonstrando que se cuida antes da inserção da cultura brasileira no modelo comum ocidental, em busca de solução satisfatória para problemas nacionais, do que de cópia servil da criação estrangeira.[16] No que concerne ao liberalismo financeiro de Rui é particularmente importante apontar-lhe as fontes estrangeiras, principalmente a Economia Política inglesa e o Direito Constitucional americano, ligando-as aos problemas emergentes da nossa realidade econômica e social: a industrialização, a reconstituição do Estado, a federalização do País, a alteração da estrutura agrária, etc.

As relações entre o seu pensamento e o dos outros economistas, juristas e "financeiros" (como se dizia naquela época) brasileiros, liberais ou não, é importante para se verificar "a possibilidade de falar-se de uma *relativa* permanência histórica do liberalismo brasileiro".[17]

4. *A fase do liberalismo financeiro radical*

4.1. *A obra de Rui*

Na primeira etapa de suas obras Rui Barbosa não demonstra muita preocupação com os assuntos econômicos e financeiros.[18] Só depois do advento da República, com o desempenho do cargo de Ministro da Fazenda, aprofundaria a sua visão sobre a Matéria. De qualquer forma, há contribuições esparsas, que denotam a filiação ao liberalismo exacerbado e individualista, através da defesa de algumas teses: a legalidade formal, o livrecambismo, o ultrafederalismo e o fiscalismo.

O princípio da *legalidade tributária*, pedra angular de todo o edifício do liberalismo financeiro, era defendido desde os primeiros escritos, em 1874: "A feição característica de todo o povo livre é o direito de tributar a si mesmo".[19] Mas esse princípio derivava da visão individualista da propriedade, que é "tão sagrada perante o poder como perante o indivíduo".[20] O poder da administração era reduzido e controlado, como deixou claro no elogio às reformas administrativas e fiscais de Pombal[21] e nas críticas às delegações legislativas.[22]

O *protecionismo* alfandegário mereceu severos ataques. Em 1882, no discurso em homenagem a Pombal, criticava a confiança no protecionismo, embora encontrasse justificativa para tal política na situação peculiaríssi-

16 Cf. UBIRATAN BORGES DE MACEDO, I, p. 39; ANTÔNIO PAIM, I, p. 14.

17 NELSON SALDANHA, I, p. 177.

18 Cf. ALIOMAR BALEEIRO, I, p. 17.

19 RUI BARBOSA, I, p. 13.

20 Loc. cit.

21 III, p. 204.

22 II, p. 140.

ma de pobreza e exploração em que vivia Portugal no século anterior.[23] Poucos meses antes da Proclamação da República repisava na sua tese livre-cambista, denunciando a "superstição protecionista": "Não há preconceito mais pernicioso à evolução econômica de um povo que a ignorância dos que imaginam proteger o trabalho nacional, e aumentar a prosperidade do Estado, embaraçando, mediante direitos de importação, a entrada livre dos artigos de produção similares aos do país".[24]

A defesa do *federalismo* era exacerbada. Em 1874 já dizia: "Os Municípios, escolas primárias da liberdade, como se tem dito, definham sem energia nem consciência de si. E a centralização, como vasta máquina pneumática assentada sobre as províncias, extrai-lhes todo o ar respirável, em proveito da Corte, que o absorve e nos asfixia".[25] A polêmica questão dos bancos emissores resolveu-a no sentido da pluralidade, o que implicava descentralização do poder e expansão da competência financeira das províncias.[26]

Combateu também, com denodo, a política de empréstimos públicos, que retardava o *fiscalismo*. Denunciava, em 1874, que "os orçamentos são escandalosas mentiras, que escondem sob o nome de *receita* os empréstimos que a nossa pobreza nos obriga a contrair, e dissimulam com a expressão de *saldos* os *deficits* temerosos que assoberbam as nossas finanças".[27]

4.2. *As influências estrangeiras*

Na primeira etapa de suas obras Rui Barbosa sofreu principalmente a influência dos economistas do *laissez-faire*. Encontram-se referências constantes a Leroy Beaulieu. Parece que leu também o economista Mackleod, então em moda no Brasil.[28] De Stuart Mill não faltam citações em sua obra, embora tenha criticado a simpatia do economista inglês para com o protecionismo americano.[29]

A influência do direito europeu é palpável, especialmente no que pertine à política livre-cambista e à pluralidade de bancos emissores provinciais.

O liberalismo financeiro de Rui Barbosa, nessa etapa, se insere melhor na vertente do liberalismo francês de tipo rousseauniano que na do liberalismo doutrinário de inspiração inglesa.[30]

---

23 III, p. 201.

24 IV, p. 79.

25 I, p. 14.

26 V, p. 96.

27 I, p. 13.

28 Cf. ALIOMAR BALEEIRO, I, p. 19.

29 III, p. 203.

30 Cf. UBIRATAN BORGES DE MACEDO, II, p. 200; DJACIR MENEZES, I, p. XIV.

4.3. *A situação brasileira*

Mas é no contexto da afirmação da idéia liberal no Brasil que deve ser com mais ênfase examinada a obra primeira de Rui.

A sua missão principal era a de substituir a arcaica estrutura financeira do País, ainda impregnada do patrimonialismo português. Daí por que a radicalização em torno de algumas teses, mais tarde modificadas. O combate à política dos empréstimos se justificava na medida em que se observava que o Brasil ainda tinha o seu perfil financeiro construído sobre a dívida pública, pagável com os lucros da exportação,[31] o que, sendo uma reminiscência das finanças do Estado Patrimonial, deveria ser substituída pelas fontes tributárias do Estado Fiscal. O protecionismo deitava também as suas raízes na política pombalina, e disso tinha Rui perfeita consciência,[32] o que o levou a exagerar na defesa do livre-cambismo. O federalismo exacerbado se justificava pela necessidade revolucionária de substituição do Estado Unitário, incompatível com o liberalismo financeiro, em país de dimensão continental.

No plano teórico, a influência mais importante exerceu-a Tavares Bastos,[33] liberal e ultrafederalista. E a persistência mais forte que lhe cumpria vencer era a do fisiocratismo, prevalecente até a época de Ouro Preto, e perfeitamente ajustado ao agrarismo do País.[34]

5. *A fase do liberalismo financeiro moderado*

Após a Proclamação da República modifica-se substancialmente o liberalismo financeiro de Rui Barbosa, encaminhando-se para as teses moderadas de sabor anglo-americano.

A *praxis* financeira, como Ministro da Fazenda, serviu para alterar-lhe os pontos de vista, pelas novas necessidades do País. A sua atividade como advogado e parecerista, na defesa das liberdades individuais, muito contribuiu para lhe ampliar a visão liberal. O extremismo do positivismo conservador estimulou-o a moderar o seu liberalismo.

Ao contrário do período anterior, depois do advento da República dedicou-se com afinco às leituras sobre a matéria financeira. Importou livros da Europa e dos Estados Unidos e pôs-se em dia com a literatura mundial.

---

31 Cf. SAN TIAGO DANTAS, I, p. 15.

32 III, p. 201.

33 Cf. LUIZ VIANA FILHO, I, p. 185.

34 Cf. HUMBERTO BASTOS, I, p. 31.

5.1. *A obra de Rui*

Nessa fase surgem os escritos mais importantes. Os trabalhos preparatórios da Constituição de 1891 [35] e o Relatório do Ministro da Fazenda [36] se incluem até hoje entre as obras notáveis de nossa literatura financeira. O judiciarismo em matéria tributária, pedra angular do liberalismo financeiro, mereceu alguns estudos pioneiros. [37] Os diversos comentários à Constituição de 1891, coligidos e ordenados por Homero Pires, [38] representam fonte permanente para o conhecimento das idéias liberais daquela época. Sob a denominação genérica de *Impostos Interestaduais* foram reunidos os artigos da polêmica travada com Amaro Cavalcanti em torno da incidência fiscal sobre as exportações interestaduais. [39] A coletânea *Financeira e Política na República* contém vários discursos proferidos na fase de implantação do novo regime. [40] Inúmeros pareceres e trabalhos jurídicos foram publicados em suas Obras Completas. [41]

Rui versou, nesse período, sobre alguns dos mais relevantes temas das finanças públicas — da reconstituição financeira do País à industrialização e ao desenvolvimento econômico — tudo o que passamos a analisar.

a) A reconstituição financeira

Uma das características principais do liberalismo é a de revestir a forma de constitucionalismo. Os países liberais se "constituem" — no sentido ontológico e originário do termo — através da Constituição.

O liberalismo financeiro se afirma, também, através da Constituição Financeira ou da Constituição Tributária. O poder fiscal do Estado já nasce limitado pelas liberdades individuais, cumprindo à Lei Magna apenas declarar as limitações. A Constituição Financeira disciplina o federalismo fiscal, cria o sistema tributário básico e dispõe sobre a composição orçamentária.

Rui Barbosa, na época em que os constitucionalistas liberais ainda dedicavam pouca atenção a esses aspectos, já falava sobre a Reconstituição Tributária, afirmando que "a nova organização política do país trouxe conseqüentemente a necessidade de reconstituir o nosso sistema tributário". [42] Teve, portanto, a visão histórica de que a situação revolucionária impunha

---

35 VI.
36 VII e VIII.
37 IX e X.
38 XI.
39 XII.
40 XIII.
41 XV a XXVI.
42 VIII, p. 5.

a reconstituição global do País,[43] inclusive em matéria financeira: "A Nação, que deixou os seus destinos nas mãos do Governo Provisório, julgará se este devia assumir inteira a responsabilidade da missão imposta pelos acontecimentos, e executá-la confiadamente, aproveitando o poder, de que dispunha, para fazer todo o bem possível, ou se havia de mentir ao seu caráter de governo de revolução, cruzando os braços, com criminosa inércia, diante das necessidades da pátria sacrificadas a supersticiosos escrúpulos de respeito a princípio inaplicáveis em situações extraordinárias e críticas como essa".[44] O orçamento era por ele considerado como "instituição inviolável e soberana", havendo a "necessidade urgente de fazer dessa Lei das Leis uma força da nação".[45]

b) A reconstituição do Estado Fiscal

O Estado de Direito exibe, entre as suas diversas configurações, a do Estado Financeiro ou Fiscal. Além de ser Estado Democrático e Estado Nacional, é Estado Fiscal porque, superando a figura histórica do Estado Patrimonial, estabelece a separação entre o patrimônio de Príncipe e o Tesouro Público e passa a viver muito mais das receitas derivadas do patrimônio particular (tributos) do que das originárias de seu próprio patrimônio (preços públicos, tarifas, reguengos), para atingir o objetivo da maior garantia de direitos. O Estado Fiscal se "constitui" pela Constituição Tributária.

O Brasil se constituíra como Estado Fiscal em 1824, aderindo, embora de modo incipiente, ao liberalismo financeiro e à independência do Tesouro do Estado frente ao Patrimônio do Príncipe. Cumpria à geração de 1889 ampliar esse Estado Financeiro, dando-lhe outra estrutura orçamentária, para compatibilizá-lo com as novas exigências sociais.

Rui teve a plena consciência do desafio lançado pela expansão do Estado Fiscal. Afirmava no Relatório de 1891: "Crescem incessante e enormemente, em todos os países civilizados, os sacrifícios do Tesouro, e isso não só em resultado de causas factícias, anômalas e viciosas, como a hipertrofia das instituições militares e a prodigalidade das maiorias legislativas, como em virtude mesmo da expansão orgânica do Estado moderno, por influxo do desenvolvimento natural da sua vida física, moral e econômica".[46] Combatia as propostas para a instituição de monopólios estatais, defendendo, ao revés, a cobrança de tributos sobre aquelas atividades, argumentando que o intervencionismo direto apenas se poderia sustentar "no seio de

43 OSCAR BORMANN, I, p. IX: "Rui percebeu de logo que não se demoraria no poder, e cuidou de pôr em obra um vasto plano de administração e finanças, adequado à situação ainda incerta que o advento da república estabelecera".

44 VIII, p. 5.

45 VIII, p. 361.

46 VIII, p. 132.

povos, como o alemão, cujas predisposições orgânicas o inclinam talvez instintivamente para esse resultado, não obstante as reações da consciência liberal, que o dificultam". [47] E acusava: "como as finanças são o nervo dos Estados, é no terreno das finanças que, desde os primeiros meses da República, se abriu contra nós o fogo da reação". [48] Observava que a estrutura tributária influía sobre a própria organização política: "É curioso notar como a liberdade do comércio interior anda sempre associada à consolidação das nacionalidades fracas e dissolvidas em nações homogêneas e fortes". [49]

c) As relações entre Finanças, Economia e Política

Se as finanças públicas são um dos elementos que "constituem" o Estado de Direito, claro está que se relacionam intimamente as Finanças, a Economia e a Política, sob a inspiração dos valores do Direito.

Rui Barbosa, a rigor, não se preocupou com questões econômicas gerais. Sua atenção se concentrava sobre a economia financeira e a sua juridicidade.

A intimidade entre a Economia e as Finanças, de um lado, e a Política, de outro, é ressaltada constantemente em sua obra. [50] No Relatório de 1891 salientava, com referência à proteção alfandegária: "O desenvolvimento da indústria não é somente, para o Estado, questão econômica: é, ao mesmo tempo. uma questão política". [51] E, logo adiante, proclamava: "Nenhuma instituição é mais relevante, para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentária". [52]

No plano teórico adotou sempre a atitude multidisciplinar, recorrendo simultaneamente aos cultores do Direito, das Finanças Públicas e da Economia Política. Eis um exemplo de seu modo de argumentar: "Se dos economistas, estatísticos e financeiros passarmos aos jurisconsultos e comercialistas a linguagem é a mesma". [53]

d) A proteção da liberdade pelas limitações ao poder de tributar

Não poderia se ausentar do pensamento de Rui a proteção das liberdades fundamentais através das limitações ao poder de tributar.

---

47 VIII, p. 110.

48 VIII, p. 361.

49 XII, p. 182.

50 OSCAR BORMANN, I, p. LXIII: "Não seria possível apreciar, com justeza e justiça, a obra financeira do ministro saído de uma revolução, se desatendêssemos às exigências da ordem pública e às conjunturas políticas, predominantes no momento de ser delineada a ação construtiva".

51 VIII, p. 143.

52 VIII, p. 361.

53 XII, p. 46.

Delas cuidou, inicialmente, nas emendas apresentadas ao projeto da Constituição de 1891. O art. 10, prevendo que "é proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente", resultou de sua emenda, que tinha a seguinte redação: "É proibido aos Estados tribular, ou embaraçarem, por qualquer gravame regulamentar, ou administrativo, atos, instituições ou serviços estabelecidos pelo governo da União". O art. 11 da Constituição de 1891 baseou-se inteiramente na emenda apresentada por Rui, e vedava aos Estados, como à União: "1.º — criar impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para o outro, sobre produtos de outros Estados da República, ou estrangeiros, e bem assim sobre os veículos, de terra e água, que os transportarem; 2.º — estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos". [54]

Posteriormente, em inúmeras ocasiões, pôs-se Rui Barbosa a comentar e interpretar o alcance daqueles dispositivos, ligando-os sempre ao problema da liberdade, prioritário no Estado de Direito.

Ponto dos mais importantes, esquecido freqüentamente no constitucionalismo posterior, era o de que as imunidades fiscais e as limitações ao poder de tributar, explicitadas pela Constituição, tinham eficácia meramente *declaratória*, porque preexistiam ao pacto fundamental. Afirmava: "A proibição instituída no art. 10 da nossa Carta republicana deriva da essência mesma do regime federativo, e não seria menos obrigatória, de parte a parte, entre a União e os Estados, se a lei constitucional, em vez de se declarar, como entre nós se declara, emudecesse neste ponto, como noutros países emudece". [55] E, com apoio na doutrina americana, proclamava: "A imunidade, que no terreno dessas relações, protege a soberania constitucional da União contra os excessos dos Estados emana da própria natureza das coisas". [56]

A proteção constitucional da liberdade se fazia necessária face à vocação do poder tributário, se não limitado, para destruí-la. Na linha do pensamento de Marshall, de que o poder de tributar é o poder de destruir, dizia Rui: "O direito de taxar, no Governo a quem se delegou, é uma função legislativa, contra cujos abusos não existe corretivo possível. A autoridade competente para lançar o tributo é a única habilitada a lhe determinar o peso. No exercício legítimo desse poder cobram indistintamente o imposto fiscal, o imposto protecionista, o imposto proibitivo". [57]

A imunidade do art. 11, 1.º, visava a proteger a liberdade de locomoção e de comércio interestadual: "Se a cabotagem pode ser contrariada, extenua-

54 Cf. RUI BARBOSA, VI, p. 14 e 15.

55 XI, vol. I, p. 345.

56 Ibid., p. 347.

57 XII, p. 143.

da, paralisada, arbitrariamente pelos Estados, a cabotagem não é *livre*, como a proclamou o art. 7.º, n.º 2". [58]

A liberdade religiosa é que inspirou a redação do art. 11, 2.º, que vedava aos entes políticos estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos. Lembrando que houve nos Estados Unidos seitas que advogaram a tributação dos cultos, ensinava Rui em 1903, no discurso no Colégio Anchieta de Friburgo: "O que lá (Estados Unidos) se não toleraria, nem a nossa Constituição tolera, é estabelecer distinções legais entre confissões religiosas, sustentar a instrução ou culto religioso à custa de impostos, obrigar à freqüência dos templos ou à assiduidade nos deveres da fé, criar embaraços de qualquer natureza ao exercício da religião, contrariar de algum modo a liberdade de consciência, a expressão das crenças, ou a manifestação da incredulidade, nos limites do respeito às crenças e à liberdade alheias". [59]

Rui também soube ver, pioneiramente, que a liberdade individual exige a vedação de o poder tributário se estender ao mínimo indispensável à subsistência: "Considero absoluta a necessidade de não submeter à ação do imposto direto o mínimo necessário à existência (*Existenzminimum*) nas classes mais desfavorecidas. Certamente esse mínimo, se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável. Mas há possibilidade de apreciações aproximativas, que financeiros e legisladores têm considerado suficientes, para dar satisfação, ao menos relativa, às exigências da eqüidade". [60]

e) O sistema tributário

Defendeu Rui Barbosa, ao longo desses anos, a criação de um sistema tributário moderno, baseado nas novas percepções da Ciência Financeira, ajustado à realidade do País e capaz de consolidar a ordem liberal.

A mais importante das idéias por ele defendidas era a da ampliação do rol dos tributos diretos. Dizia no Relatório do Ministro da Fazenda de 1891: "A idéia que tende a se generalizar sob a civilização contemporânea cada vez mais inibida nos ideais democráticos, é a que alarga a importância aos impostos diretos, precisamente como elementos civilizadores, isto é, como exigências do princípio de justiça nas sociedades de mais amplo desenvolvimento moral". [61] Mas não advogava o abandono da tributação indireta, senão que a desejava em equilíbrio com os impostos incidentes sobre a riqueza pessoal do contribuinte: "Discutam embora teoristas a preexcelência entre o imposto indireto e o direto, a verdade prática, a verdade inelutável é que, na situação hodierna das sociedades políticas, essas duas formas de contribuição do indivíduo para a existência do Estado

58 XII, p. 143.
59 XIV, p. 41.
60 VIII, p. 62.
61 VIII, p. 12.

constituem elementos inseparáveis de equilíbrio na organização dos orçamentos". [62]

Contribuição de relevo foi a divulgação da doutrina do imposto de renda e da sua história no direito positivo dos países europeus. Defendeu a sua implantação no Brasil, com ardor: "Das várias formas sob que se pode concretizar a idéia das contribuições diretas, a menos imperfeita, a mais eficaz, e mais justa é a do imposto sobre a renda". [63] Advertia que "enquanto nos não deliberarmos a recorrer a essa forma de imposto, rendas haverá, das mais justamente imponíveis, das mais capazes de suportar o gravame dos encargos do Estado, que escaparão inteiramente aos deveres de cooperação para a subsistência dele". [64] Ofereceu sugestões concretas para a cobrança do tributo, inclusive em seus aspectos técnicos de lançamento e arrecadação". [65]

Manifestava-se Rui em favor de inúmeros tributos, como o imposto sobre álcool [66] e o fumo, [67] os direitos de importação em ouro [68] e o imposto territorial, [69] incluindo no conceito deste último o imposto sobre baldios, [70] manifestação precoce da extrafiscalidade entre nós.

Mas combatia com veemência a cobrança de tributos incompatíveis com a estrutura industrial e liberal do Estado seu contemporâneo. Denunciava: "No Brasil, porém, até hoje, a atenção dos governos se tem concentrado quase só na aplicação do imposto indireto, sob a sua manifestação mais trivial, mais fácil e de resultado mais imediato: os direitos de alfândega". [71] Era adepto da extinção do imposto sobre exportação, [72] pois "os tributos sobre a exportação, no comércio internacional, baixaram à insignificância, e estão circunscritos às nacionalidades subalternas". [73]

f) O federalismo financeiro

O federalismo financeiro, com a justa repartição de despesas e receitas entre a União e os Estados, sensibilizou acentuadamente a obra de Rui nos primeiros anos da República. Defendia a idéia de um federalismo dualista, de inspiração norte-americana, sem exagero centralista ou provincialista e sem guerra tributária entre os Estados-membros.

---

62 VIII, p. 14.
63 VIII, p. 18.
64 VIII, p. 50.
65 VIII, p. 46.
66 VIII, p. 74 e XXII, p. 149.
67 VIII, p. 92 e XVII, p. 210.
68 VIII, p. 153.
69 VIII, p. 69.
70 VIII, p. 72.
71 VIII,.p. 18.
72 VIII, p. 210.
73 XII, p. 32.

Antes de votada a Constituição já advertia para o perigo do excesso da descentralização: "...pronunciando-me assim, me cinjo ao pressuposto de que o Congresso Constituinte não alargue, em matéria de Tributos, a esfera das concessões franqueadas aos Estados pelo projeto. Se o domínio tributário da União for ainda mais desfalcado, se novas fontes de renda se transferirem do governo central para os governos locais, se prevalecerem certas emendas funestas, que parecem esquecerem as necessidades supremas da nossa existência, da nossa solidariedade e da nossa honra como nação, arvorando em princípio absoluto o egoísmo dos Estados — nesse caso a dificuldade será tão grave, que não vejo como o legislador poderia solvê-la imediatamente". [74]

A discriminação de rendas da Constituição de 1891 e a voracidade dos Estados em busca da ampliação de suas fontes merecia críticas constantes: "Aqui, pelo contrário, tudo que os Estados são, devem-no à revolução de 1889 e à Constituição de 1891. Eram províncias centralizadas: elevaram-se a Estados autônomos. Vegetavam à custa das sobras da matéria tributável reservadas nas suas fontes principais ao orçamento geral: hoje dominam independentemente, pela Constituição republicana, um vasto campo tributário. E não lhes basta". [75]

A entrega do imposto de exportação aos Estados também era verberada: "Para saciar a áspera cobiça dos Estados brasileiros já se lhes sortearam, na Constituição, recursos tributários, de que as províncias não gozam em federação alguma. A essa avidez fizemos o sacrifício de um princípio cardeal na economia política moderna: o que condena os impostos de exportação; e agravamos o erro com a inversão de entregar aos Estados uma taxa sob relações internacionais". [76]

Classificava como "enfermidade mortal" para o federalismo o direito de tributação interestadual. [77]

Assunto dos mais polêmicos foi o da monoemissão. Na fase anterior defendera Rui a pluralidade de bancos emissores provinciais, o que levava à excessiva descentralização financeira. Em sua passagem pelo Governo Provisório, depois das hesitações iniciais, acabou por providenciar a publicação do Decreto n.º 1.154, de 7-12-1890, fundamental para a afirmação do federalismo brasileiro, pois unificou a emissão bancária de notas ao portador e à vista. O próprio Rui Barbosa tentou explicar a mudança como mera alteração de enfoque jurídico: [78] antes se pronunciara face à lei então vigente *(de jure constituto)*, mas nunca elevara "semelhante solução à altura de doutrina"; agora se manifestava segundo critério de

74 VIII, p. 7.
75 XII, p. 192.
76 XII, p. 204.
77 XII, p. 27.
78 XII, p. 156.

valor (*de jure constituendo*), convencido de que o federalismo caminhava rapidamente para a centralização.[79]

g) O equilíbrio orçamentário

Para substituir o regime financeiro vigente no Império, baseado no desequilíbrio orçamentário e no permanente recurso aos empréstimos, recomendava Rui a modificação do perfil da receita.

Os empréstimos perpétuos, que funcionavam quase que como um gravame feudal, deveriam ser amortizados e diminuídos, através do aumento dos tributos, que passariam a constituir o principal ítem da receita pública, como ocorria nos países liberais. "O lema do novo regimen" pregava Rui "deve ser, pois, fugir dos empréstimos, e organizar a amortização; não contrair novas dívidas, e reservar, ainda que com sacrifício, nos seus orçamentos, quinhão sério ao resgate".[80]

O equilíbrio orçamentário deveria ser buscado a qualquer título, pois o "desequilíbrio entre a receita e a despesa é a enfermidade crônica da nossa existência nacional".[81]

h) O protecionismo

Na fase anterior do seu liberalismo exaltado Rui defendia, como vimos, o livre-cambismo, com a extinção das barreiras alfandegárias, como recomendavam os economistas ingleses. Depois de sua passagem pelo Ministério da Fazenda, temperou o seu liberalismo livre-cabista,[82] aceitando algumas restrições que vinham sendo colocadas pelo direito americano, até mesmo em defesa do desenvolvimento econômico e da industrialização.[83] Exemplo dessa política foi a instituição do imposto de importação pago em ouro. A proteção fiscal, que se justificava para compensar o ingresso tardio do Brasil no ciclo da industrialização, deveria ser "moderada, temporária, mas compensadora".[84]

i) A industrialização e o desenvolvimento econômico

O liberalismo é a ideologia das sociedades industriais.[85] Rui Barbosa, como nosso maior ideólogo liberal, teria que utilizar os instrumentos financeiros para provocar a industrialização do País, em substituição à antiga

---

79 Para as diversas interpretações sobre o episódio dos bancos emissores, Cf. ALIOMAR BALEEIRO, I, p. 61; PINTO DE AGUIAR, I, p. 153.

80 VII, p. 185.

81 VII, p. 17.

82 XII, p. 189.

83 Cf. ALIOMAR BALEEIRO, I, p. 103; HEITOR FERREIRA LIMA, I, p. 132; SAN TIAGO DANTAS, I, p. 33; EVARISTO DE MORAES FILHO, II, p. XVI; NÍCIA VILELA LUZ, I, p. 161.

84 VIII, p. 129.

85 Cf. JOSÉ GUILHERME MERQUIOR, I, p. 125; E. FORSTHOFF, I, p. 35.

estrutura agrária e escravocrata.[86] Dizia no Relatório de 1891: "A República só se consolidará, entre nós, sobre alicerces seguros, quando as suas funções se firmarem na democracia do trabalho industrial, peça necessária no mecanismo do regimen, que lhe trará o equilíbrio conveniente".[87]

Diversas medidas preconizou-as Rui Barbosa para facilitar a industrialização. Uma delas acabamos de examinar: o protecionismo alfandegário. Outra, da maior importância, foi a expansão monetária, tão criticada na época.[88] Finalmente, a política contrária aos fazendeiros, seja reduzindo o fluxo de dinheiro que antes se dirigia no sentido dos seus interesses,[89] seja coarctando os privilégios e isenções assegurados às atividades agrícolas.[90]

j) A separação de poderes

Importantíssima para o liberalismo brasileiro era a doutrina da separação de poderes, que Rui Barbosa divulgou insistentemente, apoiando-se na sua vertente anglo-americana.

A ascendência do Legislativo em tema de exercício do poder tributário, segundo o princípio da legalidade estrita e absoluta, ensinou-a sempre em sua obra.[91]

O judiciarismo em matéria financeira também foi objeto da pregação de Rui Barbosa. O controle jurisdicional das leis inconstitucionais e dos atos administrativos ocupou lugar de destaque em seus escritos, desde a versão pioneira de Marshall até os exemplos mais recentes produzidos pela controvérsia sobre a instituição do imposto de renda nos Estados Unidos.[92]

Notável a sua influência para a criação dos Tribunais de Contas, instrumento indispensável para a moralização da administração financeira.[93]

---

86 Cf. ALIOMAR BALEEIRO, I, p. 102; SAN TIAGO DANTAS, I, p. 31; PINTO DE AGUIAR, I, p. 487; HEITOR FERREIRA LIMA, I, p. 131; NÍCIA VILELA LUZ, I, p. 161.

87 VIII, p. 143.

88 Cf. SAN TIAGO DANTAS, I, p. 31; HUMBERTO BASTOS, I, p. 58; NÍCIA VILELA LUZ, I, p. 164.

89 VII, p. 27.

90 Para defender a cobrança do imposto de renda da agricultura, Rui Barbosa, VIII, p. 54, citava Nabuco: "Os agricultores merecem toda a proteção do Estado; mas não podem querer uma exceção, que os equipare aos indigentes; porque só os indigentes, em virtude do princípio constitucional e da natureza deste imposto, são os isentos".

91 XI, vol. VI, p. 81 e XII, p. 143.

92 IX, p. 52; X, p. 37 e XXIV, p. 173.

93 VIII, p. 361.

5.2. *As influências estrangeiras*

Continuou Rui Barbosa, nessa fase moderada de seu liberalismo, a receber inúmeras influências estrangeiras. Os exemplos americanos deram-lhe a orientação básica no constitucionalismo financeiro. A ciência inglesa repercutiu especialmente no campo da Economia Política, mas não foi desprezível em Direito Público. Rui também se pôs em dia com as literaturas da Itália, Alemanha e França, principalmente a ligada a assuntos econômicos e financeiros. Mesclando, como mesclou, as fontes de sua inspiração, pôde fugir dos dogmas e partir para o trabalho *interdisciplinar*, a abranger o Direito, a Política, a Economia e as Finanças.

O próprio Rui indicava, muita vez, a fonte em que se abeberava. O seu *liberalismo* seguia a vertente moderada anglo-americana, e não a revolucionária francesa: "Os autores da nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar, não eram alunos políticos de Rousseau e Mably, como o nobre Procurador da República: eram discípulos de Madison e Hamilton".[94] Voltava sempre ao problema da origem do *liberalismo*: "A Constituição brasileira bebeu ali (nos Estados Unidos), não em França. Não em França, mas ali, é que lhe havemos de ir buscar as lições, as decisões, as soluções, irritantes, reacionárias, violentas na política francesa e, na americana, eqüitativas, benéficas, pacificadoras".[95] O em que Rui insistia freqüentemente era na necessidade de não se perder de vista as lições do *federalismo fiscal* dos Estados Unidos: "Não me toleram o apelar para a história do regime americano. É que essa história os esmaga, e deve ser dada por suspeita. O nosso federalismo é indígena, é autóctone. Nasceu das pororocas do Amazonas e das lufadas dos pampas. A Constituição americana é estrangeira, para o país que a copiou".[96]

O *constitucionalismo financeiro* de Rui sofreu, por conseguinte, a forte influência do pensamento liberal inglês e americano. A obra de Hamilton, que também foi Ministro da Fazenda nos Estados Unidos, iluminou-lhe permanentemente os escritos.[97] Constitucionalistas eméritos como o conservador Story, os seus contemporâneos Cooley (com as suas obras sobre Direito Tributário e Limitações Constitucionais), Black, Willoughby, Thayer, são constantemente citados em seus trabalhos.[98] Dos constitucio-

94 IX, p. 30.

95 XI, vol. I, p. 374.

96 XII, p. 29.

97 ALIOMAR BALEEIRO, I, p. 95, se alonga no estudo das relações entre os pensamentos de Rui e Hamilton, chamando a atenção para o fato de que, embora Hamilton não primasse pelo liberalismo, apresentava com Rui a afinidade de ter sido o primeiro Ministro da Fazenda de seu país, enfrentando problemas práticos semelhantes.

98 A freqüência das citações desses autores nos livros de Rui Barbosa pode ser verificada nos excelentes índices onomásticos organizados no final dos diversos volumes que compõem as Obras Completas editadas pelo MEC/Casa de Rui Barbosa.

nalistas ingleses as influências mais sentidas são as de Blackstone e de Bryce. Dos franceses tinha especial admiração pelo conservador Tocqueville. Dava pouca importância ao pensamento constitucional financeiro dos alemães.

Múltiplas as influências no campo da *Economia Política* e das *Finanças Públicas*, assim pelas nacionalidades de economistas e financeiros, que pelas suas posições teóricas dentro do liberalismo. Do lado inglês influiu sensivelmente o conservadorismo liberal da obra de Stuart Mill, [99] especialmente pela teoria da utilidade marginal do capital, que lhe daria o embasamento científico para o imposto de renda, [100] pelo protecionismo alfandegário, que permitiria a Rui moderar a posição livre-cambista anterior [101] e pelo deslocamento dos problemas das finanças públicas da órbita da Ética para a da Economia Política, coisa que possibilitaria a Rui mesclar o formalismo constitucionalista com o conteudismo cientificista; McCulloch, discípulo de Ricardo e adepto da teoria da harmonia do *laissez-faire*, foi também muitas vezes citado; Sidgwick, que aprofundou alguns aspectos do liberalismo financeiro, abrindo-o para a consideração do bem-estar social [102], pouquíssimo conhecido no Brasil, também contribui na edificação do pensamento de Rui Barbosa. Da Alemanha se projetaram algumas influências notáveis: von Holst, L. von Stein e Schäffle aparecem constantemente ao longo de sua obra; mas foi sobretudo Wagner (raramente lido no Brasil, então como agora), com a perfeita compreensão da passagem do Estado Patrimonial ao Estado Fiscal e com o deslocar das finanças públicas para as proximidades do político e do social, que contribuiu para que a sua visão sobreexcedesse o mero formalismo jurídico, derivando para a teoria do desenvolvimento econômico, da centralização bancária e do industrialismo. [103] Dentre os italianos tinha apreço por Ricca Salerno e Nitti. Da França veio-lhe a influência de L. Say, pela sua teoria da expansão industrial, e de Leroy-Beaulieu, esta última amortecida no contexto das influências de outras autoridades menos radicais e individualistas. [104]

Insista-se mais uma vez: a influência estrangeira em Rui Barbosa jamais o levou à cópia ou à subserviência cultural. Aproveitou os resultados dos estudos e pesquisas das diversas correntes liberais e de várias ciên-

---

99 Cf. H. M. GROVES, I, p. 38: "He is also an example of a writer with radical ideas and a generally conservative program".

100 VIII, p. 39.

101 VIII, p. 127.

102 Cf. GUNNAR MYRDAL, I, p. 153.

103 Rui Barbosa possuía em sua biblioteca, hoje pertencente à Fundação com o seu nome, a obra completa de Wagner em 5 volumes, na tradução francesa. Embora Wagner se inclua entre os socialistas de cátedra, não foi pelo aspecto intervencionista de seu pensamento que influenciou Rui Barbosa; cf. HUMBERTO BASTOS, I, pp. 16 e 150.

104 Para o exame do individualismo exacerbado de Leroy-Beaulieu, cf. MUSGRAVE/PEACOCK, I, p. XII.

cias, mas não se deixou aprisionar por qualquer delas — nem pelo mero formalismo jurídico, nem pelo cientificismo estéril. Transplantou aquelas orientações para o contexto cultural brasileiro, no afã de revolucionar a estrutura agrária e patrimonial e reconstituir o Estado Fiscal compatível com uma nova sociedade industrial.

5.3. *Rui e os seus contemporâneos*

Resta verificar a repercussão do pensamento de Rui entre os seus contemporâneos.

A Constituição de 1891, em sua parte financeira, é quase toda fruto do seu trabalho. As normas sobre as imunidades tributárias e sobre as garantias dos direitos individuais surgiram de sua pena. A discriminação de rendas afinal aprovada originou-se do projeto do governo, com a participação de Rui; trazia diversas concessões às outras correntes políticas, especialmente quanto à ampliação do poder tributário dos Estados, que passariam a cobrar inclusive o imposto sobre exportação; durante os debates na Constituinte introduziram-se algumas emendas, mas se recusaram aquelas que desnaturariam o projeto, como as apresentadas pelo positivista Júlio de Castilhos,[105] de modo que, basicamente, também prevaleceram as idéias de Rui sobre a partilha tributária.

Se a letra da Constituição de 1891 expressa a vitória do pensamento liberal, a *práxis* constitucional posterior levou o País para a excessiva descentralização, o autoritarismo e o positivismo.[106] Também o constitucionalismo tributário foi grandemente desvirtuado na prática, através da criação de impostos interestaduais e das invasões de competência praticadas deliberadamente pelos Estados-membros, no intuito de alargar as suas receitas.[107]

Após a saída de Rui Barbosa do Ministério da Fazenda retornaram ao Poder os fazendeiros e os grandes proprietários rurais.[108] Com eles retornou a ideologia econômica que identificava a República com os interesses da agricultura, especialmente os do café, e que, sendo a mesma que

---

105 Cf. AGENOR DE ROURE, I, tomo I, p. 113 e seguintes.

106 Cf. NELSON SALDANHA, II, p. 111; VICENTE BARRETO e ANTÔNIO PAIM, I, p. 78; MIGUEL REALE, II, p. 61.

107 Já em 1903 denunciava SERZEDELO CORREIA, I, p. 36: "A experiência de 12 anos do regime atualmente em vigor sobejamente o tem demonstrado. Os Estados têm sofismado o Texto Constitucional e as mais ousadas incursões, no domínio e na esfera de ação da União, se têm operado, com prejuízo das rendas federais e grande dano à produção nacional" ... "Por sua vez, à proporção que diminuem os recursos que daí lhes advém, vão largamente invadindo a esfera da União, já no selo, já no domínio da importação, já, finalmente, na implantação de impostos interestaduais, de modo que os Estados e municípios há em que gênero algum de produção nacional, que em seus territórios penetra, escapa a sanha de se obter receita, aniquilando-se a vida e o sangue da própria nação."

108 Cf. SAN TIAGO DANTAS, I, p. 41.

prevalecera no Império — o liberalismo imaturo — [109] era inócua e desvinculada dos problemas brasileiros. Esse liberalismo individualista tomou várias direções principais.

De um lado assumiu a coloração do *conservadorismo positivista*. O melhor exemplo dessa atitude forneceu-o Murtinho, Ministro da Fazenda no período de 1897 a 1902, que adotou as teorias de Spencer e Darwin a respeito da sobrevivência dos mais aptos, [110] aferrando-se também às idéias de Adam Smith, [111] ou de Leroy-Beaulieu, [112] tudo em descompasso com a realidade brasileira, que clamava por modificações.

Mas o positivismo, na vertente *comteana*, derivou para o fisiocratismo, que melhor se adaptava à estrutura agrícola da economia. A Constituição do Rio Grande do Sul, de 1891, dizia no art. 47, § 1.º: "A exportação de produtos do Estado e a transmissão de propriedades deixarão de ser tributadas, logo que a arrecadação do imposto chamado territorial estiver convenientemente regularizada." Pregava-se a volta a Quesnay e proclamava-se que a terra é a fonte originária da vida e de todas as riquezas. [113]

O ruralismo antiindustrialista revestiu ainda a forma de *nacionalismo* exacerbado, especialmente na obra de Alberto Torres, que criticava a urbanização, a invasão do capital estrangeiro e a imigração. [114]

Mas até na literatura, como argutamente observou Nícia Vilela Luz, [115] houve o retorno aos *sertões*, principalmente com Euclides da Cunha e Coelho Neto.

Resumindo, o liberalismo financeiro de Rui Barbosa favoreceu a reconstituição do País e o reconhecimento dos direitos individuais imunes à ação estatal. No plano das idéias, contudo, foi eclipsado pelo positivismo posterior, com as suas raízes autoritárias e ultrafederalistas. De qualquer forma, o conservadorismo positivista teve que atuar nos lindes do constitucionalismo liberal traçado por Rui, o que o impediu de alcançar as dimensões e as conseqüências dos positivismos estrangeiros.

---

109 Cf. NELSON SALDANHA, I, p. 184.

110 Cf. NÍCIA VILELA LUZ, I, p. 32.

111 VIEIRA SOUTO, I, p. 350, adepto da industrialização do país, dizia de Murtinho: "O atual Ministro da Fazenda pretende que a Nação deve restringir suas despesas ao produto dos impostos anualmente arrecadados. Era, há quase dois séculos, a opinião de David Hume e Adão Smith na Inglaterra, e de Baptiste Say, na França; porém então a Economia Política ainda não era uma ciência, ou achava-se no estado de infância".

112 VIEIRA SOUTO, I, p. 352, afirmava, referindo-se a Murtinho, que era de Leroy-Beaulieu "a única opinião que S. Exª costuma acatar".

113 Cf. JOAQUIM LUIS OSÓRIO, I, p. 191.

114 I, p. 207: "Nosso país tem de ser, em primeiro lugar, um país agrícola. Fora ridículo contestar-lhe esse destino, diante de seu vasto território."

115 I, p. 95.

6. *A fase do liberalismo social*

6.1. *A obra de Rui*

Na última fase de sua vida, depois da 1.ª Grande Guerra, o liberalismo de Rui se volta para o social. As profundas modificações por que passava o capitalismo, as reivindicações das classes populares e as novas idéias políticas e econômicas levaram-no a introduzir no seu liberalismo a preocupação com os direitos sociais, a justiça fiscal e a democracia social.[116] O seu constitucionalismo financeiro se abre para o aprofundamento das relações entre legalidade e liberdade e entre fiscalidade e política, para novas indagações sobre os limites da justiça tributária, para outra compreensão da liberdade religiosa e para a meditação a respeito do financiamento dos direitos sociais.

O princípio da *legalidade tributária,* que era uma antiga e permanente preocupação sua, ganha novo balizamento. Sobre o problema da legalidade da tributação, aliás, escreveu Rui algumas das páginas mais importantes jamais escritas entre nós. Dizia que na "propriedade só a lei pode tocar, e, ainda assim, debaixo das ressalvas constitucionais, quer quanto à desapropriação, quer quanto ao imposto, seja qual for", aduzindo: "só a lei; porque a lei representa o concurso dos contribuintes, a sua generalidade, a sua comunidade, a sua totalidade, assentindo no encargo, a que deliberaram ficar adstritos nos seus bens e pessoas."[117] Mas colocava a legalidade sempre como moldura para a garantia da liberdade.[118]

A lei, por conseguinte, não tinha a sacralidade que lhe atribuía o positivismo. Valia na medida em que garantisse a *liberdade* e fosse instrumento para se alcançar a *justiça;* em caso contrário, ninguém estava obrigado a pagar tributos. É muito clara, nesse sentido, a lição de Rui". "Comem-vos os parasitas, comendo-vos o imposto? Pois é cortardes os mantimentos aos parasitas. Já vô-lo disse. Como? Recusando-vos a pagar os tributos legais? Não: apoderando-vos, pelas urnas, da função legislativa, que é a função do imposto. Quem o não vota, não pode ser obrigado a pagá-lo.[119] Mas ia além, defendendo até a legitimidade do *direito de resistência à opressão fiscal:* "Agora, se vos enxotarem das urnas, se vos

---

116 Na obra fundamental desse período, que é a conferência intitulada: A Questão Social e Política no Brasil (XXIX, p. 19), dizia Rui: "A concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transformação incomensurável nas noções jurídicas do individualismo, restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais". E, logo adiante: "O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana. Estou, senhores, com a democracia social".

117 XXVIII, p. 212.

118 XXVIII, p. 190.

119 XXIX, p. 56.

tangerem do Parlamento, e, salteando a soberania nacional, vos exigirem impostos, que não votastes, porque não elegestes a quem os votou, isso é outro caso. Com salteadores, como com salteadores. Na guerra, como na guerra. O povo não é obrigado a pagar senão o imposto que votou". [120]

O tributo ganha, desse modo, uma nova e dilargada dimensão *política*. Ao recusar a Presidência da Comissão de Finanças do Senado afirmou Rui Barbosa: "Separando-se os dois termos, agravando-se a carga tributária, ao mesmo tempo que se dilatam *sine die* as reformas políticas, o problema não tem solução, que satisfaça ao bom senso, que tranqüilize a justa ansiedade popular". [121] Mas a política deve ser entendida em sua acepção nobre, pois com a política miúda e partidária, com a "politicalha", não pode se imiscuir o Tesouro Público. [122]

Por isso mesmo defendia a reforma da Constituição Financeira, opondo-se à crença "de que a cura dos nossos males políticos e a restauração financeira do País impõem, atualmente aos estadistas brasileiros, o respeito absoluto ao *status quo* no sistema das nossas leis fundamentais". [123]

Outra modificação profunda no pensamento de Rui, nessa fase, como tem sublinhado Evaristo de Moraes Filho, [124] deu-se com a atitude frente à religião, que perdeu o seu sabor anticlerical. Por evidente que a nova postura teria que influir sobre a doutrina a respeito das relações entre a *liberdade religiosa e o financiamento estadual*. Desafiando a opinião de João Barbalho, defendeu Rui que as subvenções às escolas de corporações religiosas não eram inconstitucionais, porque não se subsumiam no conceito de culto ou igreja aos quais o art. 72, § 7.º, da Constituição vedava o auxílio estatal: "Mas, praticados excepcionalmente, quando as circunstâncias da administração a induzirem a utilizar os serviços de certos estabelecimentos particulares, com os quais os seus não se possam igualar, ou para fazer as vezes dos quais não tenha meios de criar institutos congêneres, de tipo leigo, tal providência não reveste a expressão de subsídio ao desenvolvimento de *culto ou igreja* alguma, nem estabelece dependência nenhuma entre uma igreja ou culto e o governo". [125] E proclamava: "A nossa lei constitucional não é nem anti-religiosa, nem irreligiosa". [126]

Importantíssima, também, a virada de Rui Barbosa no sentido da intervenção do Estado no *financiamento dos direitos sociais*. Recusava o maximalismo, manifestando-se contra "as maximalices de uma política exatamente igual às de cujas entranhas têm saído todos os *ismos* revolucionários

120 XXIX, p. 56.
121 XXX, p. 221.
122 XXIX, p. 56.
123 XXX, p. 220.
124 I, p. 70.
125 XXVII, p. 182.
126 XXVII, p. 170.

e subversores, desde o niilismo até o bolcheviquismo".[127] Repudiava a substituição do Estado Fiscal pelo Estado-empresário, ao dizer que "os operários não melhorariam, se, em vez de obedecer aos capitalistas, obedecessem aos funcionários do Estado socializado".[128] Mas defendia, por exemplo, o financiamento de casas populares,[129] reformulando posição anterior,[130] quando colocara entraves a limitações do direito de propriedade. E denunciava que "dar liberdade ao negro, desinteressando-se, como se desinteressavam absolutamente da sua sorte, não vinha a ser mais que alforriar os senhores", acrescentando que "nenhuma providência administrativa, econômica ou moral, se estudou ou tentou, para salvar do total perdimento esses valores humanos, que soçobravam. Nem a instrução, nem a caridade, nem a higiene intervieram de qualquer modo".[131]

Anote-se, ainda, a relevante contribuição de Rui concernente ao *sistema tributário*. Introduziu no Brasil as novas idéias sobre a categorização dos tributos, o que teve enorme importância para a própria configuração do Estado Fiscal e para o balizamento dos limites do intervencionismo na economia. A ele se devem as mais perfeitas conceituações das taxas como remuneração de serviço público essencial: "Ora, desde que o serviço taxado seja *indispensável* ao indivíduo, que não possa dele prescindir, *obrigatória vem a ser a taxa,* a ele inerente, taxa cujo pagamento não se pode evitar, não se podendo evitar o serviço, dela inseparável".[132] E estabelecia desse modo a distinção, fundamental para o liberalismo financeiro, entre imposto e taxa: "O imposto, obrigatório, independentemente da prestação de serviços correlativos; a taxa, obrigatória, pela obtenção de serviços, que, para o contribuinte, constituem necessidade inevitáveis".[133]

6.2. *As influências estrangeiras*

Na última fase de sua vida Rui Barbosa manteve o seu liberalismo afinado com duas grandes orientações: a da pesquisa multidisciplinar e a da variedade de fontes nacionais. Tinha em alta conta, por exemplo, figuras como a de GASTÃO JÉZE, "com a sua competência primacial, a um tempo, de constitucionalista insigne e insigne financista".[134] Recorria, por outro lado, a juristas e economistas de diversas nacionalidades, preponderando os da língua inglesa, mas comparecendo também os franceses, italianos e alemães.

---

127 XXIX, p. 56.
128 XXIX, p. 52.
129 XXIX, p. 25.
130 Cf. EVARISTO DE MORAES FILHO, II, p. XVII.
131 XXIX, p. 14.
132 XXVIII, p. 197.
133 XXVIII, p. 220.
134 XXVIII, p. 192.

No campo do *direito* denotava a influência dos juristas que se voltavam para o estudo do social, sem, todavia, se deixar seduzir pelos sociologismos e institucionalismos. Passou a citar, regularmente, as obras de Duguit, Esmein, Hauriou, Arangio-Ruiz, Cammeo e Orlando. Foi dos primeiros a divulgar as idéias de Myrbach-Rheinfeld e de Otto Mayer com relação ao Direito Financeiro.[135]

Entre os economistas e "financeiros", ao lado de velhas admirações como a que nutria por Wagner, incluiu Jéze, Adams e Seligman.

Com essas novas idéias sobre as relações entre Direito e Sociedade e sobre as categorias básicas do Direito Financeiro pôde aproximar o seu liberalismo da realidade econômica da época, abrindo-o na direção da democracia social e do Estado Fiscal.

6.3. *Rui e os seus contemporâneos*

Como havia acontecido nas fases anteriores, a obra de Rui não repercutiu com intensidade sobre o pensamento constitucional financeiro daquela época. Já se ensaiavam no Brasil os primeiros passos para o intervencionismo estatal direto e indireto na economia.

O castilhismo atribuía relevância excepcional às finanças públicas, única atividade estatal que no Rio Grande do Sul passava pelo crivo do Legislativo. Borges de Medeiros afirmava, em 1916, que "a composição do orçamento e a votação do imposto envolvem uma questão capital para a sociedade e mais importante do que a própria controvérsia sobre as formas de governo".[136]

A teorização do estatismo e do patrimonialismo ganhava vigor na obra de Aarão Reis, que, com enfoque cientificista de engenheiro, se dedicava ao Direito Administrativo[137] e à Ciência das Finanças.[138]

Outra orientação digna de nota era a dos professores de economia do Rio Grande do Sul, que sofriam a influência do socialismo de cátedra de Wagner.[139]

Os juristas e financistas brasileiros dessa época, por conseguinte, quase todos sensibilizados pelo positivismo e pelo sociologismo, pouca atenção

---

135 Para a freqüência das citações, cf. o índice onomástico organizado no final do vol. XLV, 1918, tomo I, das OCRB.

136 Cf. JOAQUIM LUIZ OSÓRIO, I, p. 180.

137 I.

138 II, p. 281: "Donde a conclusão de que o desenvolvimento progressivo dos recursos e das despesas do Estado — em sua tendência socialista — é benéfico sempre que a respectiva aplicação é *econômica* e *social*, isto é, realizada em proveito eficiente dos grandes e reais *interesses coletivos nacionais*, com *orientação política* acertada e firme e com *atividade administrativa* contínua e progressiva".

139 Cf. HEITOR FERREIRA LIMA, I, p. 157.

dedicavam à obra de Rui Barbosa. Deu-se, no plano teórico, o mesmo ofuscamento e a mesma resistência observados no domínio da prática política e financeira.

7. *O destino do liberalismo financeiro de Rui Barbosa*

Nestes 60 anos que se seguiram à sua morte a obra de Rui Barbosa tem encontrado horas de esquecimento e crítica e, outras, de encômios e defesa. Tudo a depender do momento histórico brasileiro de autoritarismo ou de liberalismo, de cientificismo ou de humanismo.

7.1. *Influências sobre o constitucionalismo financeiro*

A obra de Rui exerceu grande influência sobre o constitucionalismo financeiro posterior, se bem que às vezes tal repercussão tenha sido extremamente retardada.

O imposto de renda, por exemplo, foi implantado a partir de 1924, depois que várias vozes se ouviram em seu favor.

Mas o imposto de exportação apenas se transferiu para a competência da União com a reforma constitucional de 1966 (Emenda n.º 18).

A discriminação de rendas também conheceu as suas vicissitudes. O excesso de descentralização, combatido tão veementemente por Rui Barbosa, foi substituído pelo exagero oposto, do centralismo exacerbado do regime de 1930/45. Em 1946 tentou-se, sob a inspiração de idéias liberais, um novo equilíbrio de rendas. Mas com a Constituição de 1967/69 voltou-se à desmesurada centralização de recursos em mãos da União.

O sistema tributário também só começou a encontrar uma certa possibilidade constitucional de equilíbrio entre tributação direta e indireta a partir de 1965.

As garantias constitucionais das liberdades, que ingressaram na Constituição de 1891 por sugestão de Rui, foram ampliadas em 1946, daí passando para o texto de 1967/1969.

O protecionismo ganhou a partir de 1965 uma regulamentação mais aberta, que permite a sua utilização conjuntural.

O desenvolvimento econômico adquiriu foros de princípios constitucionais.

A idéia de Constituição Tributária e de Estado Fiscal também teve os seus azares. A partir de 1930 entrou em refluxo, com o advento do Estado Intervencionista e Autoritário. Em 1946 recobrou as suas forças, pela Constituição Liberal, mas não contou com os instrumentos jurídicos necessários para consolidar o modelo. Depois de 1964 voltou a prevalecer o Estado-Empresário, Intervencionista e Autoritário, minimizadas as fontes tri-

butárias pela avalanche dos ingressos patrimoniais, às vezes travestidos de entradas fiscais.

7.2. *Repercussões sobre o pensamento brasileiro*

Na história das idéias a obra de Rui Barbosa sofreu diversas interpretações, ora favoráveis, ora profundamente desvalorizadoras.[140]

Todo o movimento cultural que se seguiu à morte de Rui, de cunho historicista e sociologista, preocupado com o nacionalismo ou com a "realidade brasileira", como, por exemplo, o que se expressa na obra de Oliveira Viana, foi extremamente hostil ao legado de Rui. As acusações menores eram as de que a sua obra representava o mero bacharelismo e o formalismo jurídico, escrava das culturas estrangeiras e desvinculada dos problemas brasileiros. Essa interpretação, que afinal de contas se baseava também em idéias estrangeiras[141] — as do estéril sociologismo — serviu para denegrir a figura de Rui, ao mesmo tempo em que se filiava à corrente intelectual que se responsabilizaria pelo surgimento do autoritarismo, do centralismo financeiro, do intervencionismo estatal na economia e do paternalismo social.

Só com a retomada do liberalismo, no regime de 1946, revalorizou-se a obra de Rui no campo financeiro. Aliomar Baleeiro, que fôra na Constituinte o Relator da Subcomissão de Discriminação de Rendas e que se destacou pelas suas posições liberais, escreveu em 1952 o trabalho sobre "Rui, um Estadista no Ministério da Fazenda".[142] A notável conferência de San Tiago Dantas, que versou sobre um dos momentos importantes de Rui Barbosa — o da renovação da sociedade[143] — também é dessa época (1949) e projetou nova luz sobre o papel revolucionário por ele desempenhado na história econômica e financeira do Brasil. Mas outras obras de valor vieram à publicidade no mesmo período, sendo de ressaltar as de Humberto Bastos[144] e Oscar Bormann.[145] Tudo isso sem esquecer as biografias fundamentais escritas por João Mangabeira[146] e Luiz Viana Filho,[147] onde se colhem preciosas lições sobre o pensamento financeiro de Rui, e a interpretação de Miguel Reale sobre a filosofia.[148]

---

140 Cf. NELSON SALDANHA, I, p. 163.

141 Id., ibid., p. 167: "... os representantes da sociologia engajada — para manter por um instante a referência ao esquema de Guerreiro Ramos — *também* tinham leituras estrangeiras, e se moviam também por influência de conceitos "importados".

142 I.

143 I.

144 I.

145 I.

146 I.

147 I.

148 I.

No regime inaugurado em 1964, com o seu afastamento das idéias do liberalismo e o seu engajamento no centralismo financeiro, no desenvolvimentismo e no dirigismo estatal, houve o quase absoluto esquecimento da obra de Rui. Prevaleceu, no período, o pensamento positivista, tanto na vertente sociológica quanto na do positivismo lógico, desvinculado dos valores e com a preocupação cientificista, que forneceu a base teórica para a elaboração da Emenda Constitucional 18/65 e a Constituição Tributária de 1967/69, o Código Tributário Nacional (1966) e inúmeras outras leis financeiras

7.3. *Presente e futuro*

Com o retorno dos ideais liberais e com o desaparecimento do regime autoritário e centralizador era natural que se reacendesse o interesse pela obra de Rui, inclusive em busca de novos rumos para o País: a sua *reconstituição política, cultural, econômica* e *financeira*. Surgiram nos últimos anos obras fundamentais como as de Pinto de Aguiar,[149] Nelson Saldanha,[150] Evaristo de Moraes Filho[151] e Miguel Reale,[152] além de reinterpretações da história das idéias econômicas,[153] todas voltadas para a recuperação dos ensinamentos básicos de Rui Barbosa e para o seu ajustamento às necessidades atuais do nosso liberalismo.

Se as lições liberais de Rui mantêm uma atualidade muito grande face à nova situação do Brasil, não é menos verdade que consonam também com a renovação universal das idéias liberais, máxime com a sua vertente do liberalismo social. Até porque a afasia no discurso da liberdade ocorrida no Brasil em alguns momentos da nossa vida republicana, também aconteceu em outros países, que atravessaram as suas fases de predomínio do positivismo legalista ou do positivismo ilustrado à moda de Keynes. De qualquer forma, após a 2.ª Grande Guerra, e, especialmente, depois da crise do petróleo de 1973, reafirmou-se o liberalismo social em todo o mundo, o que vem demonstrar a modernidade do nosso primeiro Ministro da Fazenda.

A afirmativa de que a atividade financeira é problema eminentemente político, tão cara a Rui, que deve ser resolvido na Constituição Financeira, expressam-na freqüentemente os liberais modernos.[154]

---

149 I.

150 I.

151 I e II.

152 II.

153 Cf. HEITOR FERREIRA LIMA, I.

154 Cf. G. STRICKRODT, I, p. 8, que já no título do livro trata a Constituição Financeira como problema político.

Defende-se a reconstituição financeira dos países capitalistas, através de um novo contrato constitucional que redefina os limites da liberdade e amplie as garantias da justiça social.[155]

Prega-se a organização de sistemas tributários equilibrados, em que os impostos diretos tenham peso maior, mas em que também não desapareça a tributação indireta.[156]

Luta-se por um federalismo de integração, com a repartição equilibrada de receitas e de encargos entre os diversos entes públicos.[157]

Recomenda-se a volta dos orçamentos equilibrados, ultrapassada a visão Keynesiana favorável ao crescente endividamento[158], que, inevitavelmente, leva à bancarrota e ao impasse em que vivemos.

Supera-se o cientificismo positivista, recolocando-se a Economia Financeira e as Finanças Públicas nos quadros da Ética, da Teoria Política, do Direito e da Filosofia.[159]

---

155 Cf. J. BUCHANAN, I, p. 75.

156 Cf. H. HALLER, I, p. 330.

157 Cf. L. TRIBE, I, p. 17.

158 Cf. BUCHANAN/WAGNER, I, p. 264.

159 Cf. O. HÖFFE, I, p. 124; BUCHANAN/WAGNER, I, p. 16; H. M. GROVES, I, p. 4.

8. *Bibliografia*

BALEEIRO, Aliomar. (I) *Rui, um Estadista no Ministério da Fazenda.* Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1952.

BARBOSA, Rui. (I) *Discursos e Conferências.* Porto, Emp. Literária e Tipografia, 1907.

————. (II) *Discursos na Assembléia Provincial da Bahia.* OCRB, vol. V, 1878, tomo I. Rio de Janeiro, MEC, 1983.

————. (III) *Centenário do Marquês de Pombal.* OCRB, vol. IX, 1882, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1948, p.. 187-232.

————. (IV) *Queda do Império.* OCRB, vol. XVI, 1889, tomo II, Rio de Janeiro, MEC, 1947.

————. (V) *Queda do Império.* OCRB, vol. XVI, 1889, tomo VII. Rio de Janeiro, MEC, 1947.

————. (VI) *A Constituição de 1891.* OCRB, vol. XVII, 1890, tomo I. Rio de Janeiro, MEC, 1946.

————. (VII) *Relatório do Ministro da Fazenda.* OCRB, vol. XVIII, 1891, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1949.

————. (VIII) *Relatório do Ministro da Fazenda.* OCRB, vol. XVIII, 1891, tomo III. Rio de Janeiro, MEC, 1949.

———. (IX) *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal.* Rio de Janeiro, Companhia Impressora, 1893.

———. (X) *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional.* Rio de Janeiro, 1910.

———. (XI) *Comentários à Constituição Federal Brasileira,* coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo, Saraiva, 1934.

———. (XII) *Impostos Interestaduais.* OCRB, vol. XXIII, 1896, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1950.

———. (XIII) *Finanças e Política da República.* Rio de Janeiro, Cia. Impressora, 1892.

———. (XIV) *Palavras à Juventude.* Rio de Janeiro, Org. Simões, 1955.

———. (XV) *Filiais de Companhias Estrangeiras Estabelecidas no Brasil.* OCRB, vol. XXIII, 1896, tomo IV. Rio de Janeiro, MEC, 1976, pp. 173-200.

———. (XVI) *Impostos de Importação Interestadual e Liberdade de Comércio.* OCRB, vol. XXIII, 1896, tomo IV, Rio de Janeiro, MEC, 1976, pp. 297-314.

———. (XVII) *Imposto sobre o Fumo.* OCRB, vol. XXIII, 1896, tomo IV. Rio de Janeiro, MEC, 1976, pp. 201-218.

———. (XVIII) *Inconstitucionalidade do Decreto nº 1941/1895.* OCRB, vol. XXIII, 1896, tomo IV. Rio de Janeiro, MEC, 1976, p.. 349-364.

———. (XIX) *Prova de Quitação de Imposto Alfandegário.* OCRB, vol. XXIII, 1897, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1952, pp. 9-94.

———. (XX) *Tarifas de Passagens de Carris Urbanos.* OCRB, vol. XXVI, 1899, tomo I. Rio de Janeiro, MEC, 1949, pp. 287-294.

———. (XXI) *Imposto sobre Dividendos.* OCRB, vol. XXVI, 1899, tomo I. Rio de Janeiro, MEC, 1949, pp. 213-222.

———. (XXII) *Imposto sobre o Álcool.* OCRB, vol. XXXI, 1904, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1952, pp. 131-160.

———. (XXIII) *Imposto Territorial.* OCRB, vol. XXXI, 1904, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1952, pp. 99-112.

———. (XXIV) *Imposto sobre Transações Comerciais.* OCRB, vol. XXXI, 1904, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1953, pp. 161-176.

———. (XXV) *Tributação Cumulativa entre o Estado e as Municipalidades.* OCRB, vol. XXXV, 1908, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1963, pp. 193-200.

———. (XXVI) *Imposto sobre Transmissão de Imóvel.* OCRB, vol. XI, 1913, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1962, pp. 119-148.

———. (XXVII) *Subvenções Municipais à Escola de Corporações Religiosas.* OCRB, vol. XLIII, 1916, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1965, pp. 153-197.

———. (XXVIII) *As Docas de Santos e as Taxas de Capatazias.* OCRB, vol. XLV, 1918, tomo I. Rio de Janeiro, MEC, 1967, pp. 105-243.

————. (XXIX) *A Questão Social e Política no Brasil*. São Paulo/Rio de Janeiro, LTR/Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983.

————. (XXX) *Renúncia à Comissão de Finanças*. OCRB, vol. XLIII, 1916, tomo I. Rio de Janeiro, MEC, 1981, pp. 219-221.

BARRETO, Vicente e PAIM, Antonio. (I) "Liberalismo, Autoritarismo e Conservadorismo na República Velha". In: *Curso de Introdução ao Pensamento Político Brasileiro*, Unidade VI, Brasília, EUB, 1982.

BARROS, Roque Spencer Maciel. (I) *Introdução à Filosofia Liberal*. São Paulo, Edusp/Grijalbo, 1971.

BASTOS, Humberto. (I) *Rui Barbosa. Ministro da Independência Econômica do Brasil*. São Paulo, Liv. Martins, 1951.

BORMANN, Oscar. (I) "Prefácio". In: OCRB, vol. XVIII, 1891, tomo II. Rio de Janeiro, MEC, 1949.

BUCHANAN, James M. (I) *The Limits of Liberty*. Chicago, The University of Chicago Press, 1975.

BUCHANAN, James M. e WAGNER, Richard E. (I) *Deficit del Sector Público y Democracia*. Madri, Ed. Rialp, 1983.

FORSTHOFF, Ernst. (I) *El Estado de la Sociedad Industrial*. Madri, IEP, 1975.

GROVES, Harold M. (I) *Tax Philosophers*. Madison, The University of Wisconsin Press, 1974.

HALLER, Heinz. (I) *Die Steuern*. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1964.

HÖFFE, Otfried. (I) *Sittliche — politische Diskurse*. Frankfurt, Suhrkamp, 1981.

LACOMBE, Américo Jacobina. (I) *À Sombra de Rui Barbosa*. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1978.

LIMA, Heitor Ferreira. (I) *História do Pensamento Econômico no Brasil*. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1976.

LINS, Ivan. (I) *História do Positivismo no Brasil*. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1967.

LUZ, Nicia Vilela. (I) *A Luta pela Industrialização do Brasil* (1808 a 1930). São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1961.

MACEDO, Ubiratan Borges de. (I) *A Liberdade no Império*. São Paulo, Ed. Convívio, 1977.

————. (II) "O Visconde do Uruguai e o Liberalismo Doutrinário no Império". In: CRIPPA, Adolpho (coord.). *As Idéias Políticas no Brasil*. São Paulo, Convívio, 1979, vol. I, pp. 193-232.

MENEZES, Djacir. (I) *Prefácio*. In: OCRB, vol. IV, 1877, tomo I. Rio de Janeiro, MEC, 1977, pp. IX-XXIV.

MERQUIOR, José Guilherme. (I) *A Natureza do Processo*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1982.

MORAES FILHO, Evaristo. (I) *Rui Barbosa e a Filosofia Existencial Cristã*. Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1983.

———. (II) "Introdução". In: Rui Barbosa. *A Questão Social e Política no Brasil*. São Paulo/Rio de Janeiro. LTR/Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983.

MUSGRAVE, Richard A. e PEACOCK, Alan T. (I) *Classics in the Theory of Public Finance*. Nova York, The Macmillan Co., 1958.

MYRDAL, Gunnar. (I) *Aspectos Políticos da Teoria Econômica*. Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1962.

OSÓRIO, Joaquim Luis. (I) *Constituição Política do Estado do Rio Grande do Sul: Comentário*. Brasília, EUB, 1981.

PAIM, Antonio. (I) *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. São Paulo, Ed. Convívio, 1984.

PINTO DE AGUIAR. (I) *Rui e a Economia Brasileira*. Rio de Janeiro, FCRB, 1973.

REALE, Miguel. (I) "Posição de Rui Barbosa no mundo da Filosofia". In: *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo, Saraiva, 1956, pp. 244-268.

———. (II) "Momentos Decisivos do Constitucionalismo Brasileiro." *Revista de Informação Legislativa* 77:57-68, 1983.

REIS, Aarão. (I) *Economia Política, Finanças e Contabilidade*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1918.

———. (II) *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro, Oficinas Gráficas Villas-Boas, 1923.

SALDANHA, Nelson. (I) "Rui Barbosa e o Bacharelismo Liberal". In: CRIPPA, Adolfo (coord.). *As Idéias Políticas no Brasil*. São Paulo, Convívio, 1979, vol. I, pp. 163-192.

———. (II) *O Pensamento Político Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

SAN TIAGO DANTAS. (I) "Rui Barbosa e a Renovação da Sociedade". In: *Dois Momentos de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1949.

SERZEDELO CORREA, Inocêncio. (I) *O Problema Econômico no Brasil*. Brasília, Senado Federal, 1980.

STRICKRODT, Georg. (I) *Die Finanzverfassung des Bundes als politisches Problem*. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1951.

TORRES, Alberto. (I) *A Organização Nacional*. São Paulo/Brasília, Ed. Nacional/EUB, 1982.

TRIBE, Laurence H. (I) *American Constitutional Law*. Nova York, The Foundation Press, 1981.

VIANA FILHO, Luiz. (I) *A Vida de Rui Barbosa*. São Paulo, Ed. Nacional, 1949.

VIEIRA SOUTO. (I) "O Último Relatório da Fazenda". In: *As Idéias Econômicas de Joaquim Murtinho*. Brasília/Rio de Janeiro, Senado Federal/Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980, pp. 341-518.

Lei de Revisão Constitucional da República Popular de Angola

ARTIGO 1.º

São aprovadas as alterações à Lei Constitucional constantes do diploma anexo, que faz parte integrante desta Lei.

ARTIGO 2.º

A presente Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Vista e aprovada pela Assembléia do Povo.

Publique-se.

Luanda, aos 6 de Maio de 1991.

O Presidente da República, *JOSÉ EDUARDO DOS SANTOS.*

TÍTULO I

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

ARTIGO 1.º

A República Popular de Angola é uma Nação soberana e independente que tem como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, democrática, de paz, justiça e progresso social.

ARTIGO 2.º

A República Popular de Angola, é um Estado democrático de direito que tem como fundamentos a unidade nacional, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo de expressão e de organização política e o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do homem, quer como indivíduo, quer como membro de grupos sociais organizados.

ARTIGO 3.º

A soberania reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na presente Lei.

O povo angolano exerce o poder político através do sufrágio universal periódico para a escolha dos seus representantes, através do referendo e por outras formas de participação democrática dos cidadãos na vida da Nação.

Leis específicas regulam o processo de eleições gerais.

ARTIGO 4.º

Os partidos políticos, no quadro da presente Lei e das leis ordinárias, concorrem, em torno de um projecto de sociedade e de um programa político, para a organização e para a expressão da vontade dos cidadãos, participando na vida política e na expressão do sufrágio universal, por meios democráticos e pacíficos.

Os partidos políticos devem, nos seus objectivos, programa e prática, contribuir para:

a) a consolidação da Nação angolana, da independência nacional e o reforço da unidade nacional;

b) a salvaguarda da integridade territorial;

c) a defesa da soberania nacional e da democracia;

d) a proteção das liberdades fundamentais e dos direitos da pessoa humana;

e) a defesa da forma republicana e do caráter unitário e laico do Estado.

Os partidos políticos têm direito a igualdade de tratamento por parte das entidades que exercem o poder público, assim como a um tratamento de igualdade pela imprensa, nas condições fixadas pela lei.

A constituição e o funcionamento dos partidos devem, nos termos da Lei, respeitar os seguintes princípios fundamentais:

a) carácter e âmbito nacionais;

b) livre constituição;

c) prossecução pública dos fins;

d) liberdade de filiação e filiação única;

e) utilização exclusiva de meios pacíficos na prossecução dos seus fins e interdição da criação ou utilização de organização militar, paramilitar ou militarizada;

f) organização e funcionamento democrático;

g) proibição do recebimento de contribuições de valor pecuniário e econômico por parte de Governos estrangeiros e instituições governamentais e organizações estrangeiras ou de subordinação a elas.

ARTIGO 5.º

A República Popular de Angola é um Estado unitário e indivisível, cujo território, inviolável e inalienável, é o definido pelos actuais limites geográficos de Angola, sendo combatida energicamente qualquer tentativa separatista de desmembramento do seu território.

ARTIGO 6.º

O Estado exerce a sua soberania sobre o território, as águas interiores e o mar territorial, bem como sobre o espaço aéreo o solo e subsolo correspondentes.

ARTIGO 7.º

Será promovida e intensificada a solidariedade económica, social e cultural entre todas as regiões da República Popular de Angola, no sentido do desenvolvimento comum de toda a Nação angolana.

ARTIGO 8.º

A República Popular de Angola é um Estado laico, havendo uma completa separação entre o Estado e as instituições religiosas.

As religiões são respeitadas e o Estado da proteção às igrejas, lugares e objectos de culto, desde que se conformem com as leis do Estado.

ARTIGO 9.º

O Estado orienta o desenvolvimento da economia nacional, com vista a garantir o crescimento harmonioso e equilibrado de todos os sectores e regiões do País, a utilização racional e eficiente de todas as capacidades produtivas e recursos nacionais, bem como a elevação do bem estar e da qualidade de vida dos cidadãos.

ARTIGO 10.º

O sistema económico assenta na coexistência de diversos tipos de propriedade, pública, privada, mista, cooperativa e familiar, gozando todos de igual protecção. O Estado estimula a participação, no processo económico, de todos os agentes e de todas as formas de propriedade, criando as condições para o seu funcionamento eficaz no interesse do desenvolvimento econômico nacional e da satisfação das necessidades dos cidadãos.

ARTIGO 11.º

A lei determina os sectores e actividades que constituem reserva do Estado.

Na utilização e exploração da propriedade pública, o Estado deve garantir a sua eficiência e rentabilidale, de acordo com os fins e objectivos que se propõe.

O Estado incentiva o desenvolvimento da iniciativa e da actividade privada, mista, cooperativa e familiar criando as condições que permitam o seu funcionamento e apoia especialmente a pequena e média actividade económica, nos termos da lei.

O Estado protege o investimento estrangeiro e a propriedade de estrangeiros, nos termos da lei.

ARTIGO 12.º

Todos os recursos naturais existentes no solo e no subsolo, nas águas interiores, no mar territorial, na plataforma continental e na zona económica exclusiva, são propriedades do Estado que determina as condições do seu aproveitamento, utilização e exploração.

O Estado promove a defesa e conservação dos recursos naturais, orientando a sua exploração e aproveitamento em benefício de toda a comunidade.

A terra, que constitui propriedade originária do Estado, pode ser transmitida para pessoas singulares ou colectivas, tendo em vista o seu racional e integral aproveitamento, nos termos da lei.

O Estado respeita e protege a propriedade das pessoas, quer singulares quer colectivas e a propriedade e a posse das terras pelos camponeses, sem prejuízo da possibilidade de expropriação por utilidade pública, nos termos da lei.

ARTIGO 13.º

São considerados válidos e irreversíveis todos os efeitos jurídicos dos actos de nacionalização e confisco praticados ao abrigo da lei competente.

ARTIGO 14.º

O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades económicas, sociais e administrativas do Estado e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza.

Os impostos só podem ser criados e extintos por lei, que determina a sua incidência, taxas, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes.

ARTIGO 15.º

A República Popular de Angola combate energicamente o tribalismo, o racismo, o regionalismo, o analfabetismo, o obscurantismo e promove o desenvolvimento de uma educação ao serviço do povo e de uma verdadeira cultural nacional.

ARTIGO 16.º

A República Popular de Angola respeita e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas, da Carta da Organização de Unidade Africana, os princípios os Movimentos dos Países Não-Alinhados e estabelecerá relações de amizade e cooperação com todos os Estados, na base dos princípios do respeito mútuo pela soberania e integridade territorial, igualdade, não ingerência nos assuntos internos de cada país e reciprocidade de vantagens.

ARTIGO 17.º

A República Popular de Angola apóia e é solidária com a luta dos povos pela sua libertação nacional e estabelecerá relações de amizade e cooperação com todas as forças democráticas do mundo.

ARTIGO 18.º

A República Popular de Angola não adere a qualquer organização militar internacional, nem permite a instalação de bases militares estrangeiras em território nacional.

TÍTULO II

DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

ARTIGO 19.º

A nacionalidade angolana pode ser originária ou adquirida.

Os requisitos de atribuição, aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade angolana são determinados por lei.

ARTIGO 20.º

O Estado respeita e protege a pessoa e dignidade humanas. Todo o cidadão tem direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, dentro do respeito devido aos direitos dos outros cidadãos e aos superiores interesses da Nação angolana. A Lei protege a vida, a liberdade, a integridade pessoal, o bom nome e a reputação de cada cidadão.

ARTIGO 21.º

Todos os cidadãos são iguais perante a lei e gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, sem distinção da sua cor, raça, etnia, sexo, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, condição económica ou social.

A lei pune severamente todos os actos que visem prejudicar a harmonia social ou criar discriminações e privilégios com base nesses factores.

ARTIGO 22.º

Todos os cidadãos, maiores de 18 anos, com excepção dos legalmente privados dos direitos políticos e civis, têm o direito e o dever de participar activamente na vida pública, votando e sendo eleitos para qualquer órgão do Estado, e desempenhando os seus mandatos com inteira devoção à causa da Nação angolana.

A lei estabelece as limitações respeitantes à isenção partidária dos militares no serviço activo, dos magistrados e das forças policiais, bem como o regime da incapacidade eleitoral dos militares no serviço activo e das forças policiais.

ARTIGO 23.º

A família, núcleo fundamental da organização da sociedade, é objecto de protecção do Estado, quer se fundamente em casamento, quer em união de facto.

O homem e a mulher são iguais no seio da família, gozando dos mesmos direitos e cabendo-lhes os mesmos deveres.

A família, com especial colaboração do Estado, compete promover e assegurar a protecção e educação integral das crianças e dos jovens com vista à sua realização e integração na sociedade.

ARTIGO 24.º

São garantidas as liberdades de expressão, de reunião, de manifestação, de associação e de todas as demais formas de expressão.

A lei regulamenta o exercício dos direitos mencionados no parágrafo anterior.

São interditos os agrupamentos cujos fins ou actividades sejam contrários à ordem constitucional, às leis penais, e os que prossigam mesmo indirectamente, objectivos políticos mais de organizações de carácter militar, para-militar ou militarizado.

ARTIGO 25.º

O direito à organização profissional e sindical é livre, garantindo a lei as formas do seu exercício.

Todos os cidadãos têm o direito à organização e ao exercício da actividade sindical, que inclui o direito à constituição e à liberdade de inscrição em associações sindicais.

A lei estabelece proteção adequada aos representantes eleitos dos trabalhadores contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício das suas funções.

ARTIGO 26.º

Os trabalhadores têm direito à greve.

Lei específica regula o exercício do direito à greve e as suas limitações nos serviços e actividades essenciais, no interesse das necessidades inadiáveis da sociedade.

E proibido o *lock-out*.

ARTIGO 27.º

É garantida a liberdade de imprensa, não podendo esta ser sujeita a qualquer sensura, nomeadamente de natureza política, ideológica e artística.

A lei regulamenta as formas de exercício da liberdade de imprensa e as providências adequadas para prevenir e reprimir os seus abusos.

ARTIGO 28.º

Nenhum cidadão pode ser preso ou submetido a julgamento, senão nos termos da lei, sendo garantido a todos os arguidos o direito de defesa e o direito à assistência e patrocínio judiciário.

O Estado providencia para que a justiça não seja denegada por insuficiência de meios económicos.

A prisão preventiva só é admitida nos casos previstos na lei, que fixa os respectivos limites e prazos.

Ninguém pode ser condenado por acto não qualificado como crime no momento da sua prática.

A lei penal só se aplica retroactivamente quando disso resultar benefício para o arguido.

Os arguidos gozam da presunção de inocência até decisão judicial transitada em julgado.

ARTIGO 29.º

Contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, há *habeas corpus* a interpor perante o tribunal judicial competente, pelo próprio ou por qualquer cidadão.

A lei regula o exercício do direito de *habeas corpus*.

ARTIGO 30.º

Os cidadãos têm o direito de impugnar e de recorrer aos tribunais, contra todos os actos que violem os seus direitos estabelecidos na presente Lei Constitucional e demais legislação.

ARTIGO 31.º

O Estado garante a inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência, com os limites essencialmente previstos na lei.

ARTIGO 32.º

A liberdade de consciência e de crença é inviolável. O Estado angolano reconhece a liberdade dos cultos e garante o seu exercício, desde que não seja incompatíveis com a ordem pública e o interesse nacional.

ARTIGO 33.º

O trabalho é um direito e um dever para todos os cidadãos.

Todo o trabalhador tem direito à justa remuneração, a descanso, a férias, à protecção, higiene e segurança no trabalho, nos termos da lei.

Os cidadãos têm direito à livre escolha e exercício de profissão.

ARTIGO 34.º

O Estado promove as medidas necessárias para assegurar aos cidadãos o direito à assistência médica e sanitária, bem como o direito à assistência na infância, na maternidade, na invalidez, na velhice e em qualquer situação de incapacidade para o trabalho.

A iniciativa particular e cooperativa nos domínios da saúde, previdência e segurança social, exerce-se nas condições previstas na lei.

ARTIGO 35.º

Os combatentes da luta de libertação nacional que ficaram diminuídos na sua capacidade, assim como os filhos menores dos cidadãos que morreram na guerra, deficientes físicos e psíquicos em conseqüência da guerra, gozam de protecção especial a definir por lei.

ARTIGO 36.º

O Estado promove o acesso de todos os cidadãos à instrução, à cultura e ao desporto, garantindo a participação dos diversos agentes particulares na sua efectivação, nos termos da lei.

A iniciativa particular e cooperativa nos domínios do ensino, exerce-se nas condições previstas na lei.

ARTIGO 37.º

A República Popular de Angola deve criar as condições políticas, económicas e culturais necessárias para que os cidadãos possam gozar efectivamente dos seus direitos e cumprir integralmente os seus deveres.

ARTIGO 38.º

O Estado protege os cidadãos angolanos que se encontrem ou residam no estrangeiro, os quais gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a sua ausência do País, sem prejuízo dos efeitos da ausência injustificada prevista na lei.

ARTIGO 39.º

O exercício dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos apenas podem ser limitados ou suspensos nos termos da lei quando ponham em causa a ordem pública, o interesse da colectividade, os direitos, liberdades e garantias individuais ou em caso de declaração do estado de sítio ou de emergência, devendo sempre tais restrições limitar-se às medidas necessárias e adequadas à manutenção da ordem pública, ao interesse da colectividade e ao restabelecimento da normalidade constitucional.

Em caso algum a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência pode afectar o direito à vida, o direito à integridade pessoal e à identidade pessoal, a capacidade civil, a cidadania, a não retroactividade da lei penal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.

Lei específica regula o estado de sítio e o estado de emergência.

TÍTULO III

DOS ÓRGÃOS DO ESTADO

CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS

ARTIGO 40.º

São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembléia do Povo, o Governo e os Tribunais.

A formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na presente lei.

ARTIGO 41.º

Os órgãos do Estado organizam-se e funcionam respeitando os seguintes princípios:

a) os membros dos órgãos representativos são eleitos nos termos da respectiva lei eleitoral;

b) os órgãos do Estado submetem-se à lei, à qual devem obediência;

c) seperação e interdependência de funções dos órgãos de soberania;

d) autonomia local;

e) descentralização e desconcentração administrativa, sem prejuízo da unidade de acção governativa e administrativa;

f) os titulares de cargos políticos respondem civil e criminalmente pelas acções e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, nos termos da lei;

g) as deliberações dos órgãos colegiais são tomadas de harmonia com os princípios da livre discussão e crítica e da aceitação da vontade da maioria.

ARTIGO 42.º

As Assembléias Populares são os órgãos representativos do poder de Estado em cada escalão da divisão político-administrativa do País.

As Assembléias Populares são constituídas por deputados eleitos que respondem nos termos da lei pelo exercício do seu mandato.

ARTIGO 43.º

Os deputados são representantes de todo o povo, sem distinção de raças, de classes sociais, de condição religiosa, ideológica ou política. Lutam pela consolidação da unidade nacional, pelos interesses da Nação e contra todas as manifestações de racismo, tribalismo e regionalismo.

Os deputados servem todo o povo e participam activamente nas actividades das respectivas Assembléias, mobilizando toda a população para as tarefas de reconstrução nacional.

ARTIGO 44.º

Aos deputados é garantida a dispensa da sua aclividade profissional, sempre que necessário, para o cumprimento das suas tarefas nas respectivas Assembléias.

Se as necessidades do trabalho e do exercício do seu mandato o justificarem, os deputados podem ser profissionalizados.

Aos deputados são garantidas condições adequadas ao exercício eficaz das suas funções.

ARTIGO 45.º

O território da República Popular de Angola, para fins político-administrativos, divide-se em Províncias, Municípios, Comunas e Bairros ou Povoações.

CAPÍTULO II

PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ARTIGO 46.º

O Presidente da República é o Chefe de Estado, o Chefe do Governo e o Comandante-em-Chefe das Forças Armadas Angolanas.

O Presidente da República, como Chefe do Estado, simboliza a unidade nacional, representa a Nação no plano interno e internacional e assegura o funcionamento normal dos órgãos do Estado.

Sem prejuízo do disposto no artigo 99.º da presente Lei, o Presidente da República é eleito por sufrágio universal directo e secreto, nos termos da respectiva lei eleitoral.

Só pode ser Presidente da República um cidadão angolano de origem, maior de 35 anos, no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos.

ARTIGO 47.º

O Presidente da República tem as seguintes competências:

a) representar o Estado e o Governo, dirigir a sua política geral e velar pelo cumprimento da Lei Constitucional;

b) dirigir e coordenar a actividade do Governo;

c) nomear e exonerar o Primeiro-Ministro, os Ministros, os Secretários de Estado, os Vice-Ministros, os Governadores e Vice-Governadores de Província, o Procurador-Geral da República, os Vice-Procuradores Gerais e os Adjuntos do Procurador-Geral da República, o Governador e Vice-Governadores do Banco Nacional, o Reitor e Vice-Reitor da Universidade, bem como outras entidades quando assim o determine a lei;

d) nomear os Juízes do Tribunal Popular Supremo para o período a definir por lei;

e) nomear e exonerar os Embaixadores e aceitar as cartas credenciais dos representantes diplomáticos estrangeiros;

f) dirigir na qualidade de Comandante-em-Chefe as Forças Armadas Angolanas, a defesa e segurança nacionais;

g) nomear e exonerar o Chefe de Estado-Maior-General das Forças Armadas Angolanas e os Comandantes dos três ramos das Forças Armadas;

h) promover e despromover, graduar e desgraduar os oficiais generais das Forças Armadas Angolanas;

i) conferir, por iniciativa própria, condecorações militares;

j) presidir ao Conselho de Defesa Nacional;

k) convocar a realização das eleições gerais;

l) designar, de entre os deputados membros da Comissão Permanente, quem o substitua na sua ausência ou impedimento temporário;

m) submeter a referendo, ouvida a Assembléia do Povo, questões de grande relevância e interesse nacional;

n) declarar a guerra e fazer a paz, após a autorização da Assembléia do Povo;

o) indultar e comutar penas;

p) declarar o estado de sítio ou o estado de emergência, nos termos da lei;

q) assinar e fazer publicar no *Diário da República* as leis e resoluções da Assembléia do Povo e da sua Comissão Permanente e os decretos e resoluções do Conselho de Ministros;

r) revogar os actos dos membros do Governo e dos Governadores das Províncias que violem a Lei Constitucional, as leis e demais disposições legais ou que sejam contrários aos interesses gerais do País;

s) exercer todas as demais atribuições previstas na Lei Constitucional.

ARTIGO 48.º

No exercício das suas competências, o Presidente da República emite decretos presidenciais e despachos que serão publicados no *Diário da República.*

ARTIGO 49.º

O Conselho da República é um órgão estatal de consulta do Presidente da República para os assuntos ligados à evolução política da sociedade

angolana, à vida da sociedade civil, à unidade nacional, paz harmonia e estabilidade social.

Lei ordinária determina a composição, atribuições e o funcionamento do Conselho da República.

CAPÍTULO III

ASSEMBLÉIA DO POVO

ARTIGO 50.º

A Assembléia do Povo exprime a vontade soberana do povo angolano e promove a realização dos objectivos gerais da República Popular de Angola.

ARTIGO 51.º

A Assembléia do Povo tem as seguintes competências:

a) alterar e aprovar a Lei Constitucional;

b) aprovar, modificar ou revogar as leis e submetê-las à prévia consulta popular quando o entenda conveniente em atenção à índole da legislação de que se trate;

c) velar pela constitucionalidade das leis e demais disposições legais e exercer o controle geral sobre o cumprimento da Lei Constitucional;

d) aprovar o Plano Nacional e o Orçamento Geral do Estado, bem como os respectivos relatórios de execução;

e) estabelecer e alterar a divisão político-administrativa do País;

f) conceder amnistias;

g) exercer o mais alto controle sobre os actos do Governo e dos demais órgãos do Estado;

h) ratificar e alterar os actos legislativos da Comissão Permanente;

i) revogar ou modificar as deliberações das Assembléias Populares dos escalões inferiores que violem a Lei Constitucional, as leis e demais disposições legais ou sejam contrárias aos interesses gerais do País ou de outras áreas da divisão político-administrativa;

j) revogar ou modificar os decretos e resoluções do Conselho de Ministros que contrariem as leis e resoluções da Assembléia do Povo e da sua Comissão Permanente;

k) apreciar os relatórios de prestação de contas de actividades apresentadas periodicamente pela Comissão Permanente, pelo Conselho de Ministros, pela Procuradoria-Geral da República e pelas Assembléias Populares Provinciais;

l) autorizar o Presidente da República a declarar o estado de sítio e o estado de emergência, definindo a extensão da suspensão das garantias constitucionais;

m) autorizar o Presidente da República a declarar a guerra e a fazer a paz;

n) decretar a mobilização geral em caso de guerra ou agressão iminente;

o) ratificar, aderir e denunciar tratados internacionais nos termos definidos por lei;

p) outorgar condecorações e títulos honoríficos;

q) deliberar sobre outras questões fundamentais da política interna e externa do Estado.

ARTIGO 52.º

A Assembléia do Povo e sua Comissão Permanente emitem, no exercício das suas competências, leis e resoluções.

ARTIGO 53.º

A composição da Assembléia do Povo, a duração do mandato dos deputados e o sistema eleitoral são estabelecidos por lei.

ARTIGO 54.º

A Assembléia do Povo é convocada pelo seu Presidente.

A Assembléia do Povo reúne em sessão ordinária duas vezes por ano e extraordinariamente por iniciativa do Presidente da Assembléia do Povo, da Comissão Permanente da Assembléia do Povo ou de, pelo menos, um terço dos seus deputados.

ARTIGO 55.º

A Assembléia do Povo só pode deliberar, estando presentes mais de metade do número total dos seus membros efectivos.

As deliberações da Assembléia do Povo são tomadas por maioria simples dos votos, excepto no caso de alteração da Lei Constitucional em que é necessária a maioria qualificada de dois terços dos votos do número total dos membros efectivos da Assembléia.

ARTIGO 56.º

As sessões da Assembléia do Povo são públicas, excepto quando, por razões ponderosas a Assembléia delibere dever realizar-se à porta fechada, alguma das suas reuniões.

ARTIGO 57.º

A iniciativa das leis pertence à Comissão Permanente da Assembléia do Povo, aos deputados, às Comissões de Trabalho da Assembléia do Povo, ao Conselho de Ministros e aos Sindicatos.

A iniciativa para alteração da Lei Constitucional cabe ao Presidente da República, à Comissão Permanente da Assembléia do Povo e à maioria de deputados da Assembléia do Povo.

ARTIGO 58.º

A Assembléia do Povo elege Comissões integradas por deputados para a realização de actividades permanentes ou de tarefas específicas.

ARTIGO 59.º

Os deputados da Assembléia do Povo têm o direito, nos termos do Regimento da Assembléia, de interpelar o Conselho de Ministros ou qualquer dos seus membros, bem como de obter de todos os organismos e empresas estatais a colaboração necessária para o cumprimento das suas tarefas.

ARTIGO 60.º

Nenhum deputado da Assembléia do Povo pode ser preso ou submetido a julgamento sem autorização da Assembléia ou da Comissão Permanente, excepto em flagrante delito por crime doloso a que caiba pena maior.

Os deputados não podem ser responsabilizados pelas opiniões que emitam nas sessões dos órgãos representativos que integram.

CAPÍTULO IV

COMISSÃO PERMANENTE DA ASSEMBLÉIA DO POVO

ARTIGO 61.º

A Comissão Permanente é o órgão da Assembléia do Povo que representa e assume as atribuições desta no intervalo das suas sessões, não podendo no entanto:

a) proceder à alteração da Lei Constitucional;

b) autorizar o Presidente da República a declarar a guerra;

c) alterar a divisão político-administrativa do país;

d) ratificar, aderir e denunciar tratados internacionais.

ARTIGO 62.º

A Comissão Permanente é composta pelo Presidente da Assembléia do Povo e por mais vinte e nove deputados eleitos, sob proposta da Assembléia do Povo e da sua Mesa.

A Comissão Permanente é presidida e convocada pelo Presidente da Assembléia do Povo.

ARTIGO 63.º

A Comissão Permanente responde perante a Assembléia do Povo, devendo apresentar anualmente relatório de prestação de contas da sua actividade.

CAPÍTULO V

GOVERNO

ARTIGO 64.º

O Conselho de Ministros é o órgão superior da administração do Estado e constitui o Governo da República Popular de Angola.

A composição do Conselho de Ministros é determinada por lei.

ARTIGO 65.º

A lei pode estabelecer um órgão permanente, constituído por membros do Conselho de Ministros, que exerçam as funções deste no intervalo das suas sessões.

ARTIGO 66.º

Compete ao Conselho de Ministros:

a) organizar e dirigir a execução da política interna e externa do Estado, de acordo com as deliberações da Assembléia do Povo e da sua Comissão Permanente;

b) dirigir, coordenar e controlar a actividade dos Ministérios e de outros órgãos centrais da administração do Estado;

c) prover a defesa nacional, a manutenção da ordem e segurança internas, bem como à proteção dos direitos dos cidadãos;

d) orientar o desenvolvimento da economia nacional;

e) elaborar os projectos do Plano Nacional e do Orçamento Geral do Estado para aprovação da Assembléia do Povo e organizar, dirigir e controlar a sua execução;

f) elaborar projectos de lei e de resolução para deliberação da Assembléia do Povo;

g) negociar e aprovar tratados internacionais e submetê-los à ratificação ou adesão da Assembléia do Povo, nos termos da lei;

h) regulamentar e executar as leis e resoluções da Assembléia do Povo e da sua Comissão Permanente;

i) exercer a direcção e controlo da actividade administrativa dos órgãos locais do Estado;

j) revogar os actos dos membros do Governo e dos Governadores de Província que violem a Lei Constitucional ou de que contrariem as leis e demais disposições legais, resoluções da Assembléia do Povo e do Conselho de Ministros;

k) propor à Assembléia do Povo a revogação de deliberações das Assembléias Populares que violem a Lei Constitucional, as leis e demais disposições legais que sejam contrárias aos interesses gerais do País ou de outras áreas da divisão político-administrativa.

ARTIGO 67.º

No exercício das suas competências, o Conselho de Ministros emite decretos e resoluções.

ARTIGO 68.º

O Conselho de Ministros responde perante a Assembléia do Povo, devendo apresentar anualmente o relatório de prestação de contas de toda a sua actividade e os relatórios de execução do Plano Nacional e do Orçamento Geral do Estado.

ARTIGO 69.º

Incumbe ao Primeiro-Ministro:

a) apoiar o Chefe do Governo na condução da política geral do Governo;

b) manter permanentemente informado o Chefe do Governo sobre o funcionamento dos órgãos do Governo;

c) exercer as demais funções que lhe sejam delegadas pelo Chefe do Governo ou por lei.

Compete aos Ministros e Secretários de Estado:

a) assegurar sob responsabilidade própria a política definida para o respectivo órgão e a boa execução das leis;

b) assegurar relações de caráter geral entre o Governo e os demais órgãos do Estado.

O Primeiro-Ministro, Ministros e Secretários de Estado emitem decretos executivos e despachos que serão publicados no *Diário da República*.

ARTIGO 70.º

O número, denominação e atribuições dos Ministérios e demais órgãos centrais são determinados por lei.

CAPÍTULO VI

ÓRGÃOS LOCAIS DO ESTADO

ARTIGO 71.º

Os órgãos do Poder do Estado a nível provincial são as Assembléias Populares Provinciais e os respectivos órgãos executivos.

ARTIGO 72.º

As Assembléias Populares promovem, na sua área político-administrativa, a realização dos objectivos do Estado, desenvolvendo as suas actividades com vista ao reforço da unidade nacional e melhoria constante das condições materiais, espirituais e culturais de vida dos cidadãos.

ARTIGO 73.º

As Assembléias Populares deliberam, nos termos da lei sobre matéria que respeitem à sua área político-administrativa.

ARTIGO 74.º

As Assembléias Populares actuam em estreita colaboração com as organizações sociais e apoiam-se na iniciativa e ampla participação dos cidadãos.

ARTIGO 75.º

As Assembléias Populares elegem comissões integradas por deputados para a realização de actividades permanentes ou de tarefas específicas.

ARTIGO 76.º

A Assembléia Popular Provincial elege o seu Presidente de entre os membros que a integram, à execução do Governador da Província.

A Assembléia Popular Provincial é convocada e dirigida pelo seu Presidente.

ARTIGO 77.º

Os órgãos executivos das Assembléias Populares Provinciais são os Governos Provinciais.

Os Governos Provinciais são dirigidos pelos Governadores das Províncias.

ARTIGO 78.º

O Governador da Província é o representante do Presidente da República e do Chefe do Governo na respectiva Província.

O Governador da Província responde perante o Presidente da República, o Conselho de Ministros e a Assembléia Popular Provincial, aos quais deve apresentar periodicamente relatórios de prestação de contas da sua actividade.

ARTIGO 79.º

A composição, atribuições e organização das Assembléias Populares, bem como dos seus órgãos executivos e demais órgãos da administração local do Estado, são fixados por lei.

CAPÍTULO VII

DA JUSTIÇA

ARTIGO 80.º

Incumbe ao Tribunal Popular Supremo e demais tribunais instituídos por lei, exercer justiça em nome do povo.

ARTIGO 81.º

Os tribunais garantem e asseguram a observância da Lei Constitucional, das leis e demais disposições normativas vigentes, a protecção dos direitos fundamentais e interesses legítimos dos cidadãos e das instituições e decidem sobre a legalidade dos actos administrativos.

As decisões dos tribunais são de cumprimento obrigatório para todos os cidadãos e demais pessoas jurídicas e prevalecem sobre as de outras autoridades.

ARTIGO 82.º

Os tribunais sancionam as condutas anti-sociais violadoras da lei e contribuem para a reeducação dos delinquentes e para a educação dos cidadãos com vista ao cumprimento voluntário e consciente da lei.

ARTIGO 83.º

Os tribunais são em regra colegiais e integrados por juízes profissionais e assessores populares, com os mesmos direitos e deveres quanto ao julgamento da causa.

ARTIGO 84.º

No exercício das suas funções, os juízes são independentes e apenas devem obediência à lei.

ARTIGO 85.º

A Procuradoria-Geral da República tem como função principal o controlo da legalidade, zelando pelo estrito cumprimento das leis e demais

disposições legais por parte dos organismos do Estado, entidades económicas e sociais e pelos cidadãos.

A Procuradoria-Geral da República constitui uma entidade orgânica subordinada ao Presidente da República e encontra-se organizada verticalmente, com independência dos órgãos centrais e locais do Estado.

A organização e competência da Procuradoria-Geral da República são fixadas por lei.

ARTIGO 86.º

A Procuradoria-Geral da República responde perante a Assembléia do Povo, devendo apresentar anualmente relatório de prestação de contas da sua actividade.

TÍTULO IV
DEFESA NACIONAL

ARTIGO 87.º

Ao Estado compete assegurar a defesa nacional.

A defesa nacional tem por objectivos garantir a independência nacional, a integridade territorial e a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externa, no quadro da ordem constitucional instituída e do direito internacional.

ARTIGO 88.º

O Conselho de Defesa Nacional é presidido pelo Presidente da República e tem a composição que a lei determinar.

O Conselho de Defesa Nacional é o órgão de consulta para os assuntos relativos à defesa nacional e à organização, funcionamento e disciplina das Forças Armadas, dispondo da competência administrativa que lhe for atribuída pela lei.

ARTIGO 89.º

As Forças Armadas Angolanas, sob a autoridade suprema do Presidente da República, obedecem aos órgãos de soberania competentes, nos termos da presente lei e demais legislação ordinária, incumbindo-lhes a defesa militar da Nação e a garantia da ordem constitucional.

As Forças Armadas Angolanas, como instituição do Estado, são permanentes, regulares e apartidárias.

As Forças Armadas são compostas exclusivamente por cidadãos nacionais, estabelecendo a lei as normas gerais da sua organização e preparação.

ARTIGO 90.º

A defesa da pátria é o direito e o dever mais alto e indeclinável de cada cidadão.

O serviço militar é obrigatório. A lei define as formas do seu cumprimento.

TÍTULO V

SÍMBOLOS DA REPÚBLICA POPULAR DE ANGOLA

ARTIGO 91.º

Os símbolos da República Popular de Angola são a Bandeira, a Insígnia e o Hino.

ARTIGO 92.º

A Bandeira Nacional tem duas cores dispostas em duas faixas horizontais. A faixa superior é de cor vermelho-rubro e a inferior de cor preta e representam:

Vermelho-rubro — O sangue derramado pelos angolanos durante a opressão colonial, a luta de libertação nacional e a defesa da pátria.

Preta — O Continente Africano.

No centro, figura uma composição constituída por uma secção de uma roda dentada, símbolo dos trabalhadores e da produção industrial, por uma catana, símbolo dos camponeses, da produção agrícola e da luta armada e por uma estrela, símbolo da solidariedade internacional.

A roda dentada, a catana e a estrela são de cor armarela, que representam as riquezas do país.

ARTIGO 93.º

A Insígnia da República Popular de Angola é formada por uma secção de uma roda dentada e por uma ramagem de milho, café e algodão, representando respectivamente os trabalhadores e a produção industrial, os camponeses e a produção agrícola.

Na base do conjunto, existe um livro aberto, símbolo da educação e cultura e o sol nascente, significando o novo País. Ao centro, está colocada uma catana e uma enxada, simbolizando o trabalho e o início da luta armada. Ao cimo figura a estrela, símbolo da solidariedade internacional e do progresso.

Na parte inferior do emblema, está colocada uma faixa dourada com a inscrição "República Popular de Angola".

ARTIGO 94.º

O Hino Nacional é "ANGOLA AVANTE".

TÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

ARTIGO 95.º

As leis e os regulamentos em vigor na República Popular de Angola são aplicáveis enquanto não forem alterados ou revogados, e desde que não contrariem a letra e o espírito da presente Lei.

ARTIGO 96.º

Serão revistos todos os tratados, acordos e alianças em que Portugal tenha comprometido Angola e que sejam atentórios dos interesses do povo angolano.

ARTIGO 97.º

A Assembléia do Povo e as Assembléias Populares a nível local, mantêm-se em funcionamento até à investidura dos novos deputados que as integrarem, no quadro da realização das próximas eleições gerais.

ARTIGO 98.º

No período de transição referido no artigo anterior, o Presidente da Assembléia do Povo é o Presidente da República.

Na ausência ou impedimento temporário do Presidente da Assembléia do Povo, as suas reuniões são dirigidas por um membro da Comissão Permanente designado pelo Presidente da Assembléia do Povo.

ARTIGO 99.º

O mandato do Presidente da República vigente à data da publicação da presente Lei, considera-se válido e prorrogado até à tomada de posse do Presidente da República eleito nas próximas eleições presidenciais.

O disposto no artigo 46.º da presente Lei, quanto à eleição do Presidente da República entra em vigor quando da realização das eleições presidenciais mencionadas no parágrafo anterior.

Em caso de morte ou impedimento permanente do Presidente da República a Comissão Permanente da Assembleia do Povo designa de entre os seus membros quem exercerá provisoriamente o cargo, por período não superior a 30 dias, competindo à Assembléia do Povo, sob proposta da Comissão Permanente, eleger um Presidente da República.

ARTIGO 100.º

O presente diploma entre em vigor a zero hora do dia 11 de Novembro de 1975.

Aprovada por aclamação pelo Comité Central do Movimento Popular de Libertação de Angola, em 10 de Novembro de 1975.

Revista e alterada pelo Comité Central do MPLA-Partido do Trabalho, em 11 de Agosto de 1980.

Revista e alterada pela Assembléia do Povo, em 25 de Março de 1991.

Constituição da República de Moçambique

PREÂMBULO

À zero hora do dia 25 de Junho de 1975, o Comité Central da Frente de Libertação de Moçambique (FRELIMO) proclamou solenemente a independência nacional de Moçambique e a sua constituição em República Popular de Moçambique.

Era o culminar de um processo secular de resistência à dominação colonial. Foi a vitória inesquecível da Luta Armada de Libertação Nacional, dirigida pela FRELIMO, que congregou todas as camadas patrióticas da sociedade moçambicana num mesmo ideal de liberdade, unidade, justiça e progresso.

A Constituição então proclamada consagrou o papel determinante da FRELIMO como legítimo representante do povo moçambicano. Sob a sua direcção iniciou-se o processo exaltante de exercício do poder de Estado assente na expressão da vontade popular.

O Estado que criamos possibilitou ao povo moçambicano o aprofundamento da democracia e, pela primeira vez na sua história, o exercício do poder político e a organização e direcção da vida económica e social à escala nacional.

A prática do funcionamento das instituições do Estado e a prática democrática dos cidadãos impôs novas definições e desenvolvimentos.

Após quinze anos de independência o povo moçambicano, usando do seu direito inalienável de soberania, decidido a consolidar a unidade nacional e dignificar o homem moçambicano, adopta e proclama esta Constituição que é a lei básica de toda a organização política e social na República de Moçambique.

As liberdades e os direitos fundamentais que a Constituição consagra são conquistas do povo moçambicano na sua luta pela construção de uma sociedade de justiça social, onde a igualdade dos cidadãos e o imperativo da lei são os pilares da democracia.

Nós, povo moçambicano, determinados a aprofundar o ordenamento da vida política no nosso país, dentro de um espírito de responsabilidade e pluralismo de opinião, decidimos organizar a sociedade de tal forma que a vontade los cidadãos seja o valor maior da nossa soberania.

TÍTULO I
PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I
A REPÚBLICA

ARTIGO 1

A República de Moçambique é um Estado independente, soberano, unitário, democrático e de justiça social.

ARTIGO 2

1. A soberania reside no povo.

2. O povo moçambicano exerce a soberania segundo as formas fixadas na Constituição.

ARTIGO 3

1. O território da República de Moçambique é uno, indivisível e inalienável, abrangendo toda a superfície terrestre, a zona marítima e o espaço aéreo delimitados pelas fronteiras nacionais.

2. A extensão, o limite e o regime das águas territoriais, a zona económica exclusiva, a zona contígua e os direitos aos fundos marinhos de Moçambique são fixados por lei.

ARTIGO 4

1. A República de Moçambique organiza-se territorialmente em províncias, distritos, postos administrativos e localidades.

2. As zonas urbanas estruturam-se em cidades e vilas.

3. A definição das características dos escalões territoriais, assim como a criação de novos escalões e o estabelecimento de competências no âmbito da organização político-administrativa são fixados por lei.

ARTIGO 5

1. Na República de Moçambique a língua portuguesa é a língua oficial.
2. O Estado valoriza as línguas nacionais e promove o seu desenvolvimento e utilização crescente como línguas veiculares e na educação dos cidadãos.

ARTIGO 6

A República de Moçambique tem como objectivos fundamentais:

a) a defesa da independência e da soberania;

b) a consolidação da unidade nacional;

c) a edificação de uma sociedade de justiça social e a criação do bem-estar material e espiritual dos cidadãos;

d) a defesa e a promoção dos direitos humanos e da igualdade dos cidadãos perante a lei;

e) o reforço da democracia, da liberdade e da estabilidade social e individual;

f) o desenvolvimento da economia e do progresso da ciência e da técnica;

g) a afirmação da personalidade moçambicana, das suas tradições e demais valores sócio-culturais;

h) o estabelecimento e desenvolvimento de relações de amizade e cooperação com outros povos e Estados.

ARTIGO 7

1. A República de Moçambique valoriza a luta heróica e a resistência secular do povo moçambicano contra a dominação estrangeira.

2. Na edificação da Nação Moçambicana, no reforço da unidade nacional e na promoção da participação democrática dos cidadãos, o Estado assume como património nacional o papel decisivo da Frente de Libertação de Moçambique (FRELIMO) na vitória sobre o colonialismo e na conquista da independência nacional.

ARTIGO 8

1. A República de Moçambique reconhece e valoriza os sacrifícios daqueles que consagraram as suas vidas à luta de libertação nacional e à defesa da soberania.

2. O Estado assegura protecção especial aos que ficaram deficientes na luta de libertação nacional, na defesa da independência, soberania e integridade territorial, assim como aos órfãos e outros dependentes daqueles que morreram nesta causa.

ARTIGO 9

1. A República de Moçambique é um Estado laico.

2. A acção das instituições religiosas conforma-se com as leis do Estado.

3. O Estado valoriza as actividades das confissões religiosas visando promover um clima de entendimento e tolerância social e o reforço da unidade nacional.

ARTIGO 10

Os símbolos da República de Moçambique são a bandeira, o emblema e o hino nacionais.

CAPÍTULO II
NACIONALIDADE

SECÇÃO I
NACIONALIDADE ORIGINÁRIA

ARTIGO 11

1. São moçambicanos, desde que hajam nascido em Moçambique:

a) os filhos de pai ou mãe nascido em Moçambique;

b) os filhos de pais apátridas, de nacionalidade desconhecida ou incógnitos;

c) os que tinham domicílio em Moçambique à data da independência;

d) os que estabeleceram domicílio no país até noventa dias após a proclamação da independência;

e) aqueles a quem já tiver sido concedida a nacionalidade originária pelo Presidente da República.

2. Os indivíduos referidos na alínea *c* do número anterior, quando filhos de pai e mãe estrangeiros, não têm a nacionalidade moçambicana desde que tenham declarado, no prazo de noventa dias após a proclamação da independência, por si, sendo maiores de dezoito anos, ou pelos seus representantes legais, sendo menores daquela idade, não querer ser moçambicanos.

ARTIGO 12

1. São moçambicanos os indivíduos nascidos em Moçambique após a proclamação da independência.

2. Exceptuam-se os filhos de pai e mãe estrangeiros quando qualquer deles se encontre em Moçambique ao serviço do Estado a que pertence.

3. Os indivíduos referidos no número um do presente artigo, quando filhos de pai e mãe estrangeiros, somente terão a nacionalidade moçambicana se declararem por si, sendo maiores de dezoito anos, ou pelos seus representantes legais, sendo menores daquela idade, que querem ser moçambicanos.

4. O prazo para a declaração referida no número anterior é de noventa dias e conta-se a partir da data do nascimento ou daquela em que o interessado completar dezoito anos, conforme a declaração seja feita, respectivamente, pelo representante legal ou pelo próprio.

ARTIGO 13

São moçambicanos os indivíduos que, tendo participado na luta de libertação nacional e não estando abrangidos por outras disposições legais, tenham declarado querer ser moçambicanos e tenham renunciado expressamento a outra nacionalidade.

ARTIGO 14

São moçambicanos, ainda que nascidos em território estrangeiro antes da proclamação da independência, os filhos de pai ou mãe moçambicano que tenha participado na luta de libertação nacional.

ARTIGO 15

São moçambicanos os indivíduos que, preenchendo os pressupostos da nacionalidade originária, não a tenham adquirido por virtude de opção dos seus representantes legais desde que, sendo maiores de dezoito anos e até um ano depois de atingirem a maioridade, declarem, por si, que pretendem ser moçambicanos.

ARTIGO 16

São moçambicanos os indivíduos que, não estando abrangidos pelos artigos anteriores, se encontravam domiciliados em Moçambique há pelo menos vinte anos à data da independência, desde que tenham declarado no prazo de noventa dias, após a proclamação da independência, querer ser moçambicanos.

ARTIGO 17

São moçambicanos os indivíduos com menos de quarenta anos de idade à data da independência que, não estando abrangidos pelo disposto nos artigos anteriores, se encontravam então domiciliados em Moçambique por um período de tempo superior a metade da sua idade, desde que tenham declarado, no prazo de noventa dias após a proclamação da independência, por si sendo maiores de dezoito anos ou pelos seus representantes legais sendo menores desta idade, querer ser moçambicanos.

ARTIGO 18

São moçambicanos, ainda que nascidos em território estrangeiro, os filhos de pai ou mãe moçambicano ao serviço do Estado fora do país.

ARTIGO 19

São moçambicanos os filhos de pai ou mãe moçambicano ainda que nascidos em território estrangeiro, desde que expressamente renunciem por si, sendo maiores de dezoito anos, ou pelos seus representantes legais, se forem menores, a qualquer nacionalidade que lhes possa caber.

ARTIGO 20

São moçambicanos os indivíduos a quem já tiver sido concedida a nacionalidade originária pelo Presidente da República, por relevantes serviços prestados à causa da libertação nacional.

SECÇÃO II
NACIONALIDADE ADQUIRIDA

ARTIGO 21

Adquire a nacionalidade moçambicana a mulher estrangeira que tenha contraído casamento com um moçambicano, desde que, cumulativamente:

a) renuncie à nacionalidade anterior;

b) declare querer adquirir a nacionalidade moçambicana;

c) estabeleça domicílio em Moçambique;

d) preencha os requisitos e ofereça as garantias fixadas na lei.

ARTIGO 22

Poderá ser concedida a nacionalidade moçambicana por naturalização aos estrangeiros que, à data da apresentação do pedido, reúnam cumulativamente as seguintes condições:

a) renunciarem à nacionalidade anterior;

b) residirem habitual e regularmente há pelo menos dez anos em Moçambique;

c) serem maiores de dezoito anos;

d) preencherem os requisitos e oferecerem as garantias fixadas na lei.

ARTIGO 23

Através do acto de naturalização, a nacionalidade moçambicana pode ser concedida aos filhos do cidadão de nacionalidade adquirida, solteiros, menores de dezoito anos.

SECÇÃO III

PERDA DA NACIONALIDADE

ARTIGO 24

Perde a nacionalidade moçambicana:

a) o que voluntariamente adquire uma nacionalidade estrangeira;

b) o que, sem autorização do Governo, aceite prestar serviços a um Estado estrangeiro, que possam prejudicar interesses superiores da Nação ou de soberania do Estado;

c) o que, sendo também nacional de outro Estado, declare pelos meios competentes não querer ser moçambicano ou se comporte de facto, sendo maior ou emancipado, como estrangeiro;

d) aquele a quem, sendo incapaz, tenha sido atribuída a nacionalidade moçambicana por efeito de declaração do seu representante legal, se declarar, pelos meios competentes até um ano depois de atingir a maioridade, que não quer ser moçambicano e se provar que tem outra nacionalidade;

e) aquele que renuncie expressamente à nacionalidade.

SECÇÃO IV

REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE

ARTIGO 25

1. Poderá ser concedida a nacionalidade moçambicana àqueles que, depois de a terem perdido, a requeiram e reúnam cumulativamente as seguintes condições:

a) renunciarem à nacionalidade anterior;

b) estabelecerem domicílio em Moçambique;

c) preencherem os requisitos e oferecerem as garantias fixadas na lei.

2. A reaquisição da nacionalidade faz regressar à situação jurídica anterior à perda da nacionalidade.

ARTIGO 26

1. A mulher moçambicana que tenha perdido a nacionalidade por virtude de casamento pode readquiri-la:

a) se não tiver adquirido outra nacionalidade, mediante simples comprovação do facto;

b) se houver adquirido outra nacionalidade, mediante renúncia expressa à mesma.

2. A reaquisição da nacionalidade faz regressar à situação jurídica anterior à perda da nacionalidade.

SECÇÃO V
DISPOSIÇÕES DIVERSAS

ARTIGO 27

Não será reconhecida nem produzirá efeitos na ordem jurídica interna qualquer outra nacionalidade aos indivíduos que, nos termos do ordenamento jurídico da República de Moçambique, sejam moçambicanos.

ARTIGO 28

O registo e prova da aquisição, da perda e da reaquisição da nacionalidade são regulados por lei.

ARTIGO 29

1. Os cidadãos de nacionalidade adquirida não têm acesso à carreira diplomática e militar ou equivalente.

2. A lei define as condições do exercício de funções públicas ou de funções privadas de interesse público por cidadãos moçambicanos de nacionalidade adquirida e por estrangeiros.

CAPÍTULO III
PARTICIPAÇÃO NA VIDA POLÍTICA DO ESTADO

ARTIGO 30

O povo moçambicano exerce o poder político através do sufrágio universal, directo, secreto e periódico para escolha dos seus representantes, por referendo sobre as grandes questões nacionais e pela permanente participação democrática dos cidadãos na vida da Nação.

ARTIGO 31

1. Os partidos expressam o pluralismo político, concorrem para a formação e manifestação da vontade popular e são instrumento fundamental para a participação democrática dos cidadãos na governação do país.

2. A estrutura interna e o funcionamento dos partidos políticos devem ser democráticos.

ARTIGO 32

1. No profundo respeito pela unidade nacional, os partidos políticos são vinculados aos princípios consagrados na Constituição e na lei.

2. Na sua formação e na realização dos seus objectivos os partidos políticos devem, nomeadamente:

a) ter âmbito nacional;

b) defender os interesses nacionais;

c) contribuir para a formação da opinião pública, em particular sobre as grandes questões nacionais;

d) reforçar o espírito patriótico dos cidadãos e a consolidação da Nação moçambicana.

3. Os partidos devem contribuir, através da educação política e cívica dos cidadãos, para a paz e estabilidade do país.

4. A formação, a estrutura e o funcionamento dos partidos regem-se por lei.

ARTIGO 33

É vedado aos partidos políticos preconizar ou recorrer à violência para alterar a ordem política e social do país.

ARTIGO 34

1. As organizações sociais, como formas de associação de cidadãos com afinidades e interesses próprios, desempenham um papel importante na promoção da democracia e na participação dos cidadãos na vida pública.

2. As organizações sociais contribuem para a realização dos direitos e liberdades dos cidadãos, bem como para a elevação da consciência individual e colectiva no cumprimento dos deveres cívicos.

CAPÍTULO IV
ORGANIZAÇÃO ECONÓMICA E SOCIAL

ARTIGO 35

1. Os recursos naturais situados no solo e no subsolo, nas águas interiores, no mar territorial, na plataforma continental e na zona económica exclusiva são propriedade do Estado.

2. Constituem ainda domínio público do Estado:

a) a zona marítima;

b) o espaço aéreo;

c) o património arqueológico;

d) as zonas de proteção da natureza;

e) o potencial hidráulico;

f) o potencial energético;

g) os demais bens como tal classificados por lei.

ARTIGO 36

O Estado promove o conhecimento, a inventariação e a valorização dos recursos naturais e determina as condições do seu uso e aproveitamento com salvaguarda dos interesses nacionais.

ARTIGO 37

O Estado promove iniciativas para garantir o equilíbrio ecológico e a conservação e preservação do meio ambiente visando a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

ARTIGO 38

A política económica do Estado é dirigida à construção das bases fundamentais do desenvolvimento, à melhoria das condições de vida do povo, ao reforço da soberania do Estado e à consolidação da unidade nacional, através da participação dos cidadãos e da utilização eficiente dos recursos humanos e materiais.

ARTIGO 39

1. A República de Moçambique toma a agricultura como base do desenvolvimento nacional.

2. O Estado garante e promove o desenvolvimento rural para satisfação crescente e multiforme das necessidades do povo e o progresso económico e social do país.

ARTIGO 40

A República de Moçambique toma a indústria como factor impulsionador da economia nacional.

ARTIGO 41

1. A ordem económica da República de Moçambique assenta na valorização do trabalho, nas forças de mercado, na iniciativa dos agentes económicos, na participação de todos os tipos de propriedade e na acção do Estado como regulador e promotor do crescimento e desenvolvimento económico e social, visando a satisfação das necessidades básicas da população e a promoção do bem-estar social.

2. A economia nacional compreende os seguintes tipos de propriedade que se complementam:

a) propriedade estatal;

b) propriedade cooperativa;

c) propriedade mista;

d) propriedade privada.

3. O Estado garante que as actividades económicas se conformem com os interesses fixados na Constituição e na lei.

ARTIGO 42

1. Na satisfação das necessidades básicas da população, ao sector familiar cabe um papel fundamental.

2. O Estado incentiva e apoia a produção do sector familiar e encoraja os camponeses, bem como os trabalhadores individuais, a organizarem-se em formas mais avançadas de produção.

ARTIGO 43

O Estado promove e apoia a participação activa do empresariado nacional no quadro do desenvolvimento e da consolidação da economia do país.

ARTIGO 44

O Estado reconhece a contribuição da produção de pequena escala para a economia nacional e apoia o seu desenvolvimento como forma de valorizar as capacidades e a criatividade do povo.

ARTIGO 45

1. O investimento estrangeiro opera no quadro da política económica do Estado.

2. Os empreendimentos estrangeiros são autorizados em todos os sectores económicos, excepto naqueles que estejam reservados à propriedade ou exploração exclusiva do Estado.

ARTIGO 46

1. A terra é propriedade do Estado.

2. A terra não pode ser vendida, ou por qualquer outra forma alienada, nem hipotecada ou penhorada.

3. Como meio universal de criação da riqueza e do bem-estar social, o uso e aproveitamento da terra é direito de todo o povo moçambicano.

ARTIGO 47

1. O Estado determina as condições de uso e aproveitamento da terra.

2. O direito de uso e aproveitamento da terra é conferido às pessoas singulares ou colectivas tendo em conta o seu fim social.

3. A lei estabelece os termos em que se opera a criação de direitos sobre a terra em benefício dos utilizadores e produtores directos, não se permitindo que tais direitos sirvam para favorecer situações de domínio económico ou privilégio em detrimento da maioria dos cidadãos.

ARTIGO 48

Na titularização do direito de uso e aproveitamento da terra o Estado reconhece e protege os direitos adquiridos por herança ou ocupação, salvo havendo reserva legal ou se a terra tiver sido legalmente atribuída a outra pessoa ou entidade.

ARTIGO 49

1. O Estado promove e coordena a actividade económica agindo directa ou indirectamente para a solução dos problemas fundamentais do povo e para a redução das desigualdades sociais e regionais.

2. O investimento do Estado deve desempenhar um papel impulsionador na promoção do desenvolvimento.

ARTIGO 50

Os impostos são criados ou alterados por lei, que os fixa segundo critérios de justiça social.

ARTIGO 51

1. O trabalho é dignificado e protegido, e é a força motriz do desenvolvimento.

2. O Estado propugna a justa repartição dos rendimentos do trabalho.

ARTIGO 52

1. A República de Moçambique promove uma estratégia de educação visando a unidade nacional, a erradicação do analfabetismo, o domínio da ciência e da técnica, bem como a formação moral e cívica dos cidadãos.

2. O Estado organiza e desenvolve a educação através de um sistema nacional de educação.

3. O ensino ministrado pelas colectividades e outras entidades é exercido nos termos da lei e sujeito ao controle do Estado.

ARTIGO 53

1. O Estado promove o desenvolvimento da cultura e personalidade nacionais e garante a livre expressão das tradições e valores da sociedade moçambicana.

2. O Estado promove a difusão da cultura moçambicana e desenvolve acções para fazer beneficiar o povo moçambicano das conquistas culturais dos outros povos.

ARTIGO 54

1. A assistência médica e sanitária aos cidadãos é organizada através de um sistema nacional de saúde que beneficie todo o povo moçambicano.

2. Para a realização dos objectivos prosseguidos pelo sistema nacional de saúde a lei fixa as modalidades de exercício da assistência médica e sanitária.

3. O Estado promove a participação dos cidadãos e instituições na elevação do nível de saúde da comunidade.

ARTIGO 55

1. A família é a cédula-base da sociedade.

2. O Estado reconhece e protege nos termos da lei o casamento como instituição que garante a prossecução dos objectivos da família.

3. No quadro do desenvolvimento de relações sociais assentes no respeito pela dignidade da pessoa humana, o Estado consagra o princípio de que o casamento se bascia no livre consentimento.

ARTIGO 56

1. A maternidade é dignificada e protegida.

2. A família é responsável pelo crescimento harmonioso da criança e educa as novas gerações nos valores morais e sociais.

3. A família e o Estado asseguram a educação integral da criança, formando-a nos valores da unidade nacional, do amor à Pátria, igualdade entre os homens, respeito e solidariedade social.

4. A criança não pode ser discriminada, designadamente, em razão do seu nascimento, nem sujeita a maus tratos.

5. O Estado e a sociedade protegem a criança órfã e a desamparada.

ARTIGO 57

1. O Estado promove e apoia a emancipação da mulher e incentiva o seu papel crescente na sociedade.

2. O Estado reconhece e valoriza a participação da mulher moçambicana no processo de libertação nacional.

3. O Estado valoriza e encoraja a participação da mulher na defesa da Pátria e em todas as esferas da actividade política, económica, social e cultural do país.

ARTIGO 58

1. A juventude, digna continuadora das tradições patrióticas do povo moçambicano, desempenhou um papel decisivo na luta de libertação nacional e constitui força renovadora da sociedade moçambicana.

2. A política do Estado visa, nomeadamente, o desenvolvimento harmonioso da personalidade dos jovens, a promoção do gosto pela livre criação, o sentido da prestação de serviços à comunidade e a criação de condições para a sua integração na vida activa.

3. O Estado promove, apoia e encoaja as iniciativas da juventude na consolidação da unidade nacional, na reconstrução, no desenvolvimento e na defesa do país.

CAPÍTULO V

DEFESA NACIONAL

ARTIGO 59

A política de defesa e segurança do Estado visa defender a independência nacional, preservar a soberania e integridade do país e garantir o funcionamento normal das instituições e a segurança dos cidadãos contra qualquer agressão armada.

ARTIGO 60

1. As Forças de Defesa e Segurança subordinam-se à política nacional de defesa e segurança e devem fidelidade à Constituição e à Nação.

2. O juramento dos membros das Forças de Defesa e Segurança estabelece o dever de respeitar a Constituição.

ARTIGO 61

Os cidadãos são encorajados a participar em organismos de defesa civil, designadamente para protecção de infra-estruturas económicas, sociais e da produção.

CAPÍTULO VI

POLÍTICA EXTERNA

ARTIGO 62

1. A República de Moçambique, país não-alinhado, estabelece relações de amizade e cooperação com outros Estados na base dos princípios

de respeito mútuo pela soberania e integridade territorial, igualdade, não interferência nos assuntos internos e reciprocidade de benefícios.

2. A República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta da Organização da Unidade Africana.

ARTIGO 63

1. A República de Moçambique solidariza-se com a luta pela unidade dos povos e Estados africanos na base da sua liberdade, dignidade e direito ao progresso económico e social.

2. A República de Moçambique busca o reforço das relações com países empenhados na consolidação da independência nacional e na recuperação do uso e controlo das riquezas naturais a favor dos respectivos povos.

3. A República de Moçambique associa-se a todos os Estados na luta pela instauração de uma ordem económica justa e eqüitativa nas relações internacionais.

ARTIGO 64

1. A República de Moçambique apoia e é solidária com a luta dos povos pela libertação nacional.

2. A República de Moçambique concede asilo aos estrangeiros perseguidos em razão da sua luta pela paz, pela democracia, pela libertação nacional e social e pela defesa dos direitos humanos.

ARTIGO 65

1. A República de Moçambique prossegue uma política de paz, só recorrendo à força em caso de legítima defesa.

2. A República de Moçambique defende a primazia da solução negociada dos conflitos.

3. A República de Moçambique defende o princípio do desarmamento geral e universal de todos os Estados.

4. A República de Moçambique preconiza a transformação do Oceano Índico em zona desnuclearizada e de paz.

TÍTULO II
DIREITOS, DEVERES E LIBERDADES FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I
PRINCÍPIOS GERAIS

ARTIGO 66

Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo,

origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais ou profissão.

ARTIGO 67

O homem e a mulher são iguais perante a lei em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural.

ARTIGO 68

Os cidadãos deficientes gozam plenamente dos direitos consignados na Constituição e estão sujeitos aos mesmos deveres, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.

ARTIGO 69

Todos os actos visando atentar contra a unidade nacional, prejudicar a harmonia social, criar divisões, situações de privilégio ou discriminação com base na cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, condição física ou mental, estado civil dos pais ou profissão, são punidos nos termos da lei.

ARTIGO 70

1. Todo o cidadão tem direito à vida. Tem direito à integridade física e não pode ser sujeito a tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos.

2. Na República de Moçambique não há pena de morte.

ARTIGO 71

Todos o cidadão tem direito à honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da sua imagem pública e à reserva da sua vida privada.

ARTIGO 72

Todo o cidadão tem o direito de viver num meio ambiente equilibrado e o dever de o defender.

CAPÍTULO II
DIREITOS, DEVERES E LIBERDADES

ARTIGO 73

1. Todos os cidadãos têm o direito e o dever de participar no processo de ampliação e consolidação da democracia, em todos os níveis da sociedade e do Estado.

2. Os cidadãos maiores de dezoito anos têm o direito de votar e ser eleitos, com excepção dos legalmente privados deste direito.

3. O direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico.

ARTIGO 74

1. Todos os cidadãos têm o direito à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, bem como o direito à informação.

2. O exercício da liberdade de expressão, que compreende, nomeadamente, a faculdade de divulgar o próprio pensamento por todos os meios legais, e o exercício do direito à informação não serão limitados por censura.

3. A liberdade de imprensa compreende, nomeadamente, a liberdade de expressão e de criação dos jornalistas, o acesso às fontes de informação, a protecção da independência e do sigilo profissional e o direito de criar jornais e outras publicações.

4. O exercício dos direitos e liberdades referidos neste artigo será regulado por lei com base nos imperativos do respeito pela Constituição, pela dignidade da pessoa humana, pelos imperativos da política externa e da defesa nacional.

ARTIGO 75

Todos os cidadãos têm direito à liberdade de reunião nos termos da lei.

ARTIGO 76

1. Os cidadãos gozam da liberdade de associação.

2. As organizações sociais e as associações têm o direito de prosseguir os seus fins, criar instituições destinadas a alcançar os seus objectivos específicos e possuir património para a realização das suas actividades, nos termos da lei.

ARTIGO 77

1. Todos os cidadãos gozam da liberdade de constituir ou participar em partidos políticos.

2. A adesão a um partido é voluntária e deriva da liberdade de os cidadãos se associarem em torno dos mesmos ideais políticos.

ARTIGO 78

1. Os cidadãos gozam da liberdade de praticar ou de não praticar uma religião.

2. As confissões religiosas gozam do direito de prosseguir livremente os seus fins religiosos, possuir e adquirir bens para a materialização dos seus objectivos.

ARTIGO 79

1. Todos os cidadãos têm direito à liberdade de criação científica, técnica, literária e artística.

2. O Estado protege os direitos inerentes à propriedade intelectual, incluindo os direitos de autor, e promove a prática e a difusão das letras e das artes.

ARTIGO 80

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar petições, queixas e reclamações perante autoridade competente para exigir o restabelecimento dos seus direitos violados ou em defesa do interesse geral.

2. O cidadão tem o direito de não acatar ordens ilegais ou que ofendam os seus direitos.

ARTIGO 81

O cidadão pode impugnar os actos que violem os seus direitos estabelecidos na Constituição e nas demais leis.

ARTIGO 82

O cidadão tem o direito de recorrer aos tribunais contra os actos que violem os seus direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei.

ARTIGO 83

1. Todos os cidadãos têm o direito de fixar residência em qualquer parte do território nacional.

2. Todos os cidadãos são livres de circular no interior e para o exterior do território nacional, excepto os judicialmente privados desse direito.

ARTIGO 84

1. A participação na defesa da independência, soberania e integridade territorial é dever sagrado e honra para todos os cidadãos moçambicanos.

2. O serviço militar é prestado nos termos fixados na lei.

ARTIGO 85

1. Todos os cidadãos têm o dever de respeitar a ordem constitucional.

2. Os actos contrários ao estabelecido na Constituição são sujeitos a sanção nos termos da lei.

CAPÍTULO III

DIREITOS E DEVERES ECONÓMICOS E SOCIAIS

ARTIGO 86

1. O Estado reconhece e garante o direito de propriedade.

2. A expropriação só pode ter lugar por causa de necessidade, utilidade ou interesse públicos, definidos nos termos da lei, e dá lugar a justa indenização.

ARTIGO 87

O Estado reconhece e garante, nos termos da lei, o direito à herança.

ARTIGO 88

1. O trabalho constitui direito e dever de cada cidadão independentemente do sexo.

2. Cada cidadão tem direito à livre escolha da profissão.

3. O trabalho compulsivo é proibido, exceptuando-se o trabalho realizado no quadro da legislação penal.

ARTIGO 89

1. Todo o trabalhador tem direito a justa remuneração, a descanso e a férias.

2. O trabalhador tem direito a protecção, segurança e higiene no trabalho.

3. O trabalhador só pode ser despedido nos casos e nos termos estabelecidos na lei.

ARTIGO 90

1. Os trabalhadores têm a liberdade de se organizar em associações profissionais ou em sindicatos.

2. O exercício da actividade sindical é regulado por lei.

ARTIGO 91

1. Os trabalhadores têm direito à greve, sendo o seu exercício regulado por lei.

2. A lei limita o exercício do direito à greve nos serviços e actividades essenciais, no interesse das necessidades inadiáveis da sociedade.

3. É proibido o *lock-out*.

ARTIGO 92

1. Na República de Moçambique a educação constitui direito e dever de cada cidadão.

2. O Estado promove a extensão e a igualdade de acesso de todos os cidadãos ao gozo deste direito.

ARTIGO 93

1. Os cidadãos têm direito à educação física e ao desporto.

2. O Estado promove, através das instituições desportivas e escolares, a prática e a difusão da educação física e do desporto.

ARTIGO 94

Todos os cidadãos têm direito a assistência médica e sanitária, nos termos da lei, e o dever de promover e defender a saúde.

ARTIGO 95

1. Todos os cidadãos têm direito a assistência em caso de incapacidade e na velhice.

2. O Estado promove e encoraja a criação de condições para a realização deste direito.

CAPÍTULO IV
GARANTIAS DOS DIREITOS E LIBERDADES

ARTIGO 96

1. Os direitos e liberdades individuais são garantidos pelo Estado e devem ser exercidos no quadro da Constituição e das leis.

2. O gozo dos direitos e liberdades só pode ser limitado quando ponha em causa a ordem pública, os direitos, liberdades e garantias individuais ou implique ou se proponha o uso da força.

ARTIGO 97

O Estado é responsável pelos danos causados por actos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do direito de regressão nos termos da lei.

ARTIGO 98

1. Na República de Moçambique ninguém pode ser preso e submetido a julgamento senão nos termos da lei.

2. Os arguidos gozam da pressunção de inocência até decisão judicial definitiva.

ARTIGO 99

1. Ninguém pode ser condenado por acto não qualificado como crime no momento da sua prática.

2. A lei penal só se aplica retroactivamente quando disso resultar benefício para o arguido.

ARTIGO 100

1. O Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito a assistência e patrocínio judiciário.

2. O Estado providencia para que a justiça não seja denegada por insuficiência de recursos.

ARTIGO 101

1. A prisão preventiva só é admitida nos casos previstos na lei, que fixa os respectivos prazos.

2. O cidadão sob prisão preventiva deve ser apresentado no prazo fixado na lei à decisão de autoridade judicial, que é a única competente para decidir sobre a validação e a manutenção da prisão.

ARTIGO 102

1. Em caso de prisão ou detenção ilegal, o cidadão tem direito a recorrer à providência do *habeas corpus*.

2. A providência do *habeas corpus* é interposta perante o tribunal e o seu processo é fixado na lei.

ARTIGO 103

1. A extradição só pode ter lugar por decisão judicial.

2. A extradição por motivos políticos não é autorizada.

3. O cidadão moçambicano não pode ser expulso ou extraditado do território nacional.

ARTIGO 104

O domicílio e a correspondência ou outro meio de comunicação privada são invioláveis, salvo nos casos especialmente previstos na lei.

ARTIGO 105

1. O direito à informação, à liberdade de imprensa e a independência dos meios de comunicação social, bem como o exercício dos direitos de antena e de resposta, são assegurados pelo Conselho Superior da Comunicação Social.

2. A lei regula a competência, a composição e o funcionamento do Conselho Superior da Comunicação Social.

ARTIGO 106

1. As liberdades e garantias individuais só podem ser suspensas ou limitadas temporariamente em virtude de declaração do estado de guerra, do estado de sítio ou do estado de emergência.

2. A duração do estado de sítio ou do estado de emergência não pode ser superior a seis meses, devendo a sua prorrogação efectuar-se nos termos da lei.

3. A lei estabelece o regime do estado de guerra, do estado de sítio e do estado de emergência e fixa as garantias judiciárias de protecção dos direitos dos cidadãos a serem salvaguardadas.

TÍTULO III

ÓRGÃO DO ESTADO

CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS GERAIS

ARTIGO 107

1. Os órgãos representativos são escolhidos através de eleições em que todos os cidadãos têm o direito de participar.

2. A eleição dos órgãos representativos faz-se por sufrágio universal directo, secreto, pessoal e periódico.

3. O apuramento dos resultados das eleições obedece ao sistema de eleição maioritária.

4. O processo eleitoral é regulado por lei.

ARTIGO 108

1. Concorrem nas eleições os partidos políticos com existência legal.

2. Os partidos políticos participam nos órgãos representativos em função dos resultados do escrutínio eleitoral.

ARTIGO 109

São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembléia da República, o Conselho de Ministros, os Tribunais e o Conselho Constitucional.

ARTIGO 110

São órgãos centrais do Estado os órgãos de soberania, o conjunto dos órgãos governativos e as instituições centrais a quem cabe garantir a prevalência do interesse nacional e a realização da política unitária do Estado.

ARTIGO 111

1. Aos órgãos centrais competem, de forma geral, as atribuições relativas ao exercício da soberania, a normação das matérias do âmbito da lei e a definição de políticas nacionais.

2. São, nomeadamente, de exclusiva competência dos órgãos centrais a representação do Estado, a definição e organização do território, a defesa

nacional, a ordem pública, a fiscalização das fronteiras a emissão da moeda e as relações diplomáticas.

ARTIGO 112

1. Os órgãos centrais exercem a sua acção directamente ou por intermédio de dirigentes ou agentes da administração nomeados que supervisam as actividades centrais realizadas em determinada área territorial.

2. A lei determina a forma, organização e competência no âmbito da administração pública.

ARTIGO 113

O representante da autoridade central ao nível da Província é o Governador Provincial.

ARTIGO 114

1. O Governo Provincial é o órgão encarregado de garantir a execução, ao nível provincial, da política governamental centralmente definida.

2. O Governo Provincial é dirigido pelo Governador Provincial.

3. Os membros do Governo Provincial são nomeados centralmente.

4. A composição, competências e funcionamento do Governo Provincial são definidos por lei.

ARTIGO 115

1. Podem ser criados, a nível provincial, órgãos de representação democrática.

2. A lei regula a organização, a composição, as competências e o funcionamento dos órgãos referidos no número anterior.

ARTIGO 116

Nos diversos escalões territoriais, os órgãos locais do Estado asseguram a participação e decisão dos cidadãos em matéria de interesse próprio da respectiva comunidade.

CAPÍTULO II
PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ARTIGO 117

1. O Presidente da República é o Chefe do Estado, simboliza a unidade nacional, representa a Nação no plano interno e internacional e zela pelo funcionamento correcto dos órgãos do Estado.

2. O Chefe do Estado é o garante da Constituição.

3. O Presidente da República é o Chefe do Governo.

4. O Presidente da República é o Comandante-Chefe das Forças de Defesa e Segurança.

ARTIGO 118

1. O Presidente da República é eleito por sufrágio universal directo, secreto e pessoal.

2. A eleição do Presidente da República faz-se pelo sistema de maioria.

3. Podem ser candidatos a Presidente da República os cidadãos moçambicanos que cumulativamente:

a) tenham a nacionalidade originária;

b) sejam filhos de pais moçambicanos com nacionalidade originária;

c) possuam idade mínima de trinta e cinco anos;

d) estejam no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos;

e) tenham sido propostos por um mínimo de cinco mil eleitores, dos quais obrigatoriamente duzentos residentes em cada Província.

4. O mandato do Presidente da República é de cinco anos.

5. O Presidente da República só pode ser reeleito duas vezes consecutivas.

6. O Presidente da República que tenha sido reeleito duas vezes consecutivas só pode candidatar-se a eleições presidenciais cinco anos após o último mandato.

ARTIGO 119

1. É eleito Presidente da República o candidato que reúna mais de metade dos votos expressos.

2. Em caso de nenhum dos candidatos obter a maioria requerida, haverá segunda volta, na qual participarão os dois candidatos mais votados.

ARTIGO 120

No exercício da sua função de Chefe do Estado compete ao Presidente da República:

a) dirigir-se à Nação através de mensagens e comunicações;

b) informar anualmente a Assembleia da República sobre a situação geral da Nação;

c) decidir a realização de referendo para alteração da Constituição ou sobre questões de interesse fundamental para a Nação;

d) convocar eleições gerais;

e) dissolver a Assembleia da República uma única vez quando o programa do Governo não tenha sido aprovado;

f) demitir os restantes membros do Governo quando o seu programa seja rejeitado pela segunda vez pela Assembleia da República;

g) nomear o Presidente e Vice-Presidente do Tribunal Supremo, o Presidente do Conselho Constitucional e o Presidente do Tribunal Administrativo;

h) nomear, exonerar e demitir o Procurador-Geral e o Vice-Procurador-Geral da República;

i) indultar e comutar penas;

j) atribuir, nos termos da lei, títulos honoríficos, condecorações e distinções.

ARTIGO 121

Na direcção da acção governamental, compete ao Presidente da República:

a) convocar e presidir às sessões do Conselho de Ministros;

b) nomear, exonerar e demitir o Primeiro-Ministro;

c) criar ministérios e comissões de natureza ministerial;

d) nomear, exonerar e demitir:

— os Ministros e Vice-Ministros;

— os Governadores Provinciais;

— os Reitores e Vice-Reitores das Universidades estatais;

— o Governador e o Vice-Governador do Banco de Moçambique;

— os Secretários de Estado.

ARTIGO 122

No domínio da defesa nacional e da ordem pública, compete ao Presidente da República:

a) declarar o estado de guerra e a sua cessação, o estado de sítio ou de emergência;

b) celebrar tratados;

c) decretar a mobilização geral ou parcial;

d) presidir ao Conselho Nacional de Defesa e Segurança;

e) nomear, exonerar e demitir o Chefe do Estado-Maior General, o Comandante-Geral da Polícia, os Comandantes de Ramo das Forças Armadas de Moçambique e outros oficiais das Forças de Defesa e Segurança nos termos definidos por lei.

ARTIGO 123

No domínio das relações internacionais, compete ao Presidente da República:

a) orientar a política externa;

b) celebrar tratados internacionais;

c) nomear, exonerar e demitir os Embaixadores e enviados diplomáticos da República de Moçambique;

d) receber as cartas credenciais dos Embaixadores e enviados diplomáticos de outros países.

ARTIGO 124

1. Compete ao Presidente da República promulgar e mandar publicar as leis no Boletim da República.

2. As leis são promulgadas até trinta dias após a sua recepção.

3. O Presidente da República pode, por mensagem fundamentada, devolver a lei para reexame pela Assembleia da República.

4. Se a lei reexaminada for aprovada por maioria de dois terços, o Presidente da República deve promulgá-la e mandá-la publicar.

ARTIGO 125

1. O Presidente da República eleito é investido no cargo pelo Presidente do Tribunal Supremo em acto público e perante os deputados da Assembleia da República e representantes dos órgãos de soberania.

2. No momento da investidura, o Presidente da República eleito presta o seguinte juramento:

"Juro por minha honra desempenhar com fidelidade o cargo de Presidente da República de Moçambique, dedicar todas as minhas energias à defesa, promoção e consolidação da unidade nacional e ao bem-estar do povo moçambicano, fazer respeitar a Constituição e fazer justiça a todos os cidadãos."

ARTIGO 126

1. O Presidente da República decide quem o substitui em caso de impedimento ou ausência de curta duração e quem o representa na realização de actividades específicas.

2. Quando o impedimento for superior a quarenta e cinco dias, a substituição é exercida pelo Presidente da Assembleia da República.

ARTIGO 127

1. Em caso de morte, renúncia ou incapacidade permanente do Presidente da República, as suas funções são assumidas interinamente pelo Presidente da Assembleia da República.

2. O Presidente da Assembleia da República toma posse como Presidente da República interino perante representantes dos órgãos de soberania.

3. O Presidente da República interino é investido pelo Presidente do Tribunal Supremo.

ARTIGO 128

1. A eleição do novo Presidente da República, por morte, renúncia ou incapacidade permanente do Chefe do Estado, deverá ter lugar dentro dos noventa dias subseqüentes, sendo vedado ao Presidente da República interino apresentar a sua candidatura.

2. O mandato do novo Presidente da República é válido até à realização das eleições ordinárias seguintes.

ARTIGO 129

1. A incapacidade permanente do Presidente da República é comprovada por junta médica definida nos termos da lei.

2. A incapacidade permanente do Presidente da República é declarada pelo Tribunal Supremo.

3. Cabe ao Tribunal Supremo verificar a morte e a perda do cargo do Presidente da República.

ARTIGO 130

1. Durante o período da vacatura do cargo de Presidente da República a Constituição não pode ser alterada.

2. O Presidente da República interino garante o funcionamento dos órgãos do Estado e demais instituições e não pode exercer as competências referidas no artigo 120 alíneas *b*), *c*), *e*), *f*), *g*) e *h*), no artigo 121 alíneas *b, c)* e *d),* no artigo 122 alíneas *e)* e no artigo 123 alínea *c).*

ARTIGO 131

Os actos normativos do Presidente da República assumem a forma de decreto presidencial e as demais decisões no âmbito das competências constitucionais revestem a forma de despacho e são publicados no Boletim da República.

ARTIGO 132

1. O Presidente da República goza de imunidade de procedimento civil e criminal pelos actos praticados no exercício das suas funções.

2. O Presidente da República não responde em juízo no decurso do seu mandato por actos estranhos ao exercício das funções.

CAPÍTULO III
ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

SEÇÃO I

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

ARTIGO 133

1. A Assembleia da República é o mais alto órgão legislativo na República de Moçambique.

2. A Assembleia da República determina as normas que regem o funcionamento do Estado e a vida económica e social através de leis e deliberações de carácter genérico.

ARTIGO 134

1. A Assembleia da República é eleita por sufrágio universal directo, secreto e pessoal.

2. A Assembleia da República é constituída por um mínimo de duzentos e máximo de duzentos e cinqüenta deputados.

3. Os deputados da Assembleia da República são eleitos por um mandato de cinco anos.

ARTIGO 135

1. Compete à Assembleia da República legislar sobre as questões básicas da política interna e externa do país.

2. Compete, nomeadamente, à Assembleia da República:

a) delimitar as fronteiras da República de Moçambique;

b) deliberar sobre a divisão territorial;

c) aprovar a lei eleitoral e o regime do referendo;

d) propor a realização de referendo sobre questões de interesse nacional;

e) sancionar a suspensão das garantias constitucionais e a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência;

f) ratificar a nomeação do Presidente e Vice-Presidente do Tribunal Supremo, do Presidente do Conselho Constitucional e do Presidente do Tribunal Administrativo;

g) deliberar sobre os relatórios de atividade do Conselho de Ministros;

h) deliberar sobre o Plano e o Orçamento do Estado e o respectivo relatório de execução;

i) definir a política de defesa e segurança, ouvido o Conselho Nacional de Defesa e Segurança;

j) definir as bases da política de impostos;

k) ratificar e denunciar os tratados internacionais;

l) conceder amnistias e perdão de penas;

m) autorizar a deslocação do Presidente da República em visita de Estado.

3. Compete ainda à Assembléia da República:

a) eleger o Presidente e os membros da Comissão Permanente da Assembléia da República;

b) aprovar o Regimento da Assembléia da República e o Estatuto do Deputado;

c) criar comissões da Assembléia da República e regulamentar o seu funcionamento.

ARTIGO 136

1. A Assembléia da República aprecia o programa do Governo no início de cada legislatura.

2. O Governo poderá apresentar um programa reformulado que tenha em conta as conclusões do debate.

3. Caso a Assembléia da República rejeite, após debate, o programa do Governo, o Presidente da República poderá dissolver a Assembléia, convocando novas eleições gerais.

ARTIGO 137

A iniciativa da lei pertence:

a) ao Presidente da República;

b) às Comissões da Assembleia da República;

c) aos Deputados;

d) ao Conselho de Ministros.

ARTIGO 138

1. A Assembleia da República elege entre os seus membros o Presidente da Assembleia da República.

2. O Chefe do Estado convoca e preside à sessão que procede à eleição do Presidente da Assembleia da República.

3. O Presidente da Assembleia da República é investido nas suas funções pelo Presidente do Tribunal Supremo.

4. O Presidente da Assembleia da República é responsável perante a Assembleia da República.

ARTIGO 139

A Assembleia da República reúne-se ordinariamente duas vezes por ano e extraordinariamente sempre que a sua convocação for requerida pelo Presidente da República, pela Comissão Permanente da Assembleia da República ou por um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República.

ARTIGO 140

1. A Assembleia da República só pode deliberar achando-se presentes mais de metade dos seus membros.

2. As deliberações da Assembleia da República são tomadas por mais de metade dos votos dos membros presentes.

ARTIGO 141

Os actos legislativos da Assembleia da República assumem a forma de lei e as demais deliberações revestem a forma de resolução e são publicados no Boletim da República.

ARTIGO 142

Compete ao Presidente da Assembleia da República:

a) convocar e presidir às sessões da Assembleia da República e da sua Comissão Permanente;

b) velar pelo cumprimento das deliberações da Assembleia da República;

c) assinar as leis da Assembleia da República e submetê-las à promulgação pelo Presidente da República;

d) assinar e mandar publicar as resoluções da Assembleia da República;

e) representar a Assembleia da República no plano interno e internacional.

ARTIGO 143

Na ausência ou impedimento do Presidente da Assembleia da República, as suas funções são exercidas por membros da Comissão Permanente da Assembleia da República nos termos do Regimento da Assembleia.

ARTIGO 144

1. Nenhum deputado da Assembleia da República pode ser preso, salvo em caso de flagrante delito, ou submetido a julgamento sem consentimento deste órgão ou da sua Comissão Permanente.

2. Os deputados da Assembleia da República são julgados pelo Tribunal Supremo.

ARTIGO 145

1. Os deputados da Assembleia da República não podem ser processados judicialmente, detidos ou julgados pelas opiniões ou votos emitidos no exercício da função de deputado.

2. Exceptua-se a responsabilidade civil e criminal por injúria, difamação ou calúnia.

ARTIGO 146

1. O deputado da Assembleia da República pode renunciar ao mandato.

2. A revogação e renúncia do mandato de deputado da Assembleia da República são reguladas por lei.

SECÇÃO II
COMISSÃO PERMANENTE DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

ARTIGO 147

1. A Comissão Permanente da Assembleia da República é a Mesa da Assembleia da República.

2. A Comissão Permanente da Assembleia da República é composta pelo Presidente da Assembleia e por deputados eleitos pela Assembleia da República de entre os seus membros.

3. A composição da Comissão Permanente da Assembleia da República é estabelecida por lei.

ARTIGO 148

Compete à Comissão Permanente da Assembleia da República:

a) coordenar as actividades das Comissões da Assembleia da República;

b) dirigir as relações entre a Assembleia da República e as Assembleias e instituições análogas de outros países;

c) preparar e organizar as sessões da Assembleia da República.

CAPÍTULO IV
CONSELHO DE MINISTROS

ARTIGO 149

O Conselho de Ministros é o Governo da República de Moçambique.

ARTIGO 150

1. Na sua actuação, o Conselho de Ministros observa as decisões do Presidente da República e as deliberações da Assembleia da República.

2. O Conselho de Ministros é convocado e presidido pelo Primeiro-Ministro, por delegação do Presidente da República.

3. A formulação de políticas governamentais pelo Conselho de Ministros é feita em sessões dirigidas pelo Presidente da República.

ARTIGO 151

O Conselho de Ministros responde perante o Presidente da República e a Assembleia da República pela realização da política interna e externa e presta-lhes contas das suas actividades nos termos da lei.

ARTIGO 152

1. O Conselho de Ministros assegura a administração do país, garante a integridade territorial, vela pela ordem pública e pela segurança e estabilidade dos cidadãos, promove o desenvolvimento económico, implementa a acção social do Estado, desenvolve e consolida a legalidade e realiza a política exterior do país.

2. A defesa da ordem pública é assegurada por órgãos apropriados que funcionam sob controle governamental.

ARTIGO 153

1. Compete, nomeadamente, ao Conselho de Ministros:

a) garantir o gozo dos direitos e liberdades pelos cidadãos;

b) assegurar a ordem pública e a disciplina social;

c) preparar projetos de lei a submeter à Assembleia da República e projectos de decisão a submeter ao Presidente da República;

d) preparar o Plano e o Orçamento do Estado e executá-lo após aprovação pela Assembleia da República;

e) promover e regulamentar a actividade econômica e dos sectores sociais;

f) preparar a celebração de tratados internacionais e celebrar, ratificar, aderir e denunciar acordos internacionais;

g) dirigir a política laboral e de segurança social;

h) dirigir os sectores sociais do Estado, em especial a educação e a saúde;

i) dirigir e promover a política de habitação.

2. Compete ainda ao Conselho de Ministros:

a) garantir a defesa e consolidação do domínio público do Estado e do património do Estado;

b) dirigir e coordenar as actividades dos ministérios e outros órgãos subordinados ao Conselho de Ministros;

c) analisar a experiência dos órgãos executivos locais e regulamentar sua organização e funcionamento;

d) garantir o funcionamento correcto e o desenvolvimento das instituições e empresas de propriedade estatal e a sua expansão de acordo com as necessidades da economia;

e) promover o desenvolvimento cooperativo e o apoio à produção familiar;

f) estimular e apoiar o exercício da iniciativa privada.

ARTIGO 154

1. Compete ao Primeiro-Ministro, sem prejuízo de outras atribuições confiadas pelo Presidente da República e por lei, assistir e aconselhar o Presidente da República na direcção do Governo.

2. Compete, nomeadamente, ao Primeiro-Ministro;

a) assistir o Presidente da República na elaboração do programa do Governo;

b) aconselhar o Presidente da República na criação de ministérios e comissões de natureza ministerial e na nomeação de membros do Governo e outros dirigentes governamentais;

c) elaborar e propor o plano de trabalho do Governo ao Presidente da República;

d) garantir a execução das decisões dos órgãos do Estado pelos membros do Governo;

e) convocar e presidir a reuniões do Conselho de Ministros destinadas a tratar da implementação das políticas definidas e outras decisões;

f) coordenar e controlar as actividades dos ministérios e outras instituições governamentais;

g) supervisar o funcionamento técnico-administrativo do Conselho de Ministros.

ARTIGO 155

1. Nas relações com a Assembleia da República, compete ao Primeiro-Ministro:

a) apresentar à Assembleia da República o programa do Governo, a proposta do Plano e do Orçamento;

b) apresentar os relatórios do Governo;

c) expôr as posições do Governo perante a Assembleia da República.

2. No exercício destas funções, o Primeiro-Ministro é assistido pelos membros do Conselho de Ministros por ele designados.

ARTIGO 156

Os membros do Conselho de Ministros respondem perante o Presidente da República e o Primeiro-Ministro pela aplicação das decisões do Conselho de Ministros na área da sua competência.

ARTIGO 157

1. Os actos normativos do Conselho de Ministros revestem a forma de decreto. As demais decisões do Conselho de Ministros tomam a forma de resolução.

2. Os decretos e as resoluções são assinados pelo Primeiro-Ministro e publicados no Boletim da República.

CAPÍTULO V
CONSELHO NACIONAL DE DEFESA E SEGURANÇA

ARTIGO 158

1. O Conselho Nacional de Defesa e Segurança é o órgão consultivo do Presidente da República na sua qualidade de Comandante-Chefe das Forças de Defesa e Segurança para assuntos relativos à soberania nacional, integridade territorial, defesa do poder democraticamente instituído e à segurança da Nação moçambicana.

2. O Conselho Nacional de Defesa e Segurança é presidido pelo Presidente da República.

ARTIGO 159

São, nomeadamente, competências do Conselho Nacional de Defesa e Segurança:

a) pronunciar-se sobre o estado de guerra antes da sua declaração;

b) pronunciar-se sobre a suspensão das garantias constitucionais e a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência;

c) dar parecer sobre os critérios e condições de utilização de zonas de proteção total ou parcial destinadas à defesa e segurança do território nacional;

d) analisar e acompanhar iniciativas de outros órgãos do Estado que visem garantir a consolidação da independência nacional, a consolidação do poder político e a manutenção da lei e da ordem.

ARTIGO 160

A composição, organização e funcionamento do Conselho Nacional de Defesa e Segurança são fixados nos termos da lei.

CAPÍTULO VI
TRIBUNAIS

SECÇÃO I
PRINCÍPIOS GERAIS

ARTIGO 161

1. Os tribunais têm como objetivo garantir e reforçar a legalidade como instrumento da estabilidade jurídica, garantir o respeito pelas leis, assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos, assim como os interesses jurídicos dos diferentes órgãos e entidades com existência legal.

2. Os tribunais educam os cidadãos no cumprimento voluntário e consciente das leis, estabelecendo uma justa e harmoniosa convivência social.

3. Os tribunais penalizam as violações da legalidade e decidem pleitos de acordo com o estabelecido na lei.

ARTIGO 162

Em nenhum caso os tribunais podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição.

ARTIGO 163

As decisões dos tribunais são de cumprimento obrigatório para todos os cidadãos e demais pessoas jurídicas e prevalecem sobre as de outras autoridades.

ARTIGO 164

1. No exercício das suas funções, os juízes são independentes e apenas devem obediência à lei.

2. Os juízes têm igualmente as garantias de imparcialidade e irresponsabilidade.

ARTIGO 165

1. Os juízes respondem civil, criminal e disciplinarmente por actos praticados no exercício das suas funções apenas nos casos especialmente previstos na lei.

2. O afastamento de um juiz de carreira da função judicial só pode ocorrer nos termos legalmente estabelecidos.

ARTIGO 166

Os juízes não podem, em exercício, desempenhar qualquer outra função pública ou privada, exceptuada a actividade docente ou de investigação.

ARTIGO 167

1. Na República de Moçambique existem os seguintes tribunais:

a) o Tribunal Supremo e outros tribunais judiciais;

b) o Tribunal Administrativo;

c) os tribunais militares;

d) os tribunais aduaneiros;

e) os tribunais fiscais;

f) os tribunais marítimos;

g) os tribunais do trabalho.

2. Não é permitida a constituição de tribunais exclusivamente destinados ao julgamento de certas categorias de crimes além dos expressamente previstos na Constituição.

SEÇÃO II
TRIBUNAL SUPREMO

ARTIGO 168

1. Na República de Moçambique, a função jurisdicional é exercida através do Tribunal Supremo e demais tribunais estabelecidos na lei.

2. O Tribunal Supremo é o mais alto órgão judicial com jurisdição em todo o território nacional.

3. O Tribunal Supremo garante a aplicação uniforme da lei, ao serviço dos interesses do povo moçambicano.

ARTIGO 169

O Tribunal Supremo funciona:

a) em secções, como tribunal de primeira e segunda instância;

b) em plenário, como tribunal de segunda instância e de instância única, nos casos expressamente previstos na lei.

ARTIGO 170

1. O Tribunal Supremo é composto por juízes profissionais e juízes eleitos, em número a ser estabelecido por lei.

2. Os juízes profissionais são nomeados pelo Presidente da República, ouvido o Conselho Superior de Magistratura Judicial.

3. O estatuto e o período de exercício das funções de Presidente, Vice-Presidente e de juiz profissional do Tribunal Supremo são definidos por lei.

4. A eleição de juízes do Tribunal Supremo compete à Assembleia da República.

5. Podem ser eleitos como juízes do Tribunal Supremo, os cidadãos moçambicanos com idade superior a trinta e cinco anos, sendo os demais requisitos e duração do respectivo mandato fixados por lei.

ARTIGO 171

1. Nos julgamentos a matéria de direito é sempre decidida pelos juízes profissionais.

2. Os juízes eleitos participam apenas nos julgamentos em primeira instância.

ARTIGO 172

A lei regula a competência, a composição, a organização e o funcionamento do Conselho Superior da Magistratura Judicial.

SECÇÃO III
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

ARTIGO 173

1. O controle da legalidade dos actos administrativos e a fiscalização da legalidade das despesas públicas cabe ao Tribunal Administrativo.

2. Compete, nomeadamente, ao Tribunal Administrativo:

a) julgar as acções que tenham por objecto litígios emergentes das relações jurídicas administrativas;

b) julgar os recursos contenciosos interpostos das decisões dos órgãos do Estado, dos seus respectivos titulares e agentes;

c) apreciar as contas do Estado;

d) exercer as demais competências atribuídas por lei.

ARTIGO 174

A lei regula a competência, a organização, a composição e o funcionamento do Tribunal Administrativo.

SECÇÃO IV

TRIBUNAIS MILITARES, ADUANEIROS, FISCAIS, MARÍTIMOS E DO TRABALHO

ARTIGO 175

A competência, organização, composição e funcionamento dos tribunais militares, aduaneiros, fiscais, marítimos e do trabalho são estabelecidos por lei.

CAPÍTULO VII

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

ARTIGO 176

1. A Procuradoria-Geral da República fiscaliza e controla a legalidade, promove o cumprimento da lei e participa na defesa da ordem jurídica estabelecida.

2. A Procuradoria-Geral da República é dirigida pelo Procurador-Geral da República, o qual é substituído, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Procurador-Geral da República.

3. O Procurador-Geral da República responde perante o Chefe do Estado e presta informação anual à Assembléia da República.

4. Os Procuradores-Gerais Adjuntos são nomeados, exonerados e demitidos pelo Presidente da República, ouvido o Conselho Superior da Magistratura do Ministério Público.

ARTIGO 177

A lei determina a orgânica, composição e funcionamento da Procuradoria-Geral da República e do Conselho Superior da Magistratura do Ministério Público.

ARTIGO 178

1. O Ministério Público constitui uma magistratura hierarquicamente organizada, subordinada ao Procurador-Geral da República.

2. No exercício das suas funções, os magistrados e agentes do Ministério Público estão sujeitos a critérios de legalidade, objetividade, isenção e exclusiva sujeição às diretivas e ordens previstas na lei.

ARTIGO 179

O Ministério Público representa o Estado junto dos tribunais, controla a legalidade e os prazos das detenções, dirige a instrução dos processos-crime, exerce a acção penal e assegura a defesa jurídica dos menores, ausentes e incapazes.

CAPÍTULO VIII

CONSELHO CONSTITUCIONAL

ARTIGO 180

O Conselho Constitucional é um órgão de competência especializada no domínio das questões jurídico-constitucionais.

ARTIGO 181

1. Compete ao Conselho Constitucional:

a) apreciar e declarar a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos legislativos e normativos dos órgãos do Estado;

b) dirimir conflitos de competência entre os órgãos de soberania;

c) pronunciar-se sobre a legalidade dos referendos.

2. No domínio específico das eleições, cabe ainda ao Conselho Constitucional;

a) supervisar o processo eleitoral;

b) verificar os requisitos legais exigidos para as candidaturas a Presidente da República;

c) apreciar, em última instância, as reclamações eleitorais;

d) validar e proclamar os resultados finais do processo eleitoral;

ARTIGO 182

1. As deliberações do Conselho Constitucional não são passíveis de recurso.

2. As deliberações do Conselho Constitucional são publicadas no Boletim da República.

ARTIGO 183

Podem solicitar a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade ao Conselho Constitucional:

a) o Presidente da República;

b) o Presidente da Assembleia da República;

c) o Primeiro-Ministro;

d) o Procurador-Geral da República.

ARTIGO 184

A composição, organização, funcionamento e o processo de fiscalização e controle da constitucionalidade e legalidade dos actos normativos e as demais competências do Conselho Constitucional são fixados por lei.

CAPÍTULO IX

ÓRGÃOS LOCAIS DO ESTADO

ARTIGO 185

1. Os órgãos locais do Estado têm como objetivo organizar a participação dos cidadãos na solução dos problemas próprios da sua comunidade e promover o desenvolvimento local.

2. O fortalecimento dos órgãos locais serve o aprofundamento da democracia e contribui para a integração e unidade nacionais.

ARTIGO 186

1. Os órgãos locais do Estado consistem em órgãos representativos e órgãos executivos.

2. Os órgãos representativos são constituídos por cidadãos eleitos pelos eleitores de uma determinada área territorial.

3. Os órgãos executivos são designados nos termos da lei.

ARTIGO 187

Os órgãos representativos tomam decisões obrigatórias na área das suas competências, criam as comissões necessárias à realização das suas atribuições e responsabilizam individualmente os seus membros pela execução de tarefas específicas.

ARTIGO 188

Os órgãos executivos garantem, no respectivo território, a realização de tarefas e programas económicos, culturais e sociais de interesse local, observando o estabelecido na Constituição e as deliberações da Assembleia da República, do Conselho de Ministros e dos órgãos do Estado do escalão correspondente ou superior.

ARTIGO 189

Os órgãos executivos prestam contas aos órgãos representativos.

ARTIGO 190

A lei estabelece a organização, as competências e o funcionamento dos órgãos locais do Estado, bem como a forma legal dos respectivos actos.

ARTIGO 191

A revogação e a renúncia do mandato dos membros dos órgãos representativos são reguladas por lei.

CAPÍTULO X
INCOMPATIBILIDADES

ARTIGO 192

1. Os cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidente do Tribunal Supremo, Vice-Presidente do Tribunal Supremo, Presidente do Conselho Constitucional, Presidente do Tribunal Administrativo, Procurador-Geral da República, Vice-Procurador-Geral da República, Governador Provincial e Secretário de Estado, são incompatíveis entre si.

2. A qualidade de membro do Governo é igualmente incompatível com os cargos referidos no número anterior, exceptuando-se o de Presidente da República e o de Primeiro-Ministro por serem membros do Governo.

3. A lei define outras incompatibilidades.

TÍTULO IV
SÍMBOLOS, MOEDA E CAPITAL DA REPÚBLICA

ARTIGO 193

A bandeira nacional tem cinco cores: vermelho, verde, preto, amarelo dourado e branco.

As cores representam:

vermelho — a resistência secular ao colonialismo, a luta armada de libertação nacional e a defesa da soberania;

verde — as riquezas do solo;

preto — o continente africano;

amarelo dourado — as riquezas do subsolo;

branco — a justeza da luta do povo moçambicano e a paz.

De cima para baixo estão dispostos horizontalmente o verde, o preto e o amarelo dourado alternados por faixas brancas. Do lado esquerdo, o vermelho ocupa o triângulo no centro do qual se encontra uma estrela tendo sobre ela um livro, ao qual se sobrepõem uma arma e uma enxada cruzadas.

A estrela simboliza o espírito de solidariedade internacional do povo moçambicano. O livro, a enxada e a arma simbolizam o estudo, a produção e a defesa.

ARTIGO 194

O emblema da República de Moçambique contém como elementos centrais um livro, uma arma e uma enxada, dispostos em cima do mapa de Moçambique, e representando respectivamente: a educação, a defesa e vigilância, o campesinato e a produção agrícola.

Por baixo do mapa está representado o oceano.

Ao centro, o sol nascente, símbolo de nova vida em construção.

A delimitar este conjunto está uma roda dentada, simbolizando os operários e a indústria.

A circundar a roda dentada encontram-se à direita e à esquerda, respectivamente, uma planta de milho e espiga e uma cana-de-açúcar simbolizando a riqueza agrícola. No cimo, ao centro, uma estrela simboliza o espírito de solidariedade internacional do povo moçambicano.

Na parte inferior está disposta uma faixa vermelha com a inscrição "República de Moçambique".

ARTIGO 195

A letra e a música do hino nacional são estabelecidas por lei.

ARTIGO 196

A moeda nacional é o Metical.

ARTIGO 197

A capital da República de Moçambique é a cidade de Maputo.

TÍTULO V

REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO

ARTIGO 198

1. As iniciativas de alteração da Constituição são propostas pelo Presidente da República ou por um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República.

2. As propostas de alteração devem ser depositadas na Assembleia da República noventa dias antes do início do debate.

ARTIGO 199

1. Quando as propostas de revisão impliquem alteração fundamental dos direitos dos cidadãos e da organização dos poderes públicos, a proposta de revisão adoptada pela Assembleia da República é submetida a debate público e levada a referendo.

2. Os resultados do referendo e o texto constitucional aprovado são adoptados pela Assembleia da República sob a forma de lei constitucional e mandados publicar pelo Presidente da República.

3. Nos restantes casos a alteração da Constituição é aprovada por maioria de dois terços dos deputados da Assembleia da República.

TÍTULO VI
DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

ARTIGO 200

As normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico.

ARTIGO 201

Na República de Moçambique as leis só têm efeitos retroactivos quando beneficiem os cidadãos e outras pessoas jurídicas.

ARTIGO 202

Até a entrada em funcionamento do Conselho Constitucional, as suas competências são exercidas pelo Tribunal Supremo.

ARTIGO 203

A legislação anterior que não fôr contrária à Constituição mantém-se em vigor até que seja modificada ou revogada.

ARTIGO 204

1. Até a realização das eleições gerais, o Presidente da República de Moçambique é o Presidente do Partido Frelimo.

2. O disposto no artigo 118 quanto à eleição e ao mandato do Presidente da República entra em vigor quando da realização das próximas eleições presidenciais.

ARTIGO 205

1. O mandato dos deputados da Assembleia Popular permanece válido até a realização de eleições gerais nos termos estabelecidos na presente Constituição.

2. O mandato dos deputados das Assembleias do Povo dos restantes níveis territoriais permanece válido até a realização das eleições locais, nos termos da lei eleitoral.

ARTIGO 206

A Constituição entra em vigor no dia 30 de novembro de 1990.

Aprovada pela Assembleia Popular aos 2 de novembro de 1990. — O Presidente da Assembleia Popular, *Marcelino dos Santos.*

Publique-se.

O Presidente da República, *JOAQUIM ALBERTO CHISSANO.*

Constituição de Romênia (*)

TÍTULO PRIMERO

Principios generales

Artículo 1

El Estado Rumano

(1) Rumanía es un Estado nacional, soberano e independiente, unitario e indivisibile.

(2) La forma de gobierno del Estado Rumano es la República.

(3) Rumanía es un Estado de derecho, democrático y social, en el cual la dignidad del ser humano, los derechos y las libertades de los ciudadanos, el libre desarrollo de la personalidad humana, la justicia y el pluralismo político representan valores supremos y se garantizan.

Artículo 2

La soberanía

(1) La soberanía nacional pertenence al pueblo rumano, el cual la ejerce por medio de sus órganos representativos y por referendum.

(2) Ningún grupo y ninguna persona pueden ejercer la soberanía en nombre propio.

Artículo 3

El territorio

(1) El territorio de Rumanía es inalienable.

(2) Las fronteras del país se consagran por ley orgánica dentro del respeto a los principios y a las demás normas generalmente admitidas del derecho internacional.

(*) Adotada na Reunião da Assembléia Constituinte de 21 de novembro de 1991 e em vigor após sua adoção no *referendum* nacional em 8 de dezembro de 1991.

(3) Desde el punto de vista administrativo, el territorio está organizado en municipios rurales, ciudades y departamentos. Con los requisitos que señale la ley, algunas ciudades pueden ser declaradas municipios urbanos.

(4) En el territorio del Estado rumano no se pueden trasladar o colonizar poblaciones extranjeras.

Artículo 4

La unidad del pueblo y la igualdad entre los ciudadanos

(1) El Estado tiene como fundamento la unidad del pueblo rumano.

(2) Rumanía es la patria común e indivisible de todos sus ciudadanos, sin distinción alguna de raza, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión, sexo, opinión, pertenencia política, fortuna u origen social.

Artículo 5

La ciudadanía

(1) La ciudadanía rumana se adquiere, se conserva o se pierde en las condiciones previstas por la ley orgánica.

(2) La ciudadanía rumana no puede retirarse a quien la adquirió por nacimiento.

Artículo 6

El derecho a la identidad

(1) El Estado reconoce y garantiza a las personas pertenecientes a las minorías nacionales el derecho a conservar, desarrollar y expresar su identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa.

(2) Las medidas de protección del Estado con el fin de conservar, desarrollar y expresar la identidad de las personas pertenecientes a las minorías nacionales han de estar conformes a los principios de igualdad y no-discriminación respecto a los demás ciudadanos rumanos.

Artículo 7

Los rumanos del extranjero

El Estado apoya el fortalecimiento de los vínculos con los rumanos que viven fuera del país y actúa para éstos puedan conservar, desarrollar y expresar su identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa, dentro del respeto a la legislación del Estado cuyos ciudadanos son.

Artículo 8

El pluralismo y los partidos políticos

(1) El pluralismo es, en la sociedad rumana, una condición y una garantía de la democracia constitucional.

(2) Los partidos políticos se constituyen y ejercen su actividad en las condiciones de la ley. Ellos contribuyen a definir y expresar la voluntad política de los cidadanos, dentro del respeto a la soberanía nacional, la integridad territorial, el orden de derecho y los principios de la democracia.

Artículo 9

Los sindicatos

Los sindicatos se constituyen y ejercen su actividad conforme a sus estatutos, en las condiciones de la ley. Su fin es contribuir a la defensa de los derechos y a la promoción de los intereses profesionales, económicos y sociales de los asalariados.

Artículo 10

Las relaciones internacionales

Rumanía mantiene y desarrola relaciones pacíficas con todos los Estados y, en este marco, relaciones de buena vecindad, basadas en los principios y en las demás normas generalmente admitidas del derecho internacional.

Artículo 11

El derecho internacional y el derecho interno

(1) El Estado rumano se compromete a cumplir exactamente y de buena fe las obligaciones que le incumben según los tratados de los cuales es parte.

(2) Los tratados ratificados por el Parlamento, de conformidad a la ley, forman parte del derecho interno.

Artículo 12

Símbolos nacionales

(1) La bandera de Rumanía es tricolor; los colores están dispuestos verticalmente, en este orden, comenzando por el asta: azul, amarillo, rojo.

(2) La Fiesta Nacional de Rumanía es el 1 de Diciembre.

(3) El himno nacional de Rumanía es "Levántate, rumano".

(4) El escudo del país y el sello del Estado se establecen por leyes orgánicas.

Artículo 13

La lengua oficial

En Rumanía, la lengua oficial es el rumano.

Artículo 14

La Capital

La capital de Rumanía es el municipio de Bucuresti.

TÍTULO II

Los Derechos, las Libertades y los Deberes Fundamentales

CAPÍTULO I

Disposiciones comunes

Artículo 15

La universalidad de los derechos

(1) Los ciudadanos gozan de los derechos y las libertades consagradas por la Constitución y por otras leyes y tienen las obligaciones previstas por ellas.

(2) La ley dispone sólo para el porvenir, a excepción de la ley penal más favorable.

Artículo 16

La igualdad de derechos

(1) Los ciudadanos son iguales ante la ley y las autoridades públicas, sin privilegios y sin discriminaciones.

(2) Nadie está por encima de la ley.

(3) Pueden ocupar los cargos y las dignidades públicas civiles o militares las personas que tienen sólo la ciudadanía rumana y su domicilio en el país.

Artículo 17

Los ciudadanos rumanos en el extranjero

En el extranjero los ciudadanos rumanos gozan de la protección del Estado rumano y han de cumplir con sus obligaciones, salvo las incompatibles con su ausencia del país.

Artículo 18

Los ciudadanos rumanos y los apátridas

(1) Los ciudadanos rumanos y los apátridas que viven en Rumanía gozan de la protección general de las personas y de las fortunas, garantizada por la Constitución y por otras leyes.

(2) El derecho de asilo se concede y se retira en las condiciones de la ley, dentro del respeto a los tratados y a los convenios internacionales de los cuales Rumanía es parte.

Artículo 19

La extradición y la expulsión

(1) El ciudadano rumano no puede ser extradido o expulsado de Rumanía.

(2) Los ciudadanos rumanos y los apátridas pueden ser extradidos solamente en base a un convenio intenacional o en términos de reciprocidad.

(3) Corresponde a la justicia decidir la expulsión o la extradición.

Artículo 20

Los tratados internacionales relativos a los derechos de la persona humana

(1) Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y a las libertades de los ciudadanos se interpretarán y aplicarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los convenios y los demás tratados de los cuales Rumanía es parte.

(2) Si existen no-concordancias entre los convenios y tratados relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, de los cuales Rumanía es parte, y las leyes internas, las reglamentaciones internacionales tienen la primacía.

Artículo 21

El libre acceso a la justicia

(1) Toda persona puede dirigirse a la justicia para defender sus derechos, libertades e intereses legítimos.

(2) Ninguna ley puede limitar el ejercicio de estos derechos.

CAPÍTULO II

Los Derechos y las Libertades Fundamentales

Artículo 22

El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica

(1) El derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica de la persona se garantizan.

(2) Nadie puede ser sometido a tortura, ni a ningún tipo de pena a trato inhumano o degradante.

(3) Se prohibe la pena de muerte.

Artículo 23

La libertad individual

(1) La libertad individual y la seguridad de la persona son inviolables.

(2) El registro, la retención o la detención de una persona sólo se permiten en los casos y con el procedimiento previstos por la ley.

(3) La retención no puede durar más de 24 horas.

(4) La detención se efectúa en base a una orden emitida por el magistrado válida para un período máximo de 30 días. Respecto a la legalidad de la orden, la persona detenida puede presentar queja ante el juez, el cual ha de pronunciarse mediante resolución justificada. Corresponde sólo a las instancias judiciales aprobar la prolongación de la detención.

(5) Toda persona retenida o detenida debe ser informada de forma inmediata, en la lengua que comprenda, de las razones de su retención o detención y de la acusación en el plazo más breve posible. La acusación se le debe comunicar solamente en presencia de abogado, elegido por ella o de oficio.

(6) La puesta en libertad de la persona retenida o detenida es obligatoria si las causas de dichas medidas han desaparecido.

(7) La persona en prisión preventiva tiene derecho a pedir su libertad provisional, bajo control judicial o fianza.

(8) Hasta una vez firme la resolucíon judicial condenatoria, toda persona es considerada inocente.

(9) Ninguna pena puede establecerse o aplicarse sino en las condiciones y en base a la ley.

Artículo 24

El derecho a la defensa

(1) Se garantiza el derecho a la defensa.

(2) Durante el proceso, las partes tienen derecho a asistencia de abogado, elegido por ellas o de oficio.

Artículo 25

La libre circulación

(1) Se garantiza el derecho a la libre circulación, en el país y en el extranjero. La ley establece los términos del ejercicio de este derecho.

(2) Se asegura a todo ciudadano el derecho a establecer su domicilio o residencia en cualquier localidad del país, a emigrar, como también a volver al país.

Artículo 26

La vida íntima, familiar y personal

(1) Las autoridades públicas respetan y protegen la vida íntima, familiar y personal.

(2) La persona física tiene derecho a disponer de sí misma si no viola los derechos y las libertades de los demás, el orden público y las buenas costumbres.

Artículo 27

La inviolabilidad del domicilio

(1) El domicilio y la residencia son inviolables. Nadie puede entrar o permanencer en el domicilio o en la residencia de una persona sin el consentimiento de la misma.

(2) De las previsiones del párrafo (1) se puede derogar por la ley en las siguientes situaciones:

a) para ejecutar una orden de detención o una resolución judicial;

b) para eliminar un peligro relativo a la vida, la integridad física o los bienes de una persona;

c) para defender la seguridad nacional o el orden público;

d) para prevenir la propagación de una epidemia.

(3) Los registros pueden ser ordenados exclusivamente por el magistrado y pueden realizarse solamente en las formas previstas por la ley.

(4) Los registros nocturnos se prohiben, salvo en caso de flagrante delito.

Artículo 28

El secreto de la correspondencia

El secreto de las cartas, de los telegramas, de otras comunicaciones postales, de las telefónicas y de los demás medios legales de comunicación es inviolable.

Artículo 29

La libertad de conciencia

(1) La libertad de expresión y opinión así como la libertad religiosa no pueden limitarse de ningún modo. Nadie puede ser obligado a adoptar una opinión o a adherirse a una creencia religiosa, contrarias a sus convicciones.

(2) Se garantiza da libertad de conciencia; ella tiene que manifestarse en un espíritu de tolerancia y de respeto recíproco.

(3) Las confesiones religiosas son libres y se organizan de acuerdo a los estatutos propios, en los términos de la ley.

(4) En las relaciones entre las confesiones se prohibe cualquier forma, medio, acto u acción de disputa religiosa.

(5) Las confesiones religiosas son autónomas respecto al Estado y gozan del apoyo de éste, inclusive con facilidades de asistencia religiosa en el ejército, en hospitales, cárceles, asilos y orfanatos.

(6) Los padres o los tutores tienen derecho a asegurar, conforme a sus propias convicciones, la educación de los hijos menores de edad cuya responsabilidad les incube.

Artículo 30

La libertad de expresión

(1) La libertad de expresar pensamientos, opiniones o creencias y la libertad de las creaciones de cualquier carácter, mediante la palabra, el escrito, las imágenes, los sonidos u otros medios de comunicación en público, son inviolables.

(2) Se prohibe la censura de cualquier tipo.

(3) La libertad de la prensa implica también la libertad de crer publicaciones.

(4) Ninguna publicación puede ser suprimida.

(5) La ley puede imponer a los medios de comunicación social la obligación de hacer pública la fuente de su financiamiento.

(6) La libertad de expresión no puede perjudicar la dignidade, el honor, la vida particular de la persona, ni el derecho a la propia imagen.

(7) Se prohiben por ley la difamación del país y de la nación, la exhortación a la guerra de agresión, al odio nacional, racial, de clase o religioso, la incitación a la discriminación, al separatismo territorial o a la violencia pública, así como las manifestaciones obscenas, contrarias a las buenas costumbres.

(8) La responsabilidad civil por la información o la creación llevadas al conocimiento público incumbe al editor o al realizador, al autor, al organizador de la manifestación artística, al propietario del medio de multiplicación, de la radio o de la televisión, en las condiciones de la ley.

Los delitos de prensa se establecen por ley.

Artículo 31

El derecho a la información

(1) El derecho de la persona a tener acceso a cualquier información de interés público no puede ser limitado.

(2) Las autoridades públicas, conforme a las competencias que les incumben, han de asegurar la información correcta de los ciudadanos respecto a las cuestiones públicas y a los problemas de interés personal.

(3) El derecho a la información no ha de perjudicar las medidas de protección de los jóvenes o la seguridad naciónal.

(4) Los medios de información social, públicos y privados, tienen la obligación de asegurar la información correcta de la opinión pública.

(5) Los servicios públicos de radio y televisión son autónomos. Ellos han de garantizar a los grupos sociales y políticos importantes el ejercicio del derecho a la antena. La organización de dichos servicios y el control parlamentario de su actividad se regulan por ley orgánica.

Artículo 32

El derecho a la educación

(1) El derecho a la educación es asegurado por la enseñanza básica obligatoria, la enseñanza media y la profesional, por la enseñanza superior, así como por otras formas de instrucción y perfeccionamiento.

(2) La enseñanza de todos los grados se realiza en lengua rumana. En las condiciones de la ley, la enseñanza puede realizarse también en una lengua de circulación internacional.

(3) Se garantizan el derecho de las personas pertenencientes a las minorías nacionales a estudiar en su lengua materna y el derecho a poder ser educados en esta lengua; las modalidades de ejercicio de estos derechos se establecen por ley.

(4) La enseñanza estatal es gratuita, conforme a la ley.

(5) Las instituciones de enseñanza, inclusive las particulares, se crean y ejercen su actividad en las condiciones de la ley.

(6) Se garantiza la autonomía universitaria.

(7) El Estado asegura la libertad de la enseñanza religiosa, de acuerdo a las exigenciais específicas de cada culto. En las escuelas del Estado, la educación religiosa se organiza y garantiza por ley.

Artículo 33

El derecho a la protección de la salud

(1) Se garantiza el derecho a la protección de la salud.

(2) El Estado ha de tomar medidas destinadas a asegurar la higiene y la salud públicas.

(3) La ley establece la organización de la asistencia médica y del sistema de seguros sociales en casos de enfermedad, accidentes, maternidad y recuperación, el control del ejercicio de las profesiones médicas y da las actividades paramédicas, así como otras medidas de protección de la salud física y psíquica de la persona.

Artículo 34

El derecho a voto

(1) Los ciudadanos tienen derecho a voto a partir de los 18 años de edad, cumplidos hasta el día de las elecciones inclusive.

(2) No tienen derecho a voto los atrasados o los alienados mentales bajo interdicción, ni las personas condenadas por resolución judicial definitiva a la pérdida de los derechos electorales.

Artículo 35

El derecho a ser elegido

(1) Tienen derecho a ser elegidos los ciudadanos con derecho a voto que cumplen las condiciones previstas en el artículo 16 párrafo (3), si no les fué prohibida la asociación en partidos políticos de conformidad al artículo 37 párrafo (3).

(2) Los candidatos han de haber cumplido, hasta el día de las elecciones inclusive, los 23 años de edad al menos, para ser elegidos a la Cámara de los Diputados o a los órganos locales, y los 35 años de edad, para ser elegidos al Senado o al cargo de Presidente de Rumanía.

Artículo 36

La libertad de reunión

Los mítines, las demonstraciones, las procesiones u otras reuniones son libres y se pueden organizar y desarrollar sólo de manera pacífica, sin ningún tipo de armas.

Artículo 37

El derecho de asociación

(1) Los ciudadanos pueden agruparse libremente en partidos políticos, sindicatos y otras formas de asociación.

(2) Los partidos o las organizaciones que, por sus fines o por su actividad, militan contra el pluralismo político, los principios del Estado de derecho o la soberanía, la integridad o la independencia de Rumanía son inconstitucionales.

(3) No pueden formar parte de los partidos políticos los miembros de la Corte Constitucional, los Abogados del Pueblo, los magistrados, los miembros activos del ejército, los policías y otras categorías de funcionarios públicos, estabelecidas por ley orgánica.

(4) Se prohiben las asociaciones de carácter secreto.

Artículo 38

El trabajo y la protección social del trabajo

(1) El derecho al trabajo no puede ser limitado. La elección de la profesión y la del empleo son libres.

(2) Los asalariados tienen derecho a la protección social del trabajo. Las medidas de protec-

ción se refieren a la seguridad y higiene del trabajo, al régimen de trabajo de las mujeres y de los jóvenes, al establecimiento de un salario mínimo al nivel de la economía, al descanso semanal, a las vacaciones anuales retribuidas, a la prestación del trabajo en condiciones difíciles, así como a otras condiciones específicas.

(3) La duración de la jornada laboral es, como promedio, de 8 horas a lo más.

(4) Por trabajo igual, las mujeres reciben salario igual con los hombres.

(5) Se garantiza el derecho a negociaciones colectivas en materia laboral y el carácter obligatorio de los convenios laborales.

Artículo 39

Prohibición del trabajo forzado

(1) Se prohibe el trabajo forzado.

(2) No constituye trabajo forzado:

a) el servicio de carácter militar o las actividades sustitutorias realizadas, de acuerdo a la ley, en los casos de objección de conciencia;

b) el trabajo realizado por una persona condenada, en condiciones normales, durante el período de detención o de libertad condicional;

d) las prestaciones impuestas por la situación engendrada por calamidades o por otro peligro, así como las que forman parte de las obligaciones civiles normales establecidas por la ley.

Artículo 40

El derecho a la huelga

(1) Los asalariados tienen derecho a la huelga para la defensa de sus intereses profesionales, económicos y sociales.

(2) La ley establece las condiciones y los límites del ejercicio de este derecho, así como las garantías necesarias para asegurar los servicios esenciales para la sociedad.

Artículo 41

La protección de la propiedad privada

(1) El derecho a la propiedad, así como los créditos sobre el Estado, se garantizan. El contenido y los límites de dichos derechos se establecen por ley.

(2) La propiedad privada es protegida de manera igual por la ley, sin distinción del titular. Los ciudadanos extranjeros y los apátridas no pueden adquirir el derecho de propiedad sobre los terrenos.

(3) Nadie puede ser expropiado excepto por causa de utilidad pública, establecida de conformidad a la ley, con justa y previa indemnización.

(4) Para trabajos de interés general, la autoridad pública puede usar el sótano de cualquier propiedad inmobiliaria, con la obligación de indemnizar al propietario por los daños causados al suelo, a las plantaciones o a las construcciones, así como por otros daños imputables a la autoridad.

(5) Las indemnizaciones previstas en los párrafos (3) y (4) se establecen de común acuerdo con el propietario, o, en caso de divergencia, por la justicia.

(6) El derecho a la propiedad obliga a cumplir con las obligaciones relativas a la defensa del medio ambiente y la buena vecindad, así como a satisfacer las demás obligaciones que, según la ley o la costumbre, incumben al propietario.

(7) La fortuna adquirida de manera lícita no puede confiscarse. Se presume el carácter lícito de su adquisición.

(8) Los bienes destinados o utilizados para cometer infracciones o contravenciones, así como los que de éstas resulten, sólo pueden confiscarse en las condiciones da la ley.

Artículo 42

El derecho a la herencia

El derecho a la herencia se garantiza.

Artículo 43

El nivel de vida

(1) El Estado está obligado a tomar medidas para el desarrollo ecónomico y la protección social, destinadas a asegurar a los ciudadanos un nivel de vida decente.

(2) Los ciudadanos tienen derecho a pensiones de vejez, licencias de maternidad retribuidas, asistencia médica en las unidades sanitarias del Estado, seguro de desempleo y a otras formas de asistencia social previstas por la ley.

Artículo 44

La familia

(1) La familia se funda en el matrimonio libremente consentido entre los cónyuges, en la igualdad de los mismos y en el dedecho y el deber de los padres de asegurar la cría, la educación y la instrucción de los hijos.

(2) Las condiciones de celebración, disolución y nulidad del matrimonio se establecen por ley. El matrimonio eclesiástico puede celebrarse únicamente después del civil.

(3) Los hijos habidos fuera del matrimonio son iguales ante la ley con los habidos dentro del matrimonio.

Artículo 45

La protección de los niños y de los jóvenes

(1) Los niños y los jóvenes gozan de un régimen especial de protección y de asistencia en el ejercicio de sus derechos.

(2) El Estado otorga dotaciones presupuestarias para niños y subsidios para atender al niño enfermo o disminuído. Otras formas de protección social de los niños y de los jóvenes se establecen por ley.

(3) Se prohibe explotar a los menores de edad, emplearlos en actividades que dañaren a su salud, a su moralidad o pusieren en peligro su vida o su desarrollo normal.

(4) Los menores de 15 años no pueden contratarse como asalariados.

(5) A las autoridades públicas les incumbe la obligación de contribuir a asegurar las condiciones para la libre participación de los jóvenes en la vida política, social, ecónomica, cultural y deportiva del país.

Artículo 46

La protección de las personas disminuidas

Los disminuidos física, sensorial o psíquicamente gozan de protección especial. El Estado asegura la realización de una política nacional de prevención, tratamiento, rehabilitación, enseñanza, instrucción y integración social de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, en el respeto a los

derechos y los deberes que incumben a los padres tutores.

Artículo 47

El derecho de petición

(1) Los ciudadanos tienen derecho a dirigirse a las autoridades públicas por peticiones formuladas únicamente en nombre de los firmantes.

(2) Las organizaciones legalmente constituídas tienen derecho a dirigir peticiones exclusivamente en nombre de los colectivos que representan.

(3) El ejercicio del derecho de petición es exento de taras.

(4) Las autoridades públicas han de responder a las peticiones dentro de los términos y con las condiciones establecidas conforme a la ley.

Artículo 48

El derecho de las personas perjudicadas por una autoridad pública

(1) La persona perjudicada en un derecho suyo por una autoridad pública, por un acto administrativo o por el hecho de no haberse solucionado su petición dentro del plazo legal, es habilitada a obtener que se le reconozca el derecho reclamado, la nulidad del acto y la reparación del daño.

(2) Las condiciones y los límites del ejercicio de dicho derecho se regulan por ley orgánica.

(3) El Estado es responsable, desde el punto de vista patrimonial, conforme a la ley, de los perjuicios causados por los errores judiciales cometidos en los procesos penales.

Artículo 49

La restricción del ejercicio de algunos derechos o libertades

(1) El ejercicio de algunos derechos o libertades sólo puede ser restringido por la ley y sólo si esto se impone, según el caso, para: defender la seguridad nacional, el orden, la salud o la moralidad pública, los derechos y las libertades de los ciudadanos; realizar la instrucción penal; prevenir las consecuencias de una calamidad natural o de un siniestro sumamente grave.

(2) La restricción ha de ser proporcional a la situación que la haya determinado y no puede perjudicar la existencia del derecho o de la libertad.

CAPÍTULO III

Los Deberes Fundamentales

Artículo 50

La lealtad al país

(1) La lealtad al país es sagrada.

(2) Los ciudadanos a quienes se confían cargos públicos, así como los militares, responden por el cumplimiento leal de las obligaciones que les incumben y, a este fin, han de prestar el juramento requerido por la ley.

Artículo 51

La observancia de la Constitución y de las leyes

La observancia de la Constitución, de su supremacía y de las leyes es obligatoria.

Artículo 52

La defensa del país

(1) Los ciudadanos tienen el derecho y la obligación de defender a Rumanía.

(2) El servicio militar es obligatorio para los varones, ciudadanos rumanos, que hayan cumplido los 20 años de edad, salvo los casos previstos por la ley.

(3) Para satisfacer el servicio militar activo, los ciudadanos pueden ser incorporados hasta la edad de 35 años.

Artículo 53

Contribuciones financieras

(1) Los ciudadanos tienen la obligación de contribuir, por medio de impuestos y tasas, a los gastos públicos.

(2) El sistema legal de impuestos ha de asegurar un reparto equitativo de las tareas fiscales.

(3) Se prohibe cualquier otra prestación, salvo las que establezca la ley, en situaciones excepcionales.

Artículo 54

El ejercicio de los deberes y de las libertades

Los ciudadanos rumanos, los ciudadanos extranjeros y los apátridas han de ejercer sus derechos y libertades constitucionales de buena fe, sin vulnerar los derechos y libertades de los demás.

CAPÍTULO IV
El Abogado del Pueblo

Artículo 55

Nombramiento y papel

(1) El Abogado del Pueblo es nombrado por el Senado, por un período de 4 años, para la defensa de los derechos y de las libertades de los ciudadanos. La organización y el funcionamiento de la institución llamada el Abogado del Pueblo se establecen por una ley orgánica.

(2) El Abogado del Pueblo no puede desempeñar ningún otro cargo público o privado.

Artículo 56

El ejercicio de las atribuciones

(1) El Abogado del Pueblo ejerce sus atribuciones de oficio o a petición de las personas perjudicadas en sus derechos y libertades, en los límites establecidos por la ley.

(2) Incumbe a las autoridades públicas la obligación de asegurar al Abogado del Pueblo el apoyo necesario para el ejercicio de sus atribuciones.

Artículo 57

El informe ante el Parlamento

El Abogado del Pueblo presenta informes ante las dos Cámaras del Parlamento, una vez al año o a petición de éstas. Los informes pueden contener recomendaciones relativas a la legislación o medidas de otra índole, para la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

TÍTULO III
Las Autoridades Públicas

CAPÍTULO I
El Parlamento

SECCIÓN 1
Organización y Funcionamiento

Artículo 58

El papel y la estructura

(1) El Parlamento es el órgano representativo supremo del pueblo rumano y la única autoridad legislativa del país.

(2) El Parlamento está integrado por la Cámara de los Diputados y el Senado.

Artículo 59

La elección de las Cámaras

(1) La Cámara de los Diputados y el Senado se eligen por sufragio universal, igual, directo, secreto y libremente expresado, conforme a la ley electoral.

(2) Las organizaciones de los ciudadanos pertenecientes a las minorías nacionales, que no reúnen en las elecciones el número suficiente de sufragios para ser representados en el Parlamento, tienen derecho a un escaño de diputado cada una, en las condiciones de la ley electoral. Los ciudadanos de una minoría nacional pueden ser representados únicamente por una sola organización.

(3) El número de los diputados y de los senadores se establece por la ley electoral, en proporción a la población del país.

Artículo 60

La duración del mandato

(1) La Cámara de los Diputados y el Senado se eligen por un mandato de 4 años, el cual se puede prolongar, por ley orgánica, en caso de guerra o de catástrofe.

(2) Las elecciones a la Cámara de los Diputados y al Senado tienen lugar dentro de un plazo máximo de 3 meses posteriores a la expiración del mandato o a la disolución del Parlamento.

(3) El Parlamento recién elegido se reúne, convocado por el Presidente de Rumanía, dentro de un plazo máximo de 20 días posteriores a las elecciones.

(4) El mandato de las Cámaras se prolonga hasta la reunión legal del Parlamento nuevo. Durante este período no puede revisarse la Constitución y no pueden adoptarse, modificarse o abrogarse leyes orgánicas.

(5) Los proyectos de ley o las proposiciones de ley inscritas sobre el orden del día del Parlamento procedente continúan su procedimiento en el Parlamento nuevo.

Artículo 61

La organización interior

(1) La organización y el funcionamento de cada Cámara se establecen por sus reglamentos propios. Los recursos financieros de cada Cámara se establecen en los presupuestos aprobados por las mismas.

(2) Cada Cámara elige una diputación permanente. El presidente de la Cámara de los Diputados y el presidente del Senado se eligen por el período que dure el mandato de las Cámaras. Los demás miembros de las diputaciones permanentes se eligen al inicio de cada sesión. Los miembros de las diputaciones permanentes pueden ser revocados antes de expirar su mandato.

(3) Los diputados y los senadores pueden organizarse en grupos parlamentarios, de conformidad al reglamento de cada Cámara.

(4) Cada Cámara constituye sus comisiones permanentes y puede constituir comisiones de investigación u otras comisiones especiales. Las Cámaras pueden constituir comisiones comunes.

(5) Las diputaciones permanentes y las comisiones parlamentarias se forman de conformidad a la configuración política de cada Cámara.

Artículo 62

Reuniones conjuntas

(1) La Cámara de los Diputados y el Senado funcionan en reuniones separadas y en reuniones conjuntas. En las reuniones conjuntas las labores se regirán por un reglamento aprobado por la mayoría de los diputados y de los senadores.

(2) Las Cámaras se convocan en reunión conjunta para:

a) recibir el mensaje del Presidente de Rumanía;

b) aprobar el presupuesto de Estado y el presupuesto de seguros sociales de Estado;

c) declarar la mobilización general o parcial;

d) declarar el estado de guerra;

e) suspender o cesar las hostilidades militares;

f) examinar los informes del Consejo Supremo de Defensa del País y del Tribunal de Cuentas;

g) nombrar, a proposición del Presidente de Rumanía, al director del Servicio Rumano de Informaciones y ejercer el control sobre la actividad del mismo;

h) cumplir con otras atribuciones que, de conformidad a la Constitución o al reglamento, se ejerecen en reunión conjunta.

Artículo 63

Sesiones

(1) La Cámara de los Diputados y el Senado se reúnen una vez al año en dos sesiones ordinarias. La primera sesión comienza el mes de febrero y no puede prolongarse sino hasta finales del mes de junio. La segunda sesión comienza el mes de septiembre y no puede prolongarse sino hasta finales del mes de diciembre.

(2) La Cámara de los Diputados y el Senado se reúnen también en sesiones extraordinarias a petición del Presidente de Rumanía, de la diputación permanente de cada Cámara o de al menos un tercio del número de los diputados o senadores.

(3) Las Cámaras se convocan por sus respectivos presidentes.

Artículo 64

Las actas jurídicas y el quórum legal

La Cámara de los Diputados y el Senado adoptan leyes, resoluciones y mociones, en presencia de la mayoría de sus miembros.

Artículo 65

El carácter público de las reuniones

(1) Las reuniones de las dos Cámaras son públicas.

(2) Las Cámaras pueden decidir que ciertas reuniones sean secretas.

SECCIÓN 2

El Estatuto de los Diputados y Senadores

Artículo 66

El mandato representativo

(1) En el ejercicio de su mandato, los diputados y senadores están al servicio del pueblo.

(2) Todo mandato imperativo es nulo.

Artículo 67

El mandato de los diputados y senadores

(1) Los diputados y senadores comienzan el ejercicio del mandato en la fecha de la reunión legal de la Cámara de la cual forman parte, a condición de ser validados.

(2) La calidad de diputado o de senador cesa en la fecha de la reunión legal de las Cámaras nuevamente elegidas o en caso de dimisión, de pérdida de los derechos electorales, de incompatibilidad o fallecimiento.

Artículo 68

Incompatibilidades

(1) Nadie puede ser, simultáneamente, diputado y senador.

(2) La calidad de diputado o de senador es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo público de autoridad, salvo el de miembro del Gobierno.

(3) Otras incompatibilidades se establecen por ley orgánica.

Artículo 69

La inmunidad parlamentaria

(1) El diputado o el senador no puede ser retenido, detenido, registrado o procesado en lo penal o controvencional, sin previa autorización de la Cámara de la cual forma parte y sólo después de presentar sus razones. La competencia de juzgar corresponde ao Tribunal Supremo de Justicia.

(2) En caso de infracción flagrante, el diputado o senador puede ser retenido y sometido a registro. El ministro de Justiça informará de inmedia-

to al presidente de la Cámara sobre la retención y el registro. Caso que la Cámara informada constata que la retención no tiene fundamento, dispondrá de inmediato la revocación de dicha medida.

Artículo 70

La independencia de las opiniones

Los diputados y los senadores no pueden ser considerados responsables jurídicamente por los votos o por las opiniones políticas manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 71

La asignación y los demás derechos

Los diputados y los senadores no pueden ser asignación mensual. La cuantía de la asignación y los demás derechos se establecen por la ley.

SECCIÓN 3

La Elaboración de las Leyes

Artículo 72

Categorías de leyes

(1) El Parlamento adopta leyes constitucionales, leyes orgánicas y leyes ordinarias.

(2) Las leyes constitucionales son las de revisión de la Constitución.

(3) Por ley orgánica se reglementan:

a) el sistema electoral;

b) la organización y el funcionamiento de los partidos politicos;

c) la organización y el desarrollo del referéndum;

d) la organización del Gobierno y del Consejo Supremo de Defensa del País;

e) el régimen del estado de sitio y del estado de emergencia;

f) las infraciones, las penas y el régimen de ejecución de las mismas;

g) la concesión de la amnistía o el indulto colectivo;

h) la organización y el funcionamiento del Consejo Superior de la Magistratura, de las instacias judiciales, del Ministerio Público y del Tribunal de Cuentas;

i) el estatuto de los funcionarios públicos;

j) el contencioso administrativo;

k) el régimen jurídico general de la propiedad y de la herencia;

l) el régimen general relativo a las relaciones de trabajo, los sindicatos y la protección social;

m) la organización general de la enseñanza;

n) el régimen general de las confesiones;

o) la organización de la administración local, del territorio, así como el régimen general relativo a la autonomía local;

p) la manera de establecer la zona económica exclusiva;

q) los demás dominios para los cuales, en la Constitución, se prevé la adopción de leyes orgánicas.

Artículo 73

La iniciativa legislativa

(1) La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, a los diputados, a los senadores, así como a un número de al menos 250.000 ciudadanos con derecho a voto. Los ciudadanos que manifiestan el derecho a la iniciativa legislativa, han de proceder de al mínimo un cuarto del número de los departamentos del país y en cada uno de estos departamentos o en el municipio urbano de Bucuresti han de registrarse al mínimo 10.000 firmas a favor de dicha iniciativa.

(2) No pueden formar objeto de la iniciativa legislativa de los ciudadanos las cuestiones fiscales, las de carácter internacional, la amnistía y la gracia.

(3) El Gobierno ejerce su iniciativa legislativa remitiendo el proyecto de ley a una de las dos Cámaras.

(4) Los diputados, senadores y ciudadanos que ejercen el derecho a la iniciativa legislativa pueden presentar proposiciones de ley sólo en la forma requerida para los proyectos de ley.

(5) Las proposiciones de ley se someten primero a la adopción de la Cámara en que fueron presentadas.

Artículo 74

La adopción de las leyes y las resoluciones

(1) Las leyes orgánicas y las resoluciones relativas a los reglamentos de las Cámaras se adoptan con el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara.

(2) Las leyes ordinarias y las resoluciones se adoptan con el voto de la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara.

(3) A petición del Gobierno o por iniciativa propia, el Parlamento puede adoptar proyectos de ley o proposiciones de ley por el procedimiento de urgencia, establecido de conformidad al reglamento de cada Cámara.

Artículo 75

La remisión de los proyectos de y de las proposiciones de ley de una Cámara a otra

Los proyectos de ley o las proposiciones de ley adoptados por una de las Cámaras se envían a la otra Cámara del Parlamento. Si la última rechaza el proyecto de ley o la proposición de ley, éstos se envían a la Cámara que los haya adoptado para ser sometidos a nuevo debate. Un nuevo rechazo es definitivo.

Artículo 76

La mediación

(1) Si una de las Cámaras adopta un proyecto de ley o una proposición de ley en una redacción distinta de la aprobada por la otra Cámara, corresponde a los presidentes de las Cámaras iniciar, por medio de una comisión paritaria, el procedimiento de mediación.

(2) Si la comisión no llega a un acuerdo o si una de las Cámaras no aprueba el informe de la comisión de mediación, los textos en divergencia se

someten al debate de la Cámara de los Diputados y del Senado, en reunión conjunta, los cuales adoptarán el texto definitivo al voto de la mayoría establecido en el artículo 74 párrafos (1) o (2).

Artículo 77

La promulgación de la ley

(1) La ley se envía, para ser promulgada, al Presidente de Rumanía. La ley se promulga en un plazo máximo de 20 días a partir de su recepción.

(2) Antes de promulgar la ley, el Presidente puede pedir al Parlamento, una sola vez, un nuevo examen de la ley.

(3) Si el Presidente ha pedido la reexaminación de la ley o si se ha exigido la verificación de su constitucionalidad, la ley se promulga en un plazo máximo de 10 días desde la recepción de la ley adoptada después de haberse hecho la reexaminación o de haberse recibido la decisión de la Corte Constitucional, por la cual se ha confirmado su constitucionalidad.

Artículo 78

La entrada en vigencia de la ley

La ley se publica en el Boletín Oficial de Rumanía y entra en vigencia en la fecha de su publicación o en la fecha establecida en su texto.

Artículo 79

El Consejo Legislativo

(1) El Consejo Legislativo es órgano consultativo de especialidad del Parlamento, que avisa los proyectos de actos normativos con el fin de sistematizar, unificar y coordinar toda la legislación. A su cargo está el registro oficial de la legislación de Rumanía.

(2) La creación, la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo se estabelecen por ley orgánica.

CAPÍTULO II
El Presidente de Rumanía

Artículo 80

El papel del Presidente

(1) El Presidente de Rumanía representa el Estado rumano y es el garante de la independencia

nacional, de la unidad y de la integridad territorial del país.

(2) El Presidente de Rumanía vigila al respeto a la Constitución y al buen funcionamiento de las autoridades públicas. A este fin, el Presidente ejerce la función de mediación entre los poderes del Estado, así como entre el Estado y la sociedad.

Artículo 81

La elección del Presidente

(1) El Presidente de Rumanía es elegido por sufragio universal, igual, directo, secreto y libremento expresado.

(2) Es declarado elegido el candidato que haya reunido, e nel primer escrutinio, la mayoría de los votos de los electores inscritos en las listas electorales.

(3) Caso de no obtener ninguno de los candidatos dicha mayoría, se procede al segundo escrutinio, entre los dos primeros candidatos establecidos en orden del número de votos obtenidos en el primer escrutinio. Es declarado elegido el candidato que ha obtenido el mayor número de votos.

(4) Nadie puede desempeñar el cargo de Presidente de Rumanía sino por dos mandatos al máximo. Éstos pueden ser también sucesivos.

Artículo 82

La validación del mandato y la prestación del juramento

(1) El resultado de las elecciones al cargo de Presidente de Rumanía es validado por la Corte Constitucional.

(2) El candidato cuya elección se ha validado presta ante la Cámara de los Diputados y el Senado, en reunión conjunta, el seguiente juramento:

"Juro dedicar todas mis fuerzas y mi capacidad al progreso espiritual y material del pueblo rumano, respetar la Constitución y las leyes del país, defender la democracia, los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, la soberanía, la independencia, la unidad y la integridad territorial de Rumanía. Así me asista Dios"!

Artículo 83

La duración del mandato

(1) El mandato del Presidente de Rumanía es de 4 años y se ejerce a partir de la fecha del juramento.

(2) El Presidente de Rumanía ejerce su mandato hasta la fecha en que el nuevo Presidente haya prestado el juramento.

(3) El mandato del Presidente de Rumanía puede ser prolongado, por ley orgánica, en caso de guerra o de catástrofe.

Artículo 84

Incompatibilidades e inmunidades

(1) Durante el período de su mandato, el Presidente de Rumanía no puede ser miembro de ningún partido y no puede desepeñar ningún otro cargo público o privado.

(2) El Presidente de Rumanía goza de inmunidad. Lo establecido en el artículo 70 se aplica de manera correspondiente.

(3) La Cámara de los Diputados y el Senado, en reunión conjunta, pueden decidir la inculpación del Presidente de Rumanía por acusación de alta traición, con el voto de al menos dos tercios del número de los diputados y senadores. La competencia de juzgar corresponde al Tribunal Supremo de Justiçia, en las condiciones de la ley. El Presidente es dimitido de derecho en la fecha en que la sentencia condenatoria queda definitiva.

Artículo 85

El nombramiento del Gobierno

(1) El Presidente de Remanía designa un candidato para el cargo de Primer Ministro y nombra el Gobierno en base al voto de confianza otorgado por el Parlamento.

(2) En caso de nuevo arreglo gubernamental o de vacancia del cargo, el Presidente revoca y nombra, a propuesta del Primer Ministro, algunos de los miembros del Gobierno.

Artículo 86

Asesoramiento del Gobierno

El Presidente de Rumanía puede asesorarse con el Gobierno respecto a problemas urgentes y de suma importancia.

Artículo 87

La participación en las reuniones del Gobierno

(1) El Presidente de Rumanía puede participar en las reuniones del Gobierno en las que se debaten problemas de interés nacional, respecto a la política exterior, la defensa del país, el aseguramiento del orden público y, a petición del Primer Ministro, en otras situaciones.

(2) El Presidente de Rumanía preside las reuniones del Gobierno en las cuales participa.

Artículo 88

Mensajes

El Presidente de Rumanía dirige al Parlamento mensajes relativos a los principales problemas políticos de la nación.

Artículo 89

La disolución del Parlamento

(1) Previa consulta de los presidentes de las dos Cámaras y de los líderes de los grupos parlamentarios, el Presidente de Rumanía puede disolver el Parlamento, si éste no ha otorgado el voto de confianza para la formación del Gobierno, dentro de un plazo de 60 días posteriores a la primera solicitud y sólo después de haber éste rechazado al menos dos solicitudes de investidura.

(2) En el curso del mismo año, el Parlamento puede ser disuelto una sola vez.

(3) El Parlamento no puede ser disuelto en los 6 últimos meses del mandato del Presidente de Rumanía, ni mientras estén declarados el estado de sitio o el estado de emergencia.

Artículo 90

El Referéndum

El Presidente de Rumanía previa consulta del Parlamento, puede pedir al pueblo que exprese, por Referéndum, su voluntad respecto a problemas de interés nacional.

Artículo 91

Atribuciones en materia de política exterior

(1) El Presidente concluye tratados internacionales, negociados por el Gobierno, en nombre de Rumanía y los somete al Parlamento a efectos de ser ratificados, dentro de un plazo de 60 días.

(2) El Presidente, a propuesta del Gobierno, acredita y revoca a los representantes diplomáticos de Rumanía, aprueba la creación y la supresión o el cambio de rango de las misiones diplomáticas.

(3) Los representantes diplomáticos de otros Estados están acreditados ante el Presidente de Rumanía.

Artículo 92

Atribuciones en materia de defensa

(1) El Presidente de Rumanía es el comandante jefe de las Fuerzas Armadas y desempeña el cargo de Presidente del Consejo Supremo de Defensa del País.

(2) Puede declarar, previa aprobación del Parlamento, la movilización parcial o general de las Fuerzas Armadas. Sólo en casos excepcionales, la decisón del Presidente se somete posteriormente a la aprobación del Parlamento, en un plazo máximo de 5 días.

(3) En caso de agresión armada contra el país, el Presidente de Rumanía toma medidas para rechazar la agresión y las comunica de inmediato al Parlamento, por medio de un mesaje. Si el Parlamento no está en sesión, se convoca de derecho en un plazo máximo de 24 horas desde que se haya producido la agresión.

Artículo 93

Medidas excepcionales

(1) El Presidente de Rumanía instituye, de acuerdo a la ley, el estado de sitio o el estado de emergencia en todo el país o en ciertos municipios, y solicita al Parlamento la aprobación de la medida adoptada, en un plazo máximo de 5 días desde su adopción.

(2) Si el Parlamento no está en sesión, se convoca de derecho en un plazo máximo de 48 horas

desde la institución del estado de sitio o del estado de emergencia y funciona mientras estén declarados éstos.

Artículo 94

Otras atribuciones

Corresponden al Presidente de Rumanía también las siguientes atribuciones:

a) conceder condecoraciones y títulos de honor;

b) conferir los grados de mariscal, general y almirante;

c) nombrar para los cargos públicos en los términos previstos por la ley;

d) conceder la gracia.

Artículo 95

La suspención del cargo

(1) En caso de haber cometido hechos graves por los cuales viola las previsiones de la Constitución, el Presidente de Rumanía puede ser suspendido de su cargo por la Cámara de los Diputados y el Senado en reunión conjunta, al voto de la mayoría de los diputados y senadores, previa consulta de la Corte Constitucional. El Presidente puede dar al Parlamento explicaciones relativas a los hechos que se le imputan.

(2) La iniciativa de la proposición de suspensión del cargo corresponde a un tercio al menos del número de diputados y senadores y será llevada al conocimiento inmediato del Presidente.

(3) Si se aprueba la proposición de suspensión del cargo, en un plazo máximo de 30 días se organiza un referéndum para dimitir al Presidente.

Artículo 96

La vacación del cargo

(1) La vacación del cargo de Presidente de Rumanía interviene en caso de dimisión, de deposición del cargo, de impossibilidad definitiva para el ejercicio de sus atribuciones o de fallecimiento.

(2) Dentro de un plazo de 3 meses desde la fecha en que se haya producido la vacación del

cargo de Presidente de Rumanía, el Gobierno organizará elecciones para un nuevo Presidente.

Artículo 97

La interinidad del cargo

(1) Si el cargo del Presidente llega a ser vacante o si el Presidente es suspendido de su cargo, o si está en imposibilidad temporal para ejercer sus atribuciones, la interinidad del cargo se asegura, en orden, por el Presidente del Senado o por el Presidente de la Cámara de los Diputados.

Artículo 98

La responsabilidad del Presidente interino

Si la persona que asegura la interinidad del cargo de Presidente de Rumanía comete delitos graves por los cuales viola las previsiones de la Constitución, se aplican el artículo 95 y el artículo 97.

Artículo 99

Las actas del Presidente

(1) En el ejercicio de sus atribuciones, el Presidente de Rumanía emite decretos que se públican en el Boletín Oficial de Rumanía. La ausencia de publicación atrae la inexistencia del decreto.

(2) Los decretos emitidos por el Presidente de Rumanía en el ejercicio de sus atribuciones previstas en el artículo 91 párrafos (1) y (2), artículo 92 párrafos (2) y (3), artículo 93 párrafo (1) y artículo 94 letras *a*), *b*) y *d*) son refrendados por el Primer Ministro.

Artículo 100

La asignación y los demás derechos

La asignación y los demás derechos del Presidente se establecen por la ley.

CAPITULO III

El Gobierno

Artículo 101

El papel y la estructura

(1) El Gobierno, de acuerdo a su programa de gobernación aceptado por el Parlamento, asegura la realización de la política interior y exterior del país y ejerce la dirección general de la administración pública.

(2) En el desempeño de sus atribuciones, el Gobierno coopera con los organismos sociales interesados.

(3) El Gobierno se compone del Primer Ministro, de ministros y de otros miembros establecidos por ley orgánica.

Artículo 102

La investidura

(1) El Presidente de Rumanía designa un candidato al cargo de Primer Ministro, previa consulta con el partido que tiene la mayoría absoluta en el Parlamento, o de no existir tal mayoría, con los partidos representados en el Parlamento.

(2) Dentro de un plazo de 10 días desde su designación, el candidato al cargo de Primer Ministro solicitará el voto de confianza del Parlamento respecto al programa y a la lista completa del Gobierno.

(3) El programa y la lista del Gobierno se someten al debate de la Cámara de los Diputados y del Senado en reunión conjunta. El Parlamento otorga su confianza al Gobierno por el voto de la mayoría de los diputados y senadores.

Artículo 103

El juramento de fidelidad

(1) El Primer Ministro, los ministros y los demás miembros del Gobierno prestarán, individualmente, ante el Presidente de Rumanía, el juramento del artículo 82.

(2) El Gobierno en su totalidad y cada uno de sus miembros separadamente ejercen su mandato a partir de la fecha en que han prestado el juramento.

Artículo 104

Incompatibilidades

(1) El cargo de miembro del Gobierno es incompatible con el ejercicio de otro cargo público de autoridad, salvo el de diputado o de senador. Asimismo, es incompatible con el ejercicio de un cargo de representación profesional remunerada en las organizaciones con fines comerciales.

(2) Otras incompatibilidades se establecen por ley orgánica.

Artículo 105

El cese del cargo de miembro del Gobierno

El cargo de miembro del Gobierno cesa como efecto de la dimisión, de la revocación, de la pérdida de los derechos electorales, del estado de incompatibilidad, del fellecimiento, así como en otros casos establecidos por la ley.

EL PRIMER MINISTRO

Artículo 106

(1) El Primer Ministro dirige el Gobierno y coordina la actividad de sus miembros, observando las atribuciones que les incumben. Asimismo, presenta ante la Cámara de los Diputados y el Senado informes y declaraciones relativas a la política del Gobierno, los cuales se debaten prioritariamente.

(2) Si el Primer Ministro está en una de las situaciones establecidas en el artículo 105 o si se halla en imposibilidad para ejercer sus atribuciones, el Presidente de Rumanía designará otro miembro del Gobierno como Primer Ministro interino para cumplir con las atribuciones del Primer Ministro, hasta la formación del nuevo Gobierno. La interinidad durante el período de la imposibilidad para ejercer sus atribuciones cesa si el Primer Ministro vuelve a tomar posesión de su actividad en el Gobierno.

(3) Las previsiones del párrafo (2) se aplican también de manera correspondiente a los demás miembros del Gobierno, a propuesta del Primer Ministro, por un período que no puede prolongarse más de 45 días.

Artículo 107

Las actas del Gobierno

(1) El Gobierno adopta decisiones y ordenanzas.

(2) Las decisiones se emiten a efectos de organizar la ejecución de las leyes.

(3) Las ordenanzas se emiten en base a una ley especial de habilitación, en los límites y condiciones previstas por la misma.

(4) Las decisiones y ordenanzas adoptadas por el Gobierno son firmadas por el Primer Ministro, refrendadas por los ministros a los cuales incube la obligación de ponerlos en ejecución y se publican en el Boletín Oficial de Rumanía. La ausencia de

publicación atrae la inexistencia de la decisión o de la ordenanza. Las decisiones de carácter militar se comunican sólo a las instituciones interesadas.

Artículo 108

La responsabilidad de los miembros del Gobierno

(1) El Gobierno responde políticamente de toda su actividad sólo ante el Parlamento. Cada miembro del Gobierno responde desde el punto de vista político, solidariamente con los demás miembros, de la actividad del Gobierno y de los actos del mismo.

(2) Sólo corresponde a la Cámara de los Diputados, al Senado y al Presidente de Rumanía el derecho a solicitar el seguimiento judicial de los miembros del Gobierno por los hechos cometidos en el ejercicio de su cargo. Caso de haberse solicitado el seguimiento judicial, el Presidente de Rumanía puede disponer que fueran suspendidos de sus cargos. El procesamiento de un miembro del Gobierno atrae la suspensión del mismo de su cargo. La competencia de juzgar corresponde al Tribunal Supremo de Justicia.

(3) Los casos de responsabilidad y las penas aplicables a los miembros del Gobierno se regulan por una ley relativa a la responsabilidad ministerial.

Artículo 109

El cese del mandato

(1) El Gobierno ejerce su mandato hasta la fecha de la validación de las elecciones parlamentarias generales.

(2) El Gobierno es dimitido en la fecha en que el Parlamento retira su confianza o si el Primer Ministro se halla en una de las situaciones previstas en el artículo 105 o si se halla en imposibilidad para ejercer sus atribuciones durante más de 45 días.

(3) En las situaciones previstas en el párrafo (2) son aplicables las previsiones del artículo 102.

(4) El Gobierno cuyo mandato ha cesado de acuerdo a los párrafos (1) y (2) cumpre sólo con los actos necesarios para la administración de los asuntos públicos, hasta la fecha en que los miembros del nuevo Gobierno prestan el juramento.

CAPÍTULO IV
Las Relaciones del Parlamento con el Gobierno

Artículo 110

La información del Parlamento

(1) El Gobierno y los demás órganos de la administración pública, en el marco del control parlamentario de su actividad, han de presentar las informaciones y los documentos requeridos por la Cámara de los Diputados, por el Senado o por las comisiones parlamentarias, por intermedio de sus presidentes. Caso de que una iniciativa legislativa implique la modificacíon de las previsiones del presupuesto de Estado o del presupuesto de los seguros sociales de Estado, la solicitación de la información es obligatoria.

(2) Los miembros del Gobierno tienen acceso a las labores del Parlamento. Si se reclama su presencia, la partipación de ellos es obligatoria.

Artículo 111

Preguntas e interpelaciones

(1) El Gobierno y cada uno de sus miembros están obligados a responder a las preguntas o interpelaciones formuladas por diputados o senadores.

(2) La Cámara de los Diputados o el Senado pueden adoptar una moción por la cual expresen su posición respecto a la cuestión que haya formado el objeto de la interpelación.

Artículo 112

La moción de censura

(1) La Cámara de los Diputados y el Senado, en reunión conjunta, pueden retirar la confianza otorgada al Gobierno adoptando una moción de censura, por el voto de la mayoría de los diputados y senadores.

(2) La iniciativa de la moción de censura puede corresponder a un cuarto al menos del número total de los diputados y senadores y se comunica al Gobierno en la fecha de su deposición.

(3) La moción de censura se debate después de haber transcurrido 3 días desde su presentación en reunión comúm de las dos Cámaras.

(4) Caso de ser rechazada la moción de censura, los diputados y senadores firmantes no pueden

iniciar, durante la misma sesión, una nueva moción de censura, salvo el caso en que el Gobierno asume su responsabilidad de acuerdo al artículo 113.

Artículo 113

La asunción de la responsabilidad del Gobierno

(1) El Gobierno puede asumir su responsabilidad, ante la Cámara de los Diputados y el Senado, en reunión conjunta, sobre un programa, una declaración de política general o un proyecto de ley.

(2) El Gobierno es dimitido si una moción de censura, entregada en un plazo de 3 días desde la presentación del programa, de la declaración de política general o del proyecto de ley, ha sido votada en las condiciones del artículo 112.

(3) Si el Gobierno no ha sido dimitido de conformidad al párrafo (2), el proyecto de ley presentado se considera adoptado, y el programa o la declaración de política general llega a ser obligatorio para el Gobierno.

(4) Caso de que el Presidente de Rumanía solicitada la reexaminación de la ley adoptada conforme al párrafo (3), ésta se debatirá en reunión común de las dos Cámaras.

Artículo 114

La delegación legislativa

(1) El Parlamento puede adoptar una ley especial de habilitación del Gobierno para emitir ordenanzas en dominios que no forman el objeto de las leyes orgánicas.

(2) La ley de habilitación establecerá, obligatoriamente, el dominio y la fecha hasta la cual se pueden emitir ordenanzas.

(3) Si la ley de rehabilitación lo requiere, las ordenanzas se someten a la aprobación del Parlamento, de acuerdo al procedimiento legislativo, hasta cumplirse el plazo de habilitación. El incumplimiento del plazo atrae el cese de los efectos de la ordenanza.

(4) En casos excepcionales, el Gobierno puede adoptar ordenanzas de urgencia. Éstas entran en vigencia sólo después de entregadas al Parlamento a

efectos de ser aprobadas. Si el Parlamento no está en sesión, se convoca obligatoriamente.

(5) Las ordenanzas se aprueban o rechazan, por medio de una ley que comprenderá también las ordenanzas cuyos efectos cesaron de acuerdo al párrafo (3).

CAPITULO V

La Administración Pública

SECCIÓN 1

La Administración Pública Central de Especialidad

Artículo 115

La estructura

(1) Los ministerios se organizan sólo en subordinación al Gobierno.

(2) Otros órganos de especialidad pueden organizarse en subordinación al Gobierno o a los ministerios o como autoridades administrativas autónomas.

Artículo 116

La creación

(1) Los ministerios se crean, se organizan y funcionan de conformidad a la ley.

(2) El Gobierno y los ministerios, con el aviso del Tribunal de Cuentas, pueden crear órganos de especialidad, en su subordinación, sólo si la ley les reconoce esta competencia.

(3) Las autoridades administrativas autónomas pueden ser creadas por ley orgánica.

Artículo 117

Las fuerzas armadas

(1) El ejército se subordina exclusivamente a la voluntad del pueblo, para garantizar la soberanía, la independencia y la unidad del Estado, la integridad territorial del país y la democracia constitucional.

(2) La estructura del sistema nacional de defensa, la organización del ejército, la preparación de la población, de la economía y del territorio para la de-

fensa, así como el estatuto de los cuadros militares, se establecen por ley orgánica.

(3) Las previsiones de los párrafos (1) y (2) se aplican, de manera correspondiente, a la policía y a los servicios de informaciones del Estado, así como a los demás componentes de las fuerzas armadas.

(4) Se prohibe organizar actividades militares o paramilitares fuera de una autoridad del Estado.

(5) En el territorio de Rumanía no pueden entrar o pasar tropas extranjeras sino en las condiciones establecidas por la ley.

Artículo 118

El Consejo Supremo de Defensa del País

El Consejo Supremo de Defensa del País organiza y coordina de modo unitario las actividades relativas a la defensa del país y la seguridad nacional.

SECCIÓN 2

La Administración Pública Local

Artículo 119

Principios básicos

La administración pública de las unidades administrativas-territoriales se basa en el principio de la autonomía local y en el de la descentralización de los servicios públicos.

Artículo 120

Autoridades rurales y urbanas

(1) Las autoridades de la administración pública, mediante las cuales se realiza la autonomía local en pueblos y en ciudades, son los consejos locales elegidos y los alcaldes elegidos, en las condiciones de la ley.

(2) Los consejos locales y los alcaldes funcionan, en las condiciones de la ley, como autoridades adminisrativas autónomas y resuelven los asuntos públicos de los municipios rurales y urbanos.

(3) Las autoridades establecidas en el párrafo (1) pueden constituirse también en las subdivisiones administrativas-territoriales de los municipios urbanos.

Artículo 121

El consejo departamental

(1) El consejo departamental es la autoridad de la administración pública encargado de coordinar la actividad de los consejos rurales y urbanos, a efectos de realizar los servicios públicos de interés departamental.

(2) El consejo es elegido y funciona en las condiciones de la ley.

Artículo 122

El prefecto

(1) El Gobierno nombra un prefecto en cada departamento y en el municipio de Bucuresti.

(2) El prefecto es el representante del Gobierno a nivel local y dirige los servicios públicos descentralizados de los ministerios y de los demás órganos centrales de las unidades administrativas-territoriales.

(3) Las atribuciones del prefecto se establecen de acuerdo a la ley.

(4) El prefecto puede atacar, ante las instancias de contencioso administrativo, un acta del consejero departamental, local o del alcalde, caso de que considere el acta como ilegal. El acta atacada queda suspendida de derecho.

CAPITULO VI

La Autoridad Judicial

SECCIÓN 1

Las instancias Judiciales

Artículo 123

La administración de la justicia

(1) La justicia se realiza en nombre de la ley.

(2) Los jueces son independientes y se someten sólo a la ley.

Artículo 124

El estatuto de los jueces

(1) Los jueces nombrados por el Presidente de Rumanía son inamovibles, de acuerdo a la ley. Los Presidentes y los demás jueces del Tribunal Supremo de Justicia son nombrados por un período de 6

años. Ellos pueden ser reinvestidos en sus funciones respectivas. Sólo el Consejo Superior de la Magistratura puede disponer la promoción, el traslado y la jubilación de los jueces en las condiciones que determine la ley.

(2) El cargo de juez es incompatible con cualquer otro cargo público o privado, a excepción de los cargos didácticos de la enseñanza superior.

Artículo 125

Las instancias judiciales

(1) La justicia se realiza por el Tribunal Supremo de Justicia y por las demás instancias judiciales establecidas por la ley.

(2) Se prohibe la creación de instancias extraordinarias.

(3) La competencia y el procedimiento de juzgado se establecen por la ley.

Artículo 126

El carácter público de los debates

Las actuaciones judiciales son públicas, salvo los casos previstos por la ley.

Artículo 127

El derecho al intérprete

(1) El procedimiento judicial se desarolla en lengua rumana.

(2) Los ciudadanos pertenecientes a las minorías nacionales, así como las personas que no entienden o no hablan la lengua rumana tienen derecho a enterarse de todas las actas y los documentos del proceso, de hablar en instancia y de poner conclusiones, por medio de un intérprete; en los procesos penales este derecho se asegura gratuitamente.

Artículo 128

El uso de las vías de ataque

Contra las sentencias judiciales, las partes interesadas y el Ministerio Público pueden ejercer las vías de ataque, en las condiciones de la ley.

Artículo 129

La policía de las instancias

Las instancias judiciales disponen de la policía puesta a su servicio.

SECCIÓN 2

El Ministerio Público

Artículo 130

El papel del Ministerior Público

blico representa los intereses generales de la socie-

(1) En la actividad judicial, el Ministerio Púdad y defiende el orden de derecho, así como los derechos y libertades de los ciudadanos.

(2) El Ministerio Público ejerce sus atribuciones a través de fiscales constituidos en órganos propios adscritos a las instancias judiciales, en las condiciones de la ley.

Artículo 131

El estatuto de los fiscales

(1) Los fiscales desarrollan su actividad de conformidad al principio de la legalidad, imparcialidad y control jerárquico, bajo la autoridad del ministro de justicia.

(2) El cargo de fiscal es incompatible con cualquier otro cargo público o privado, salvo los cargos didácticos de la enseñanza superior.

SECCIÓN 3

El Consejo Superior de la Magistratura

Artículo 132

La componencia

El Consejo Superior de la Magistratura es integrado por magistrados elegidos por un plazo de 4 años, por la Cámara de los Diputatos y el Senado, en reunión conjunta.

Artículo 133

Atribuciones

(1) El Consejo Superior de la Magistratura propene al Presidente de Rumanía el nombramiento en las funciones respectivas de los jueces y fiscales, salvo los pasantes, en las condiciones de la ley. En este caso, preside las labores, sin derecho a voto, el ministro de justicia.

(2) El Consejo Superior de la Magistratura cumple el papel de consejo de disciplina de los jue-

ces. En este caso, preside las labores el presidente del Tribunal Supremo de Justicia.

TITULO IV

La economía y la Hacienda

Artículo 134

La economía

(1) La economía de Rumanía es economía de mercado.

(2) El Estado ha de asegurar:

a) la libertad del comercio, la pratección de la competencia leal, la creación del marco favorable para valorar todos los factores de la producción;

b) la protección de los intereses nacionales en la actividad económica, financiera y monetaria en divisas;

c) el fomento de la investigación científica nacional;

d) la explotación de los recursos naturales, en concordancia con el interés nacional;

e) la restauración y la defensa del medio ambiente, así como el mantenimiento del equilibrio ecológico;

f) la creación de las condiciones necesarias para elevar la calidad de la vida.

Artículo 135

La propiedad

(1) El Estado protege la propiedad.

(2) La propiedad es pública o privada.

(3) La propiedad pública pertenece al Estado o a las unidades administrativas-territoriales.

(4) Las riquezas de cualquier clase, del subsuelo, las vías de comunicación, el espacio aéreo, las aguas con potencial energético valorable y las que puedan emplearse en el interés público, las playas, las aguas territoriales del mar, los recursos naturales de la zona económica y de la plataforma continental, así como otros bienes establecidos por la ley, forman el objeto exclusivo de la propiedad pública.

(5) Los bienes de la propiedad pública son inalienables. En las condiciones de la ley, éstos pueden encomendarse, a efectos de ser administrados, a las entidades autónomas o a las instituciones públicas o pueden concensionarse o alquilarse.

(6) La propiedad privada es inviolable en las condiciones de la ley.

Artículo 136

El sistema financiero

(1) La creación, la administración, el uso y el control de los recursos financieros del Estado, de las unidades administrativas territoriales y de las instituciones públicas se regulan por la ley.

(2) La moneda nacional es el "leu", y su división, el "ban".

Artículo 137

El presupuesto público nacional

(1) El presupuesto público nacional comprende el presupuesto de Estado, el presupuesto de los seguros sociales de Estado y los presupuestos locales de los municipios rurales, ciudades y departamentos.

(2) El Gobierno elabora anualmente el proyecto del presupuesto de Estado y el de los seguros sociales de Estado, que somete, separadamente, a la aprobación del Parlamento.

(3) De no haber sido adoptadas la ley del presupuesto de Estado y la ley del presupuesto de los seguros sociales de Estado al menos 3 días antes de expirar el ejercicio presupuestario, siguen aplicándose el presupuesto de Estado y el presupuesto de los seguros sociales de Estado del año anterior, hasta que se adopten los nuevos presupuestos.

(4) Los presupuestos locales se elaboran, se aprueban y se ejecutan en las condiciones de la ley.

(5) Ningún gasto presupuestario puede aprobarse sin haberse establecido la fuente de su financiamiento.

Artículo 138

Impuestos, tasas

(1) Los impuestos, las tasas y cualquier otro ingreso del presupuesto de Estado y del presupuesto de

los seguros sociales del Estado se establecen sólo por la ley.

(2) Los impuestos y tasas locales se establecen por los consejos locales o departamentales, en los límites y en las condiciones de la ley.

Artículo 139

El Tribunal de Cuentas

(1) El Tribunal de Cuentas ejerce el control sobre la manera de formar, administrar y utilizar los recursos financieros del Estado y del sector público. En las condiciones de la ley, el Tribunal ejerce también atribuciones jurisdiccionales.

(2) El Tribunal de Cuentas presenta anualmente al Parlamento un informe relativo a las cuentas de gestión del presupuesto público nacional del ejercicio presupuestario expirado, el cual incluye también las irregularidades constatadas.

(3) A petición de la Cámara de los Diputados o del Senado, el Tribunal de Cuentas controla la modalidad de gestión de los recursos públicos e informa sobre lo constatado.

(4) Los miembros del Tribunal de Cuentas, nombrados por el Parlamento, son independientes e inamovibles, de conformidad a la ley, y se sometem a las incompatibilidades previstas por la ley para los jueces.

TITULO V

La Corte Constitucional

Artículo 140

La estructura

(1) La Corte Constitucional es integrada por 9 jueces nombrados por un mandato de 9 años, el cual no puede prolongarse o renovarse.

(2) Tres jueces son nombrados por la Cámara de los Diputados, tres por el Senado y tres por el Presidente de Rumanía.

(3) Los jueces de la Corte Constitucional eligen por sufragio secreto al Presidente de la misma, por un período de 3 años.

(4) La Corte Constitucional se renueva con un tercio de sus jueces, cada 3 años, en las condiciones previstas por la ley orgánica de la Corte.

Artículo 141

Condiciones de nombramiento

Los jueces de la Corte Constitucional han de tener formación jurídica superior, alta competencia profesional y una continuidad de al menos 18 años en la enseñanza jurídica superior.

Artículo 142

Incompatibilidades

El cargo de juez de la Corte Constitucional es incompatible con cualquier otro cargo público o privado, salvo los cargos didácticos de la enseñanza jurídica superior.

Artículo 143

La independencia y la incompatibilidad

Los jueces de la Corte Constitucional son independientes en el ejercicio de su mandato e inamovibles en toda la duración del mismo.

Artículo 144

Atribuciones

La Corte Constitucional tiene las siguientes atribuciones:

a) se pronuncia sobre la constitucionalidad de las leyes, antes de su promulgación, a petición del Presidente de Rumanía, de uno de los presidentes de las dos Cámaras, del Gobierno, del Tribunal Supremo de Justicia, de un número no inferior a 50 diputados o no inferior a 25 senadores, así como de oficio, sobre las iniciativas de revisión de la Constitución;

b) se pronuncia sobre la constitucionalidad de los reglamentos del Parlamento a petición de uno de los presidentes de las dos Cámaras, de un grupo parlamentario o de un número no inferior a 50 diputados o no inferior a 25 senadores;

c) decide sobre las excepciones levantadas ante las instancias judiciales relativas a la inconstitucionalidad de las leyes y de las ordenanzas;

d) vela el respeto al procedimiento para elegir al Presidente de Rumanía y confirma los resultados del sufragio;

e) constata la existencia de las circunstancias que justifican la interinidad en el ejercicio del cargo de Presidente de Rumanía y comunica lo constatado al Parlamento y al Gobierno;

f) da aviso consultativo para la propuesta de suspensión del cargo del Presidente de Rumanía;

g) vela el respecto al procedimiento para organizar y realizar el referéndum y confirma los resultados del mismo;

h) verifica el cumplimiento de las condiciones para el ejercicio de la iniciativa legislativa por los ciudadanos;

i) decide sobre las contestaciones que tienen como objeto la constitucionalidad de un partido político.

Artículo 145

Las decisiones de la Corte Constitucional

(1) En los casos de inconstitucionalidad constatadas de conformidad con el artículo 144 letras *a*) y *b*), la ley o el reglamento se envían a efectos de ser reexaminados. Caso que la ley es adoptada en la misma forma, por una mayoría de al menos dos tercios del número de los miembros de cada Cámara, la objección de inconstitucionalidad es rechazada, y la promulgación llega a ser obligatoria.

(2) Las decisiones de la Corte Constitucional son obligatorias y sólo se aplican para el futuro. Dichas decisiones se publican en el Boletín Oficial de Rumanía.

TITULO VI

La revisión de la Constitución

Artículo 146

La iniciativa de revisión

(1) La iniciativa de revisión de la Constitución corresponde al Presidente de Rumanía, a propuesta

del Gobierno, de al menos un cuarto del número de los diputados y de los senadores, así como la propuesta de un número de al menos 500.000 ciudadanos con derecho a voto.

(2) Los ciudadanos a los cuales corresponde la revisión de la Constitución han de proceder de al menos la mitad del número de departamentos del país, y en cada uno de estos departamentos o en el municipio urbano de Bucuresti han de registrarse al menos 20.000 firmas en apoyo de dicha iniciativa.

Artículo 147

El procedimiento de revisión

(1) El proyecto o la proposición de revisión ha de ser adoptado por la Cámara de los Diputados y por el Senado, por una mayoría de al menos dos tercios del número de los miembros de cada Cámara.

(2) Si por el procedimiento de mediación no se llega a un acuerdo, la Cámara de los Diputados y el Senado, en reunión conjunta, deciden por el voto de al menos tres cuartos del número de los diputados y senadores.

(3) La revisión queda definitiva después de ser aprobada por referéndum, organizado en un plazo máximo de 30 días de la fecha de adopción del proyecto o dela propuesta de revisión.

Artículo 148

Los límites de la revisión

(1) Las disposiciones de la presente Constitución relativas al carácter nacional, independiente, unitario e indivisible del Estado rumano, la forma republicana de gobierno, la integridad del territorio, la independencia de la justicia, el pluralismo político y la lengua oficial no pueden formar el objeto de la revisión.

(2) Asimismo, no puede hacerse ninguna revisión si ella tiene como objeto la supresión de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos o de sus garantías.

(3) La Constitución no se puede revisar mientras duren el estado de sitio o el estado de emergencia, ni en tiempos de guerra.

TITULO VII

Disposiciones Finales y Transitorias

Artículo 149

La entrada en vigencia

La presente Constitución entra en vigencia en la fecha de su aprobación por referéndum. En la misma fecha, la Constitución del 21 de Agosto de 1965 es y queda completamente abrogada.

Artículo 150

El conflicto temporal de leyes

(1) Las leyes y todas las demás actas normativas conservan su vigencia, en la medida en que no contravienen a la presente Constitución.

(2) El Consejo Legislativo, en un plazo de 12 meses desde la fecha de entrada en vigencia su ley de organización, examinará la conformidad de la legislación con la presente Constitución y presentará al Parlamento o, según el caso, al Gobierno, propuestas correspondientes.

Artículo 151

Las instituciones existentes

(1) Las instituciones de la República, existentes en la fecha de entrar en vigencia la presente Constitución, permanecen en función hasta la formación de las nuevas.

(2) Los miembros del nuevo Tribunal de Justicia serán nombrados, en las condiciones de la ley, por la Cámara de los Diputados y por el Senado, en reunión conjunta, a propuesta del Presidente de Rumanía, dentro de un plazo de 6 meses a partir de entrar en vigencia la presente Constitución

Artículo 152

Las instituciones futuras

(1) En un plazo de 6 meses desde la fecha de entrar en vigencia la Constitución se crean la Corte Constitucional y el Tribunal de Cuentas.

(2) Los jueces de la primera Corte Constitucional son nombrados por un período de 3, 6 y, respectivamente, 9 años. El Presidente de Rumanía, la Cámara de los Diputados y el Senado designan dos jueces por cada período.

Obras Publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

Os pedidos a serem atendidos através da ECT deverão ser acrescidos de 50% (cinqüenta 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 Apoio 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.os 10, 12, 13/14, 17, 18, 46, 62, 79 a 85, 87 a 116.

Cr$20.000,00

— Periódico trimestral de pesquisa jurídica. Lançamento: jan./mar. 1964, com circulação ininterrupta.

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.os 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$20.000,00

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS DE 1989. 5 volumes.

Cr$350.000,00

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série, com 6 volumes publicados; edição de 1987.

Cr$50.000,00 a coleção

— *Volume 1*: Alemanha (República Democrática); Bulgária; Hungria; Polônia; 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$20.000,00

CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989.

Cr$30.000,00

(a coleção)

— *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$10.000.00

(a coleção)

— Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados.

— Índice temático comparativo.

SENADO FEDERAL — REGIMENTO INTERNO

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

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.