

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL/JUNHO 1995 • BRASÍLIA • ANO 32 • Nº 126

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • n.º 126

abril/junho – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade
Presidente do Senado Federal — 1961-1967
Isaac Brown
Secretário-Geral da Presidência — 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel
Diretora — 1964-1988

ISSN 0034-835-x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III

Praça dos Três Poderes

70.165-900 – Brasília, DF

EDITOR

Diretor: João Batista Soares de Sousa

REVISÃO DE ORIGINALS

João Evangelista Belém e Theresa Catharina de Goes Campos

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Angelina Almeida Silva e Dulce Maria R. de Machado

COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO

Centro Gráfico do Senado Federal

CAPA

Paulo Cervinho e Cicero Bezerra

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA ano 1- nº 1- mar. 1964-. Brasília, Senado Federal.
v. trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 34- , publ. pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódicas. I. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. II. Sousa, João Batista Soares de, dir.

CDD 340.05

CDU 34(05)

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília · ano 32 · nº 126 · abril/junho · 1995

André Franco Montoro	Uma visão crítica do Direito 5
Oswaldo Maldonado Sanches	Processo orçamentário federal: problemas, causas e indicativos de solução 9
Edilson Pereira Nobre Júnior	Expropriação dos bens utilizados para fins de tráfico ilícito de entorpecentes 33
José Pitas	Ministério Público do Trabalho: prerrogativas do ofício são comunicáveis à sua atuação como parte? 43
Ricardo Rodrigues	Barreira legal nos sistemas eleitorais proporcionais 47
Arnoldo Wald	A imunidade dos fundos de pensão e o mercado de capitais 57
Fernando da Costa Tourinho Neto	Pena sem prisão: prestação de serviços à comunidade 63
Demócrito Ramos Reinaldo	O recurso especial e as decisões interlocutórias desafiadas por agravo de instrumento 67
René Ariel Dotti	Consulta e parecer 75
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho	A exoneração tributária dos aposentados e pensionistas 83
Gilmar Ferreira Mendes	Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei 87
Robison Gonçalves de Castro	Considerações acerca da constitucionalidade na expedição de medidas provisórias versando matéria orçamentária pública (Nota técnica n.º 1/95) 103
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes	Requisitos para Ministro e Conselheiro de Tribunal de Contas 113
Judith Martins-Costa	Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980 115

José Matias Pereira	A defesa da concorrência no Mercosul 129
Élio Wanderley de Siqueira Filho	Ônus sucumbenciais. Situações controvertidas 137
Ivo Dantas	Das Disposições Constitucionais Transitórias (uma redução teórica) 141
Antônio Vital Ramos de Vasconcelos	Notas sobre a exegese do artigo 102, I, n, da Constituição Federal 149
Fernando Whitaker da Cunha	O civilista Arnoldo Wald 163
Juan Marcos Rivero Sanchez	Derecho penal como tecnología social (Notas sobre las contradicciones del sistema penal) 167
Fernando Braga	Da codificação à lei civil brasileira 181
Jorge Miranda	O direito eleitoral português 189
Toshio Mukai	Licitação: pontos polêmicos 195
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	A intervenção do Estado brasileiro e a política oligárquica na república velha 207
Sueli Angelica do Amaral	Biblioteca e constituição 221
Heleno Taveira Torres	O princípio da responsabilidade objetiva do Estado e a teoria do risco administrativo 231
Iris Eliete Teixeira Neves de Pinho Tavares	A legitimação do Parlamento para a função fiscal 245
Tânia Mara Botelho	Liderança: uma nova visão 249
Jarbas Maranhão	Agamennon Magalhães. O estadista do social, o administrador, o pensamento político 257
Miracy Barbosa de Sousa Gustin	Da Jurisprudência como ciência compreensiva. A dialética do compreender mediante o interpretar 269

Uma visão crítica do Direito

ANDRÉ FRANCO MONTORO

Longe de ser "estática", a vida do direito revela um contínuo "vir a ser". Forças em conflito, que lutam por interesses opostos, dão origem a normas e situações jurídicas, que podem representar a dominação de alguns ou a conquista de muitos.

FRANCO MONTORO.

SUMÁRIO

1. Abordagem global.
2. Dinamismo do Direito.
3. Atitude progressista.

A abordagem do Direito em nossos cursos é, em geral, estática, parcial e paralisante. Estática, porque vê o Direito como um sistema completo, fechado, perfeito, sem lacunas e sem contradições. Parcial, porque só considera, no amplo campo do Direito, as normas jurídicas estatuidas pelo Estado, limitando assim o campo do Direito ao "Direito oficial". E, finalmente, paralisante, porque atribui ao Direito e aos juristas uma função conservadora da ordem oficial estabelecida.

Uma consideração mais atenta do Direito vivo e da realidade jurídica, que se desenvolve e agita no seio das sociedades contemporâneas, nos leva a superar essa postura e a substituí-la por uma abordagem dinâmica, global e progressista do Direito. Na segunda edição de nossos *Estudos de Filosofia do Direito* (Ed. Saraiva, 1995) abordamos o estudo desses diversos aspectos.

1. Abordagem global

Só o Estado é fonte de direitos? O Direito estabelecido pelo Estado esgota o campo da realidade jurídica? Poderíamos repetir hoje a frase de Kelsen: "Todo direito é direito estatal"?

André Franco Montoro é Deputado Federal e Presidente da Comissão de Relações Exteriores da Câmara de Deputados. Ex-Governador do Estado de São Paulo. Professor de Filosofia do Direito.

Se partimos da idéia redutora do Direito ao ordenamento jurídico estatal, único e hermético – observa Roberto Lyra Filho –, já teremos estabelecido, nesse primeiro passo, o engano que vai gerar tudo o mais. O Direito não pode ser captado na sua inteireza sob a exclusiva ótica do Estado, e dos interesses dominantes. Nem há apenas um único conjunto de normas no seio da sociedade.

Pelo contrário, a vida do Direito é mais complexa e mais dinâmica. Permanentemente, as necessidades sociais e os conflitos de interesses e de valores vão gerando novos direitos e constituindo ordenamentos que regulam a vida de amplos setores da sociedade. Isso ocorre no plano internacional e no plano interno.

No plano internacional, e fora da esfera estatal, forças, interesses e ideais antagônicos atuam continuamente na formação de novos direitos e novas relações jurídicas. De um lado, atuam movimentos em defesa dos direitos humanos, da descolonização ou libertação de nações, de proteção às minorias marginalizadas, de preservação da natureza. É preciso lembrar que o reconhecimento dos direitos humanos, inclusive sua “Declaração Universal” pela Assembleia das Nações Unidas, não constituem uma dádiva generosa dos Estados ou Governos, mas uma conquista que é fruto da sofrida luta social e histórica de muitas gerações. De outro lado, forças antagônicas atuam também no plano internacional, gerando direitos e relações jurídicas de proteção de seus interesses em muitas partes do mundo. Sirva de exemplo o chamado Acordo Trilateral, celebrado em 1973 por 300 representantes de firmas multinacionais – ou melhor, transnacionais –, provenientes dos Estados Unidos, Europa e Japão. Como informa o Professor Aldo Ferrer, em seu estudo sobre *A Comissão Trilateral e a Proliferação do Poder Econômico Internacional*, essa Comissão tem um Comitê Executivo de 29 membros e três Presidentes Regionais, com sede em Nova Iorque, Paris e Tóquio. Essa institucionalização, aliada à capacidade organizativa das grandes empresas, explica a expansão das transnacionais, que passaram a atuar no campo mundial, acima da soberania dos Estados. Seus acordos e decisões geram relações jurídicas que afetam a vida de milhões de pessoas.

No plano interno, grupos sociais, cada vez mais numerosos e atuantes, criam continuamente normas de conduta social, com todas as características de um Direito vivo.

O fenômeno não é novo. Já Oliveira Vianna, em seu estudo sobre as *Instituições Políticas Brasileiras* (Rio de Janeiro, José Olympio, 1949), declara que descobriu, com surpresa, “o nosso direito social operário”, ao investigar “esta camada ou subestrutura jurídico-popular”.

“O que deparamos, eu e meus companheiros – acrescenta –, foi todo um complexo de normas e regras, militante, vivaz, estuante de vida e sangue, objetivado em usos, tradições, praxes, costumes e, até mesmo, instituições administrativas oficiosas. Era todo um vasto sistema regulando as atividades das obscuras massas do trabalho e a vida produtiva de milhões de brasileiros” (p. 15).

O Direito estabelecido pelo Estado – como a Consolidação das Leis do Trabalho e a legislação posterior – constitui apenas uma parte do atual Direito do Trabalho. Através de convenções coletivas, ajustes de empresas, negociações sindicais e outras modalidades de entendimento, são as forças da própria sociedade que vão abrindo caminho para o reconhecimento e a consolidação de seus direitos.

Não é somente no plano do trabalho que a própria comunidade elabora seu Direito. Também no plano local, as sociedades de moradores, as comunidades de base, as associações de consumidores e outras, em luta por seus legítimos interesses e opondo-se, muitas vezes, a forças poderosas, vão conquistando espaços e garantias, que constituem autênticos direitos.

No plano universitário, antes que a lei o fizesse, foi a própria comunidade estudantil que, através de uma ação persistente e organizada, revogou o famoso Decreto-Lei n.º 477, que estabelecia normas restritivas à atuação política dos jovens.

No campo do Direito Comercial, não são apenas os usos e costumes que constituem fonte reconhecida de Direito não elaborado pelo Estado. Acordos econômicos entre empresas, contratos de adesão impostos por grandes firmas e milhares de revendedores e milhões de consumidores, são também fontes permanentes geradoras de direitos e ordenamentos jurídicos não estatais.

Em nossa *Introdução à Ciência do Direito*, dedicamos um capítulo (Parte V, cap. III) ao estudo dos ordenamentos jurídicos que se desenvolvem ao lado do ordenamento jurídico estatal. A maior parte desse Direito nunca é le-

vada aos Tribunais e se desenvolve independentemente da vontade do Estado. Mas sua existência e importância para a vida social são reconhecidas não apenas pelos cientistas sociais, mas por ilustres juristas como Hauriou, Renard, Delos, Legal e Brethe de la Gressaye, Géný, Ehrlich, Huber, Leroy, Emmanuel Levy, Gurvitch e outros autores citados no mesmo capítulo. Particularmente importante é a posição de Jellinek, que, depois de adotar uma atitude francamente formalista e reduzir todo o Direito à expressão da vontade do Estado, reconhece em seus últimos escritos:

“Sabemos hoje que as leis podem muito menos do que pensávamos antes. Não apenas elas são freqüentemente impotentes para modificar a vida jurídica real e mostram lacunas consideráveis, mas, ainda, nos grupos autônomos surgem novos ordenamentos jurídicos, que podem concorrer com a lei, como as convenções coletivas de trabalho, o movimento sindical e outros”.

E, na segunda edição da *Teoria Geral do Estado*, amplia sua primeira definição de Direito – “sistema de normas que o Estado reconhece como obrigatórias” – para caracterizá-lo como “toda regra garantida em um meio social determinado”.

2. Dinamismo do Direito

Longe de ser “estática”, a vida do Direito revela um contínuo “vir a ser”. Forças em conflito, que lutam por interesses opostos, dão origem a normas e situações jurídicas, que podem representar a dominação de alguns ou a conquista de muitos.

Homens e mulheres, classes, grupos, povos e nações são participantes desse movimento gerador do Direito concreto e vivo, que rege efetivamente a vida social.

Esse processo é conflitual e dialético em todos os planos.

No campo internacional, é a luta constante entre a ação imperialista, colonialista ou semi-colonialista de grandes potências, e, de outro lado, movimentos de independência política, econômica e cultural das nações em processo de desenvolvimento.

No plano interno, é a mesma relação conflitiva entre empregados e empregadores, entre consumidores, comerciantes e produtores, entre pequenas e grandes empresas, entre o Fisco e o contribuinte, entre o Estado e o cidadão,

entre a Administração e as associações de moradores, entre o loteador de terrenos e os humildes compradores de lotes, entre leis discriminatórias e os movimentos organizados dos setores marginalizados.

Esses e outros conflitos de interesses vão gerando, através de usos, costumes, acordos, instituições e outros processos, o Direito vivo e real, que pode representar a “conquista” de grupos dominados ou a “imposição” dos grupos dominantes.

E, de forma significativa, no próprio Direito Processual, em suas diferentes especializações, está presente esse caráter dinâmico e conflitivo da vida do Direito, com o princípio do contraditório. A primeira medida do juiz, ao receber uma petição inicial, é ordenar a citação da parte contrária. Não é sem razão que a lógica do Direito pode ser chamada “a lógica da controvérsia”.

Com razão, Miguel Reale adverte que é necessário superar a prevenção existente em certos círculos, quanto à compreensão dos fenômenos culturais em termos “dialéticos”, sem os preconceitos e reservas decorrentes da carga ideológica unida à dialética de tipo hegeliano ou marxista. Esta é apenas uma das inúmeras concepções dialéticas, formuladas por filósofos e cientistas de todos os tempos (v. *O Direito como experiência*)

3. Atitude progressista

Além de global e dinâmica, uma abordagem moderna do Direito deve ser “progressista” e não “paralisante”.

Diante dessa multiplicidade de ordenamentos e normas, em contínuo “vir a ser” e marcados por conflitos e oposições, qual a atitude do advogado, do procurador, do juiz, do administrador, do legislador?

Aceitar passivamente como direito posto aquele que é lhe apresentado, interpretado e defendido pelos poderosos meios de “convencimento” das forças dominantes?

Ou colocar corajosamente diante de si o dever de confrontar todos aqueles conjuntos com critérios de legitimidade e de justiça? – tendo presente que eles se apresentam como normas coercíveis, que afetam a liberdade e a vida de pessoas, grupos, classes ou povos inteiros.

Não se trata de contrapor a realidade a um modelo idealista e absoluto que “fica lá longe, numa caverna platônica”. É na planície em que vivemos, no processo histórico-social entre liberdade e opressão, minorias dominadoras e

maiorias sacrificadas, que se há de exercer, com espírito crítico e independente, a tarefa de construção dos homens do Direito.

O campo dessa atuação é amplo: vai desde a tarefa de orientar a criação de novas normas, através de contratos, acordos, convenções, estatutos, regimentos, até sua participação nos movimentos de transformação de leis, decretos, portarias, passando pela formulação de pareceres, prolação de sentenças e notadamente pelo trabalho de interpretação das normas.

Nesse trabalho, que é de importância fundamental, não é verdade que o advogado, o juiz, o jurista estejam aprisionados ao texto da lei e vinculados à vontade do legislador. Com o ato de sua decretação, as leis tornam-se independentes de seus autores e adquirem uma existência objetiva. Cabe ao jurista interpretá-las. E a tarefa de intérprete não consiste em descobrir e respeitar a vontade do legislador, mas, sim, em procurar a finalidade objetiva da lei, que, por sua natureza, deve estar orientada para a justiça e o bem comum. É esse o sentido do preceito geral estabelecido no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que é, como sabemos, nossa lei comum de aplicação das normas jurídicas:

“Na aplicação das leis, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Nessa luta pela vigência concreta e viva da justiça é que se realiza a razão de ser ou, como diz Roberto Lyra, “a ontoteologia do Direito”.

Não podemos limitar o estudo do Direito ao conhecimento pretensamente “neuro”, “puro” e “objetivo” da norma posta, para sua “cega” aplicação.

A realidade social e a justiça estão presen-

tes em todos os momentos da vida do Direito. Aceitar as normas jurídicas como inexorável imposição dos detentores do poder e negar ao jurista outra tarefa que não seja a de simples instrumento para a aplicação das mesmas significa desnaturar o Direito e, mais do que isso, trai-lo.

É certo que forças poderosas atuam continuamente, com habilidade e competência, no sentido de impor à sociedade normas que atendam a seus interesses e objetivos. É certo também que vivemos em uma sociedade marcada pela injustiça: somos o 9.º país do mundo em produto nacional e o último, dos 34 países estudados pela ONU, no tocante à distribuição da renda nacional. Mas essa situação, em lugar de diminuir, só pode aumentar a importância e a responsabilidade dos cultores do Direito. Ela nos obriga a rejeitar o papel que se pretende impor ao jurista: o de instrumento “neuro”, destinado à defesa de um sistema de interesses estabelecidos. E a reafirmar a missão e o sentido fundamental do Direito, como instrumento a serviço da pessoa humana. Todo Direito foi feito por causa do homem. *Hominum causa omne jus constitutum est* é a advertência histórica de Justiniano (D.I.5.2).

A posição que decorre da própria natureza do Direito e que está contida em um dos mandamentos do advogado, redigidos por Eduardo Couture, é clara e imperativa.

“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas quando encontrares o Direito, isto é, a letra da Lei, em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”!

Como adverte Stammler:

“Todo direito deve ser uma tentativa do direito justo”.

Processo orçamentário federal: problemas, causas e indicativos de solução

OSVALDO MALDONADO SANCHES

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais. 2. Uma análise dos problemas e inadequações. 2.1. A grande mobilidade das estruturas da administração pública. 2.2. A precariedade dos processos de articulação intergovernamental. 2.3. A excessiva flexibilidade do Executivo para modificar projetos orçamentários. 2.4. A flexibilidade do Poder Executivo para executar apenas parte da programação. 2.5. A impropriedade do emprego de medidas provisórias em matéria orçamentária. 2.6. A ineficácia do Plano Plurianual como elemento ordenador da programação. 2.7. A subutilização da LDO como instrumento de formulação de políticas públicas. 2.8. A precária separação dos orçamentos fiscal e da seguridade social. 2.9. Inadequações no orçamento de investimento de estatais. 2.10. Inadequações nos processos de apreciação da Lei Orçamentária Anual (LOA). 2.11. Inadequação na estrutura e funcionamento da Comissão Mista. 2.12. O uso de medidas provisórias para autorizar a abertura de créditos extraordinários. 2.13. Inadequações na estrutura de assessoramento. 2.14. Deficiências no acompanhamento da execução dos planos e orçamentos. 3. Conclusões e recomendações. 3.1. Ajustes constitucionais. 3.2. Providências necessárias na órbita legal. 3.3. Ações administrativas regimentais.

1. Considerações iniciais

A Constituição de 1988 trouxe uma série de inovações no campo da orçamentação pública, especialmente no que se refere à abrangência dos orçamentos federais e à forma de apreciação das propostas respectivas. Na nova ordem constitucional o orçamento das entidades da administração indireta (autarquias, fundações e empresas) deixou de constar sob a forma de dotações globais; a lei orçamentária passou a ser composta de três orçamentos: o fiscal, o de investimento das empresas e o da seguridade

Oswaldo Maldonado Sanches é Mestre em Administração Pública pela EBAP/FGV e pela State University of New York em Albany. Assessor de Orçamento da Câmara dos Deputados. Coordenador Técnico de Assessoramentos à Comissão Mista no período 1992 a 1994. Ex-diretor de Orçamento do Estado do Paraná.

social; a elaboração da lei orçamentária passou a subordinar-se a leis superordenadoras (Lei de Diretrizes Orçamentárias e Plano Plurianual); as matérias orçamentárias passaram a ser apreciadas por uma comissão permanente de senadores e deputados antes do seu exame pelo Plenário do Congresso Nacional, e a prerrogativa de emendar as proposições sobre matéria orçamentária passou a ser limitada por restrições fixadas no próprio texto constitucional.

Além disso a nova Carta instituiu, coerentemente com a melhor doutrina, uma forte vinculação entre os orçamentos públicos e o planejamento governamental. Nesse sentido um dos instrumentos mais significativos foi a instituição da Lei de Diretrizes Orçamentárias como mecanismo de explicitação das políticas públicas, de balizamento das modificações tributárias, de detalhamento das programações e metas contidas no Plano Plurianual e de controle da implementação do planejamento. Expressam essa vinculação, igualmente, as normas (arts. 165, § 7.º, 166, §§ 3.º e 4.º e 167, § 1.º da Constituição) que tornam obrigatória a compatibilização da Lei Orçamentária Anual (LOA) com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e de ambas com o Plano Plurianual (PPA).

O Congresso Nacional procurou ajustar-se, rapidamente, à nova amplitude dos seus papéis na programação de gastos do Governo, produzindo, em 1989, um texto bastante articulado de LDO – aprimorado nos anos subsequentes – e articulando processos para atuar de forma substantiva na elaboração dos orçamentos anuais. O Poder Executivo, por sua vez, usou de sua experiência na coordenação de processos complexos e de sua capacidade de influência para evitar que o Legislativo avançasse muito rapidamente nos campos de formulação de políticas de alocação de recursos, de balizamento da ação governamental e de controle do desempenho dos órgãos da administração. Não se pode criticar nenhum dos atores desses processos – ainda que alguns excessos tenham sido praticados –, pois suas ações foram consonantes com a tensão dialética que deve existir entre os Poderes nos regimes democráticos.

Nesse processo de ajuste merecem particular relevância a edição da Resolução n.º 1/91-CN, que instituiu as normas básicas de funcionamento da Comissão Mista – aperfeiçoada pela Resolução n.º 1/93-CN –, as ações estabelecidas pelas estruturas técnicas do Congresso Nacional, em 1992, com o sentido de possibilitar que o Orçamento pudesse ser “fechado”

(montado integralmente) no seu âmbito e sem o concurso dos técnicos do Poder Executivo, e, nesse mesmo ano, a articulação de um padrão de parecer-preliminar – mantido e aprimorado nos exercícios subsequentes – orientado para a obtenção de transparência nos procedimentos, para a fixação de regras claras e mutuamente excludentes e para a limitação dos poderes dos relatores.

Apesar dos avanços acima relatados, os quatro anos de experimentação com os procedimentos desenvolvidos pelo Congresso Nacional para lidar com as matérias orçamentárias e as avaliações disponíveis sobre as práticas da administração neste campo colocam em evidência que existem, sobretudo do ponto de vista do interesse público e da ótica dos agentes do Poder Legislativo, uma série de inadequações nos processos, normas e procedimentos relacionados com a programação, execução e avaliação do gasto público. Essas inadequações, apontadas por vários relatores – sobretudo pelos das LDOs –, por órgãos de investigação do Congresso Nacional – como as comissões parlamentares de inquérito – e por estudiosos do assunto, se situam em três categorias: constitucionais, legais, e administrativas ou regimentais¹.

As inadequações na órbita constitucional se referem mais ao emprego abusivo, pelo Poder Executivo, de certas flexibilidades propiciadas pela Lei Maior – articuladas para servir a um sistema parlamentarista que acabou não sendo efetivado – com o propósito de atender contingências excepcionais, do que a problemas maiores nas normas sobre o planejamento e o orçamento. De um modo geral, o capítulo “Dos Orçamentos” se acha bem articulado, sistematizando princípios clássicos ainda em utilização pelas democracias consolidadas – anualidade, exclusividade, prévia autorização, etc. – ao lado de concepções modernas defendidas pelas áreas técnicas dos governos e meios aca-

¹ A propósito das inadequações aqui referidas vale a pena examinar os pareceres do Senador MÁRCIO LACERDA e do Deputado JOÃO ALMEIDA, sobre as LDOs para os Orçamentos de 1993, 1994 e 1995, do Senador MANSUETO DE LAVOR, sobre o Orçamento de 1993, do Senador GILBERTO MIRANDA, sobre o Orçamento de 1995, os Relatórios Finais das CPIs do PC (1993) e do Orçamento (1994), as publicações de JOSÉ AFONSO DA SILVA, IVES GANDRA MARTINS e JOSÉ SERRA e as notas técnicas da Assessoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados.

dêmicos, como a estreita vinculação entre o planejamento e o orçamento, a instrumentalidade do orçamento na redução das desigualdades inter-regionais e a proibição de se despendem receitas de capital em despesas de custeio e de manutenção.

A maior parte das deficiências constatadas deriva de não ter sido elaborada a lei complementar a que se refere o art. 165, § 9.º, da Constituição², como ficará evidenciado no decorrer desta abordagem. Se essa lei tivesse sido produzida, já se poderia contar com uma melhor normatização da forma e conteúdo do PPA e da LDO, com normas claras sobre a abertura de créditos adicionais, com prazos improrrogáveis para a apreciação dos projetos sobre matéria orçamentária pelo Congresso Nacional, com definições legais sobre a forma de apresentação e conteúdo dos orçamentos fiscal, da seguridade e de investimento, e com diretrizes claras e inambíguas sobre os regimes de caixa de tais orçamentos.

No plano administrativo e regimental as maiores inadequações têm a haver com a estruturação e operação da Comissão Mista, com a articulação das prerrogativas desta com aquelas das comissões permanentes da Câmara e do Senado, com a estrutura de prazos para a apreciação das matérias orçamentárias em dois fóruns – o Plenário da CMO e o Plenário do Congresso Nacional – e com a precariedade das estruturas de assessoramento colocadas à disposição da Comissão Mista e dos relatores dos principais projetos que tramitam por esse órgão técnico.

De um modo geral, os problemas que mais comprometem a qualidade do processo orça-

² Segundo SERRA, José. *Orçamento no Brasil: As Raízes da Crise*. Atual Editora. São Paulo. 1994, (p. 54).

“A ausência da lei complementar [prevista no art. 165, § 9.º, da Constituição] tem seis efeitos: a) a inexistência de uma padronização e hierarquização rígida dos diversos instrumentos que autorizam o gasto público; b) a indefinição dos objetivos, diretrizes, metas e prioridades no PPA e nas LDOs, faltando também definir o significado de cada conceito; c) a não-atualização das classificações das despesas, em especial a funcional-programática; d) a inexistência de prazos adequados para o processo orçamentário; e) a ausência de uniformidade dos orçamentos e balanços dos três níveis de governo; e f) a indefinição das condições para a instituição e funcionamento dos fundos.”

mentário brasileiro e a participação do Congresso Nacional na alocação e fiscalização dos recursos públicos são os seguintes: 1) a grande mobilidade das estruturas da administração pública; 2) a precariedade dos processos de articulação intergovernamental; 3) a excessiva flexibilidade do Poder Executivo para propor modificações nos projetos orçamentários; 4) a flexibilidade de que dispõe o Governo para executar apenas a parte da programação; 5) a impropriedade do emprego de medidas provisórias para legislar sobre matéria orçamentária; 6) a ineficácia do Plano Plurianual como elemento superordenador da programação do Governo; 7) a subutilização da LDO como instrumento de formulação de políticas públicas; 8) a precária separação entre os orçamentos fiscal e da seguridade; 9) as impropriedades do orçamento de investimento das estatais; 10) a inadequação nos processos e prazos de apreciação da Lei Orçamentária Anual; 11) a imprópria utilização de medidas provisórias para a autorização de créditos adicionais; 12) o funcionamento centralizado da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO); 13) o distanciamento e a assistemática do assessoramento à Comissão Mista; e 14) a precariedade dos processos de acompanhamento e fiscalização do Congresso Nacional.

A finalidade deste artigo é oferecer uma apreciação fundamentada sobre os aspectos mais significativos de cada um desses problemas, sobretudo sobre aqueles ligados às atividades do Congresso Nacional nas áreas de planejamento, orçamento e fiscalização da ação do Governo, focalizando as suas causas, as implicações mais significativas e apresentando indicativos de solução para os problemas e inadequações referenciados ao longo da abordagem.

2. Uma análise dos problemas e inadequações

2.1. A grande mobilidade das estruturas da administração pública

Como tem sido asseverado em várias ocasiões, pelos mais diversos agentes, uma das principais mazelas da administração pública brasileira é a falta de continuidade administrativa. Obras são iniciadas e paralisadas sem que se documente e se dê publicidade à sua causa, consultorias são contratadas e pagas sem que se dê seqüência aos projetos técnicos elaborados e equipamentos são adquiridos sem jamais serem instalados, gerando grandes desperdícios

os de recursos públicos³. Essa falta de continuidade tem sido potencializada pelas freqüentes alterações organizacionais a que tem sido submetida a administração federal – maior parte das quais simples maquiagens nas estruturas –, quase sempre por intermédio de medidas provisórias e com o propósito de ajustar o número de cargos às demandas políticas, pouco ou nada contribuindo para o melhor desempenho do Governo.

Tais mudanças têm não só comprometido o desempenho das funções administrativas básicas (planejamento, programação e controle), como onerado o Congresso Nacional com discussões estéreis – inclusive porque a generalidade dos elementos justificativos pouco ajudam para apreciações qualitativas –, ampliado os custos de funcionamento da administração (materiais de expediente que ficam perdidos com a troca de denominação e/ou endereço, equipamentos danificados ou abandonados na mudança), afetado a motivação dos servidores e imposto grandes prejuízos aos usuários dos serviços afetados pelas alterações organizacionais e aos segmentos empresariais com atuação nas áreas respectivas.

Como se pode perceber por simples racionalização objetiva, não há sistema de planejamento, programação ou controle que possa funcionar satisfatoriamente sob um tal processo de ciranda organizacional, até mesmo porque

³ Outras mazelas relevantes são apontadas por CASTOR, Belmiro V. J. Fundamentos para um Novo Modelo do Setor Público no Brasil. In *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro. V. 28, n.º 3, jul./set. 1994 (p.156), que, ao referenciar os fatores associados à falência do setor público brasileiro, observa: “inflação crescente e desequilíbrio orçamentário crônico erodiram paulatinamente a capacidade do Estado prestar serviços ... Somem-se a esses dois fatores as seqüelas do clientelismo, do corporativismo, do populismo e da corrupção. O clientelismo inchou de maneira desordenada os quadros humanos do Estado; o corporativismo criou privilégios injustificáveis para alguns estratos de funcionários das estatais à custa do contribuinte, como os generosos fundos de pensão e de seguridade; o populismo aposentou precocemente milhões de pessoas graças a leis de favorecimento ou à simples ausência de controles previdenciários; e a corrupção disseminada em todos os níveis gerou uma relação espúria entre o Estado contratador e comprador, de um lado, e seus fornecedores e empreiteiros de obras, de outro. A soma dessas patologias encareceu brutalmente o custo estatal sem contribuir para a ampliação dos serviços essenciais.”

grande parte dessas funções administrativas envolve atividades fundadas na comparação dos custos e dos resultados com os obtidos nos anos anteriores. Para que a estrutura governamental adquira maturidade e eficácia é preciso que esta conte com um núcleo estável – cuja localização, práticas e serviços oferecidos sejam de domínio público –, como ocorre na quase totalidade dos países desenvolvidos⁴.

Portanto, é imperioso que se coloque um freio à inconseqüência dos últimos anos, em que a estrutura da administração federal tem sido mudada, sem consistentes fundamentos e de forma extremamente recorrente, há cada dois anos. Nesse sentido a providência mais urgente é proibir o emprego de medidas provisórias para a realização de modificações na estrutura organizacional, bem como a fixação de norma imperativa exigindo que mudanças na estrutura básica da administração sejam propostas através de projetos de lei, com obrigatória indicação de elementos objetivos sobre os seus custos e benefícios.

2.2. A precariedade dos processos de articulação intergovernamental

Nos últimos anos a programação contida nos orçamentos da União, sobretudo nos orçamentos fiscal e da seguridade, tem assumido a feição típica de orçamento municipal, sistematizando milhares de pequenas iniciativas, tais como: construção de postos de saúde, circuitos de eletrificação rural, pontes, matadouros, creches, escolas urbanas e rurais, pequenos sistemas de abastecimento d'água, de saneamento básico, coleta de lixo, etc., em detrimento de ações estruturadoras da infra-estrutura básica necessária ao desenvolvimento do País, tais como: conservação, complementação e modernização da malha rodoviária de integração nacional, ampliação das hidrovias, infra-estrutura de ciência e tecnologia, prevenção e repressão à criminalidade organizada e fomento à conquista de novos mercados.

Isso tem ocorrido, sobretudo, pela ação de membros do Congresso Nacional, que têm entendido como procedimento válido a busca de atendimento aos interesses paroquiais das bases territoriais por eles representadas. É claro que esse não constitui um entendimento uniforme, existindo parlamentares que a este se

⁴ Em países como os Estados Unidos, França, Alemanha, Inglaterra e Canadá, a estrutura de órgãos de nível ministerial tem se mantido praticamente inalterada ao longo dos últimos vinte anos.

opõem, inclusive por ser evidente que, na maior parte dos casos, a população é atendida de forma mais expressiva e duradoura por empreendimentos de maior efeito multiplicador realizados no Estado ou região, embora nem sempre tão aparentes quanto as pequenas obras. Esse comportamento é agravado por dois aspectos críticos: o primeiro deles é que na repartição das rendas tributárias, realizada pela Constituição de 1988, os Estados e Municípios foram bastante beneficiados com recursos adicionais sem correspondente ampliação nos seus encargos, às expensas de uma apreciável redução na capacidade financeira da União⁵; o segundo, que na medida em que os membros do Congresso Nacional se envolvem com as questões de interesse local – que mobilizam pessoas e instituições a que não podem deixar de atender –, passam a ter pouco tempo disponível para dedicar às questões de maior abrangência.

Assim, é preciso que se atue no sentido de extinguir as transferências voluntárias da União, ressaltadas aquelas vinculadas aos planos nacionais, regionais e setoriais, previamente aprovados pelo Congresso Nacional e especificamente incluídos no PPA e na LDO. Na pior das hipóteses, dever-se-á limitar as transferências voluntárias a um limitado percentual do orçamento, exigindo que o acesso a estas se faça com o compromisso – assegurado por sanções apropriadas – do beneficiário informar, ao órgão repassador, as empresas executoras das obras/serviços ou fornecedoras dos bens, a fim de facilitar a fiscalização pelos órgãos de controle interno e externo.

Sem que se delinee com clareza as responsabilidades da União, dos Estados e dos Municípios, definindo de forma mutuamente excludente os encargos de um e dos outros⁶, será

⁵ Saliente-se que os ganhos dos Estados e Municípios se tornaram ainda maiores com a elevação da carga tributária, no período 1988 a 1992, como salientado por SERRA, José. *Idem*, *Ibidem* (p.64), ou seja: “quem ganhou com o aumento da carga [pelas alterações tributárias realizadas no período 1988 a 1992] não foi a União (cujas receitas subiu apenas 4% reais no período), mas os Estados e Municípios, cujas receitas se expandiram 28 e 97% reais, respectivamente.”

⁶ Segundo CASTOR, Belmiro V. J. *Idem*. *Ibidem* (p.158), “Um novo modelo de atuação estatal no Brasil deve levar em conta... a redefinição dos encargos federativos... que tem de ocorrer para compatibilizar a prestação de serviços por determinado nível de poder político-administrativo às características geográficas do serviço prestado: serviços eminentemente

impossível dar consistência e sistematicidade à programação orçamentária da União. Enquanto isso não for realizado, a administração federal ficará impossibilitada – por ações políticas, burocráticas e legais – de alocar, com objetividade, os recursos necessários à implementação das ações necessárias à alavancagem do processo de desenvolvimento. É fora de dúvida que a redistribuição de encargos envolverá vários problemas concretos, os maiores dos quais são a exigência de austeridade por parte das administrações habituadas a lucrar com a política do “fato consumado” e a resistência dos estratos da burocracia que perderão “poder” com a instituição de fronteiras claras entre os vários níveis de governo. Não obstante, a revisão e redistribuição dos encargos entre as várias esferas de governo é providência que passou a ser indispensável e inadiável.

2.3. Excessiva flexibilidade do Executivo para modificar projetos orçamentários

Quando da elaboração da Lei Maior entenderam os constituintes que seria oportuno facultar ao Poder Executivo o encaminhamento de mensagens modificativas dos projetos de lei sobre matéria orçamentária formalizados perante o Poder Legislativo. Em consequência, foi articulada a norma do art. 166, § 5.º da Constituição, que estabelece: “O Presidente da República poderá enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos projetos a que se refere este artigo [PPA, LDO, LOA e créditos adicionais] enquanto não iniciada a votação, na comissão mista, da parte cuja alteração é proposta”. Racional quanto aos seus propósitos, esse dispositivo acabou se prestando a abusos por parte do Poder Executivo, que tem remetido, em média, duas mensagens modificativas por ano (em 1994 foram seis as mensagens modificativas do projeto de lei orçamentária anual), comprometendo o funcionamento do Congresso e impondo sérios prejuízos às ações de planejamento dos demais níveis de governo e do setor privado.

A cada mensagem recebida pelo Congresso Nacional, os prazos precisam ser reabertos

mente locais (educação básica, habitação popular, atenção primária à saúde etc.) têm de ser da responsabilidade das organizações públicas e privadas locais, reservando-se as tarefas que envolvam território e competências intermunicipais aos governos estaduais e limitando-se a intervenção direta e operativa do Governo federal às questões e projetos de natureza interestadual.”

(sobretudo para a apresentação de novas emendas), as proposições – já bastante complexas pela sua própria natureza – precisam ser integradas umas às outras, com sérios prejuízos para a sua transparência, os controles sobre os processos precisam ser ampliados (sobretudo após a CPI do Orçamento), comprometendo as discussões dos temas mais sérios e retardando a aprovação da Lei Orçamentária Anual.

O mais grave desse procedimento, passível de ser utilizado para tumultuar a apreciação das matérias orçamentárias pelo Congresso, é ser ele desnecessário, por já contar a administração com os créditos adicionais para realizar os ajustes que se tornem necessários após a aprovação do Orçamento. Além disso, essa prática tende a levar o Governo a não tratar a montagem de sua proposta orçamentária com a devida seriedade, por saber que poderá modificá-la, a qualquer tempo, entre o início de setembro e meados de novembro (a votação na comissão mista dificilmente se inicia durante esse período). Contudo, ainda que se admitisse a necessidade de algumas correções, naturais pela própria complexidade do Orçamento, estas só seriam admissíveis com caráter pontual, desde que o Poder Executivo se empenhasse em produzir uma programação embasada num processo consolidado de planejamento e programação.

Tendo em vista os inconvenientes do procedimento atual, parece ser de toda conveniência que se suprima o § 5.º do art. 166 da Constituição ou que se modifique tal dispositivo de modo a restringir sua utilização. Nesse caso a redação poderia ser modificada para:

“§ 5.º O Presidente da República poderá enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos projetos a que se refere este artigo, dentro dos trinta dias subsequentes à data da assinatura do projeto original, vedada sua proposição em relação a projeto que já tenha sido objeto de proposta de modificação ou cuja votação já tenha se iniciado na comissão mista”.

2.4. Flexibilidade do Poder Executivo para executar apenas parte da programação

Outro problema com que tem se defrontado o Poder Legislativo, bem como os atores periféricos do processo de alocação de recursos – governadores, prefeitos e titulares de órgãos da administração indireta – é o da excessiva discricionariedade que possui o Poder Executivo para implementar, seletivamente, a progra-

mação incluída nos orçamentos. Essa situação tem sido objetada, sistematicamente, por relatores e parlamentares na apreciação das proposições sobre matéria orçamentária que têm tramitado pelo Parlamento nos últimos anos. O entendimento destes tem sido de que a divisão de competências instituída pela Constituição é incompatível com o grau de absoluta autonomia com que tem contado a administração para implementar ou não os itens da programação aprovada pelo Parlamento.

A sistemática atual possui uma série de inconvenientes: em primeiro lugar, a seletividade dos órgãos do Executivo na execução do Orçamento neutraliza o esforço dos órgãos técnicos do Congresso Nacional (comissões mistas e permanentes) no equacionamento da programação governamental, sobretudo no que se refere à inclusão de novos subprojetos; em segundo, a latitude propiciada ao Governo facilita ações de retaliação contra os parlamentares não-alinhados às suas preferências, pelo contingenciamento (formal ou informal) das dotações do interesse destes; finalmente, a faculdade de poder executar apenas parte da programação incentiva a administração a formular orçamentos superestimados – ampliando suas margens de flexibilidade –, incluindo itens cuja implementação fica pendente da “disciplina” dos agentes neles interessados e transferindo o poder decisório do Parlamento para a tecnoburocracia estatal.

O grau de desconforto do Congresso Nacional com essa situação acha-se bem evidenciado no relatório do Deputado João Almeida, sobre a LDO para 1995, onde se assinala:

“A conveniência de estabelecer maior controle sobre a ampla latitude que possui o Poder Executivo para executar apenas os subprojetos e subatividades que julgar do interesse da administração, sob a ótica da tecnocracia estatal – frequentemente influenciada por fatores externos ou idiosincrasias – levou-nos a reincluir a norma constante da última LDO, articulada por esta Comissão Mista em 1992 e 1993, com vistas à execução mais equilibrada da programação...”

A conveniência de pôr termo a essa flexibilidade acha-se expressa também no relatório da CPI do Orçamento, que inclui, como recomendação:

“tornar obrigatória a execução dos subprojetos prioritários, identificados como tal na LDO e na Lei Orçamentária

Anual. Com similar propósito, vedar que subprojetos sejam excluídos da programação setorial, antes de sua conclusão, exceto com autorização específica do Congresso, mediante rito próprio”⁷.

2.5. *Impropriedade do emprego de medidas provisórias em matéria orçamentária*

Nos últimos anos, mais especificamente a partir de 1993, o Poder Executivo passou a utilizar-se de medidas provisórias para legislar sobre matéria orçamentária. É marcante, nesse particular, o emprego desse instrumento para alterar as leis de diretrizes orçamentárias aprovadas pelo Poder Legislativo. O Congresso Nacional logo reagiu a essa tendência, com fundamento em dois pressupostos básicos: o caráter superordenador da LDO e o rito especial definido pela Constituição para sua apreciação, os quais induzem a que quaisquer modificações no texto aprovado pelo rito especial devem se processar segundo o mesmo rito (“quem não pode o maior, não pode o menor”). Essa reação baseou-se, igualmente, na defesa da competência exclusiva do Legislativo para legislar sobre matéria orçamentária, expressa no art. 68 da Lei Maior, cujo § 3.º, III, vedou, taxativamente, que se delegasse ao Executivo a produção de legislação sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos⁸. A inconveniência

⁷ Em certas situações a experiência de outros países pode ser bastante inspiradora. No que se refere à discricionariedade do Executivo é exemplar a ação empreendida pelo Congresso dos EUA, em 1974, com vistas a fazer frente aos abusos praticados pelo Presidente Nixon – que congelava dotações e programas aprovados pelo Parlamento –, através do *Congressional Budget and Impoundment Control Act*. Por meio desse ato o Congresso Norte-Americano – que já não permite o veto a itens do orçamento (“Line item veto”) – impôs ao Presidente a obrigatoriedade de executar a programação aprovada pelo Legislativo, podendo este, tão-somente, se entender que certos itens do programa de trabalho contrariam o interesse público, solicitar ao Congresso autorização para cancelá-los (*rescissions*) ou comunicar seu adiamento para mais tarde no mesmo exercício (*deferrals*). No primeiro caso, a proposta só tem validade se aprovada dentro de 45 dias; no segundo, pode ser revertida, a qualquer tempo, por ato isolado de quaisquer das Casas do Congresso.

⁸ A propósito desta reação afirma o Deputado JOÃO ALMEIDA, Relator dos PLs n.ºs 1/93 (LDO/94) e 1/94 (alteração da LDO/94), em seu parecer: “Após a sua regular tramitação... o Projeto de Lei n.º 1, de 1993-CN (Mensagem n.º 22/93), foi convertido na Lei n.º 8.694, de 12 de agosto de 1993, que ‘dis-

deste procedimento foi percebida também pela CPI do Orçamento, cujo relatório inclui, como recomendação, a de: “Proibir o uso de medidas provisórias em matéria orçamentária”.

Também do ponto de vista teórico-doutrinário existem óbices à alteração da LDO após aprovação da proposta orçamentária anual. O primeiro destes é de natureza lógico-temporal, ou seja, se o orçamento anual deve obedecer aos parâmetros preestabelecidos pelas cláusulas balizadoras da LDO, uma vez concluída a elaboração (pelo Executivo) e a apreciação do Orçamento (pelo Legislativo), não teria cabimento alterar essa lei superordenadora. O segundo, de adequação do foro e dos ritos para apreciação das matérias orçamentárias, posto que, se a Constituição – em razão da importância dessas matérias – instituiu procedimentos especiais para a apreciação dos projetos respectivos pelo Parlamento, prevendo, inclusive, a sua preliminar apreciação por uma comissão mista permanente de senadores e deputados, é inadmissível que se permita a modificação do texto legal resultante por meio de procedimentos simplificados, como são as medidas provisórias⁹.

põe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da lei orçamentária anual de 1994...”. Em 29.12.93... o Poder Executivo houve por bem baixar a Medida Provisória n.º 396... Essa MP, no entanto, não teve concluída a sua tramitação, seja pelas restrições aos dispositivos que invadiam prerrogativas do Poder Legislativo, seja em razão das objeções que muitos dos membros do Congresso Nacional apresentaram quanto à constitucionalidade de se utilizar tal instrumento para modificar a LDO. Em razão disso, esta acabou sendo reeditada, em 28.1.94..., que, embora sanasse parte das restrições, continuava a padecer da objeção básica antes assinalada. Por esse motivo esta MP não teve, igualmente, ultimada a sua apreciação, sendo novamente reeditada em 28.2.94, sob a forma da Medida Provisória n.º 441/94 (Mensagem n.º 52, de 1994-CN), imediatamente secundada pela remessa do Projeto de Lei n.º 1, de 1994-CN (PL n.º 1/94-CN), com o mesmo teor de tal medida provisória.”

⁹ Segundo SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 1993, é defesa a utilização de medidas provisórias em matéria orçamentária, uma vez que segundo a “interpretação lógico-sistemática... o Presidente da República não poderá disciplinar por medidas provisórias situações ou matérias que não podem ser objeto de delegação. Seria um despautério que medidas provisórias pudessem regular situações que sejam vedadas às leis delegadas.” Também o Deputado JOSÉ SERRA (idem, ibidem, pp. 78 e 80) tem defendido essa tese, afirmando, por exemplo: “Um dos mandamentos mais inequívocos da nova Constitui-

Esse entendimento foi expresso também pelo Deputado Nelson Jobim, hoje Ministro da Justiça, quando relator do processo de revisão constitucional, ao propor nova redação para o art. 62 da Constituição. Segundo o Parecer n.º 38, de 1994, não poderiam ser objeto de medidas provisórias, entre outras matérias, as relacionadas a planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. Afirma ele:

“Entre as matérias que deverão estar vedadas ao domínio normativo da medida provisória, adotamos sugestão praticamente consensual de todas as propostas revisionais sobre o assunto: matérias relacionadas no § 1.º do art. 68 como insusceptíveis de delegação legislativa. De fato não parece razoável que a Constituição proíba a delegação de poderes ao Presidente da República sobre certos assuntos e, de outra parte, admita a competência deste para dispor sobre os mesmos através de medida provisória, cujo procedimento de elaboração é muito mais discricionário que o previsto para a legislação delegada”.

Apesar do Projeto de Lei n.º 1/94-CN representar, em certa medida, o reconhecimento, pelo Poder Executivo, da impropriedade da utilização das medidas provisórias para legislar sobre matéria orçamentária, convém que se estabeleçam providências mais definitivas para coibir essa prática. Observe-se que, não obstante a remessa desse projeto de lei, o Governo continuou, por vários meses, a regular a execução orçamentária de 1994 por intermédio de medidas provisórias (MPs n.ºs 465, 490, 516, 538 e 563, de 1994), duas das quais (MPs 576/94 e 682/94), impondo modificações sobre o texto resultante do próprio PL n.º 1/94 - CN (Lei n.º 8.928, de 10.8.94). Sem essa providência o Congresso Nacional corre o risco de tornar-se refém da vontade do Poder Executivo, que poderá utilizar-se regularmente desse instrumento, com base nos precedentes já existentes, desorganizando a estrutura de normas superordenadoras do processo orçamentário (cuidadosa-

ção refere-se à proibição de que o governo altere o orçamento sem “prévia autorização legislativa”. Ora, a medida provisória tem efeito a partir de sua edição, de modo que, se o orçamento for assim alterado, se estará violando o mencionado mandamento, pois a alteração ocorrerá antes de sua virtual aprovação (ou modificação) pelo Congresso.”... “A aplicação de medidas provisórias a matérias orçamentárias, em geral, é inconstitucional.”

mente articuladas pela Constituinte com o propósito de vincular a LOA às normas da LDO e de ambas ao PPA), tumultuando a atuação do Legislativo (pela freqüente modificação nas normas), desmotivando os membros da Comissão Mista (pela neutralização dos seus esforços no aprimoramento do processo orçamentário) e neutralizando as normas e princípios articulados com vistas a oferecer segurança e estabilidade à programação e execução orçamentária.

2.6. *A ineficácia do Plano Plurianual, como elemento ordenador da programação*

O Plano Plurianual, concebido pela Assembleia Nacional Constituinte como o instrumento de planejamento estratégico do Governo – delimitador da moldura institucional para a ação da administração pública federal e indicativo de rumos para a iniciativa privada –, foi rapidamente subvertido em fac-simile do antigo orçamento plurianual de investimentos, passando a ter a mesma ineficácia daquele. Com pouco mais de um ano de vigência o Plano Plurianual (aprovado pela Lei n.º 8.173, de 30.1.91) foi objeto de reformulação integral (aprovada pela Lei n.º 8.446, de 21.7.92). Nove meses depois teve proposta nova reformulação (Mensagem n.º 226/93, de 29.4.93), proposta esta que foi substituída em julho do mesmo ano (Mensagem n.º 474/93, de 31.7.93), ficando em tramitação no Congresso Nacional até o final da Legislatura. Que planejamento estratégico é este que muda a cada poucos meses? Como pretender que um tal planejamento possa ser determinante para a administração pública e indicativo para o setor privado, como determinado pela norma do art. 174 da Constituição?

Além da freqüência com que foi modificado o Plano Plurianual, tem mudado a sua forma e conteúdo a cada edição. A cada proposta de PPA, ou de alteração deste, o Governo tem optado por um formato diferente para o Plano Plurianual, com freqüentes mudanças na linguagem, nas taxionomias programáticas e na abrangência do documento. O pior é que tais mudanças não ocorreram de forma evolutiva, ou “por aproximações sucessivas” – como diria Lindblon¹⁰ –, mas sim de forma errática e ao sabor das freqüentes mudanças de orientação operadas no “sistema” federal de planejamento como decorrência das freqüentes trocas de ministros¹¹.

¹⁰ LINDBLON, Charles. The Science of Muddling Through. In *Public Administration Review*. V. 19 (1959), pp.79-88.

¹¹ No período 1988 a 1995 foram titulares do órgão central do sistema de planejamento federal:

Contudo, a efemeridade e a mutabilidade de forma são apenas alguns dos defeitos constatáveis nesse instrumento. Mesmo após os grandes aprimoramentos realizados pelo Congresso Nacional, durante a tramitação das propostas respectivas, os planos plurianuais produzidos até agora têm sido marcados por uma exaustiva enunciação de diretrizes, objetivos e metas setoriais – maior parte destas em termos genéricos e abrangentes –, tornando possível dar cobertura a qualquer ação que se intente executar¹², tornando-o inócuo como delimitador da ação governamental. Outra grande deficiência do PPA tem sido a omissão dos diagnósticos – dimensionamento dos problemas e sua distribuição geográfica – em que se fundam as prioridades nele indicadas, tornando impraticável a avaliação de oportunidade de cada programa. Na forma atual o Plano Plurianual se acha destituído de alcance prático.

Essas deficiências têm sido apontadas em várias ocasiões, em especial pelos Relatores dos PPAs e das LDOs. O Senador Dario Pereira, Relator da primeira revisão do PPA, assinala:

“A proposta de revisão do Plano Plurianual 1993-95 detalhou as despesas e metas ao nível dos principais projetos. Este detalhamento desagrega excessivamente a ação do Governo e antecipa, em parte, o conteúdo do orçamento anual”.

De igual modo, o Deputado João Almeida, Relator da LDO/94, salienta essa fragilidade do documento, ao comentar a necessidade de promover a adequação entre a LDO/94 e o PPA vigente. Afirma ele:

“Devemos reconhecer, entretanto, que a tarefa foi grandemente facilitada pela natureza dos detalhamentos [contidos no Plano Plurianual] ... em especial no que se refere à explicitação de diretrizes, objetivos e metas setoriais, cuja generalidade e exaustividade oferece cobertura para a quase totalidade das ações típicas da administração pública federal”.

Também o Senador Mansueto de Lavor, Relator-Geral do Orçamento de 1993, sensibili-

zou-se com os problemas e inadequações do Plano Plurianual, observando no item 17 do seu parecer:

“Minha opinião quanto ao Plano Plurianual é que deva ser drasticamente simplificado, de forma a explicitar, além das diretrizes e objetivos, apenas as grandes prioridades do Governo federal financiadas com recursos públicos. Identificaria, ao mesmo tempo, as ações governamentais concebidas para alcançar as prioridades, com as respectivas metas-fim precisamente quantificadas e o seu custo global para a sociedade. Importa também, entendo eu, explicitar na lei que aprovar o PPA qual o volume de receitas públicas se espera arrecadar para o seu financiamento, como proceder em caso de realização insuficiente ou a maior, e a parcela comprometida com o desenvolvimento das ações prioritárias. A regionalização das prioridades no PPA deveria submeter-se a critérios que tenham efetivamente um papel redistributivo, com a finalidade de reduzir as desigualdades inter-regionais e de forma a garantir que a LDO e os orçamentos, compatíveis com o Plano Plurianual, tenham a mesma função”.

Uma das causas básicas das deficiências detectadas no PPA é a crise pela qual vem passando o sistema de planejamento federal¹³, com

¹³ MACIEL, Everardo. *A Crise do Planejamento Brasileiro*. In *Revista do Serviço Público*. Brasília, 117 (1), pp. 37-48, jun./set. 1989, comenta que “a crise do planejamento brasileiro guarda vínculos estreitos com as dificuldades vividas pelo Estado.” Um pouco mais adiante, assinala ele que essa crise foi alimentada pelas reações contrárias ao intervencionismo estatal – frequentemente associado ao planejamento –, pelo surgimento de uma intensa atividade política que passou a criticar o estamento tecnoburocrático como uma das fachadas visíveis do regime autoritário, e pela aceleração da crise econômica. Afirma: “Essa crise, vista em sua globalidade, é, em verdade, múltipla, porque enfeixa uma crise de credibilidade, uma crise de ansiedade, uma crise técnica e uma crise conceptual”. Quanto à crise técnica, observa: “Os planos revelam uma freqüente incoerência entre os objetivos estabelecidos e a insuficiência dos meios mobilizados [inclusive para resolver problemas em setores onde sua ação é no máximo indicativa]... inexistente avaliação sistemática dos programas [levando os planos a se tornarem rapidamente obsoletos]... os orçamentos revelam uma flagrante desintonia com os planos [por possuir a sua elaboração um curso autônomo em relação a estes últimos]”.

Anibal Teixeira, João Batista de Abreu, Zélia Cardoso de Mello, Márcilio Marques Moreira, Paulo Roberto Haddad, Yeda Crucius, Alexis Stepanenko, Beni Veras e José Serra. Cada titular ocupou a Pasta do Planejamento, em média, por menos de um ano.

¹² Segundo SERRA, José. *Idem*. *Ibidem* (p. 2), “Na prática... o Plano Plurianual de Investimentos tem sido genérico demais.”

repercussões desestruturadoras sobre os subsistemas estaduais. Como consequência direta da desvalorização da função de planejamento¹⁴ instaurou-se a tendência para conferir um crescente grau de generalidade aos detalhamentos articuladores dos planos e programas, conduzindo à busca por formatos que conferissem uma aparência de densidade técnica aos documentos de programação, incapazes, ambos, de por si sós, suprir a falta de comprometimento da cúpula governamental com os elementos de política pública sistematizados em tais documentos.

Portanto, é urgente que se revitalize o exercício da função de planejamento no âmbito da administração pública federal, de modo a ensejar ações melhor articuladas no tempo e na base territorial, processos mais ágeis de execução e ações efetivas de combate ao desperdício. Essa necessidade, identificada também nos relatórios da CPI do Orçamento, se fundamenta no pressuposto de que, enquanto isso não for feito, se continuará a ter, ao longo do processo orçamentário, uma disputa anárquica por recursos públicos, baseada nas conveniências e interesses de grupos políticos e empresariais, com brutal desperdício de recursos cada vez mais escassos. Além disso, esta providência é essencial para que se aprimorem os diagnósticos, se amplie a participação das instituições da sociedade no planejamento e programação das despesas, e se rompa com o encastelamento dos burocratas das áreas de planejamento e orçamento públicos.

No que se refere ao aprimoramento do PPA, o passo mais relevante seria que se ultimasse a produção da lei complementar a que se refere o art. 165 da Constituição, na qual se poderá definir, com clareza e permanência, a forma, o conteúdo e a abrangência do Plano Plurianual. Nesse processo dever-se-á dar-lhe caráter seletivo (restringindo sua abrangência a um limitado número de programas e projetos prioritários), conferir-lhe objetividade (pela explicitação dos resultados e efeitos pretendidos com cada uma das ações), revesti-lo de expressividade (pela apropriada quantificação dos resultados pre-

tendidos), torná-lo setorializado (indicando os responsáveis pela implementação de cada programa), e dotá-lo de estabilidade (vedando frequentes revisões) e compatibilidade (pelo emprego de linguagem e categorias – programáticas, econômicas e institucionais – compatíveis com as das LDOs e LOAs).

2.7. Subutilização da LDO como instrumento de formulação de políticas públicas

Como tem sido assinalado por vários parlamentares, em particular pelos relatores das LDOs de 1993 a 1995, esta lei especial constitui o instrumento mais importante, a inovação mais significativa, o meio de maior amplitude que a Constituição de 1988 colocou à disposição do Poder Legislativo para exercer o papel de alocação de recursos que historicamente lhe é atribuído nas sociedades modernas. Foi a partir de instrumentos como a LDO e dos papéis instituídos pela nova Carta que o Parlamento brasileiro passou a participar de forma decisiva no Orçamento, resgatando prerrogativas que lhe haviam sido seqüestradas. Não obstante, a forma e as circunstâncias em que as LDOs vêm sendo utilizadas comprometem, em muito, o seu alcance, eficácia e operacionalidade.

Mesmo reconhecendo os aprimoramentos realizados no processo orçamentário no decorrer de 1992 a 1994, pelas alterações introduzidas pelo Poder Legislativo nos textos finais das LDOs de 1993 a 1995, bem como pelas modificações nas normas regimentais que regem a apreciação de matérias orçamentárias pelo Congresso Nacional, é fora de dúvida que a forma, conteúdo e utilização da Lei das Diretrizes Orçamentárias ainda se ressentem de várias falhas e inadequações. A maior destas é não ter assumido o papel de instrumento de intervenção do Poder Legislativo no processo de formulação de políticas públicas, sobretudo das alocativas, sendo dignos de nota, também como deficiências, o caráter genérico com que as metas têm sido fixadas e a precária demarcação das metas e prioridades aos setores da administração federal¹⁵.

Quanto ao caráter genérico com que tem sido cumprida a determinação contida no art. 165, § 2.º, da Constituição, cabe observar que tal generalidade tem levado a que as metas sejam fixadas de forma imprópria, mais se parecendo

¹⁴No item 1.2. do Parecer n.º 18/94, da Comissão Mista de Orçamento, se acha assinalado: "Uma das principais determinantes da limitada consistência desse instrumento [LDO] é o esfacelamento por que passou o sistema de planejamento do Governo federal, quer no que tange às ações de diagnóstico e programação, quer no que se refere ao acompanhamento e avaliação dos empreendimentos."

¹⁵ Segundo SERRA, José. *Ibidem* (p. 2), "As leis de diretrizes orçamentárias não têm definido com precisão as prioridades e metas físicas e, pouco depois de aprovadas, são desrespeitadas ou sofrem alterações frequentes e irregulares."

com descomprometidas declarações de intenção do que a expressão quantificada dos resultados pretendidos. Segundo o texto constitucional (art. 165, § 2.º) “A Lei de Diretrizes Orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal”. Portanto, segundo a conceituação usual de meta, a LDO deveria indicar os *produtos ou resultados a serem atingidos, devidamente quantificados, com relação à parcela a ser atingida no exercício. No entanto, bastará uma rápida observação sobre o anexo de “metas programáticas” das LDOs dos últimos exercícios, para perceber quão distante essas se acham da caracterização técnica de metas acima delineada.*

A falta de especificidade na fixação das metas tem estimulado a pulverização dos recursos em vasto número de ações insuficientemente dotadas (janelas orçamentárias), as quais acabam sendo paralisadas pouco depois de iniciadas por insuficiência dos recursos ou por falta de contrapartida local. Por outro lado, o fato de não referenciar os setores responsáveis pela implementação de cada meta ou prioridade leva à pulverização das responsabilidades entre todos os órgãos da administração pública, inviabilizando que sua implementação possa ser “cobrada” de um órgão em particular (onde todos são responsáveis, ninguém o é!).

Impõe-se, portanto, que se avance no sentido de dar uma nova dimensão ao conteúdo da LDO, caracterizando-a como um autêntico instrumento de formulação de políticas públicas, estruturando-a de modo a explicitar as ênfases setoriais, quantificando – de forma numérica ou percentual – os valores mínimos a serem alocados em cada setor (ao nível de programas e projetos prioritários), sobretudo no que se refere às despesas de capital (obrigatória pelo art. 165, § 2.º, da Constituição), de modo a expressar a parcela das prioridades, objetivos e metas do PPA que deverão ser atingidos no exercício – especialmente no caso de obras ou instalações como: estradas, barragens, linhas de transmissão e sistemas de esgotos –, bem como que desestimele a pulverização dos recursos em vasto número de ações. Sem isso, torna-se impraticável a estruturação de processos de decisão sobre realizações com base nos seus méritos e custos e de sistemas efetivos de acompanhamento e avaliação da ação do Governo.

2.8. *Precária separação dos orçamentos fiscal e da seguridade social*

A Constituição de 1988 estabelece, em seu

art. 165, § 5.º, que:

“A Lei Orçamentária Anual compreenderá:

I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público;

II – o orçamento de investimento das empresas em que a União ... detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público.”

Assim, ao que tudo indica, a Assembléia Nacional Constituinte quis, de fato, que a Lei Orçamentária Anual fosse composta de três orçamentos, cada um destes perfeitamente caracterizado quanto ao seu conteúdo e abrangência. Esse propósito foi de tal ordem que os constituintes tiveram o cuidado de intercalar, entre a nominação destes (incisos I e III), o orçamento de investimento das empresas.

Curiosamente as mesmas administrações que têm patrocinado a montagem do Orçamento de Investimento das Estatais em documento a parte (Volume III), têm resistido a fazê-lo com relação aos orçamentos fiscal e da seguridade social, apesar das investidas da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização nesse sentido. Em 1992, o Senador Márcio Lacerda, Relator da LDO para 1993, chegou a articular, no texto de seu substitutivo, normas que obrigavam a separação dos dois orçamentos, modificando-as diante da ponderação do Diretor da Secretaria de Orçamentos Federais, de que não havia tempo suficiente para fazê-lo naquele ano. De qualquer modo, deixou indicada (p. 5 do relatório) a sua preocupação com o problema, ao referenciar como um dos parâmetros básicos que orientaram a análise do Projeto (LDO/93), o de “acolher normas e procedimentos que conduzam a uma mais efetiva separação entre o orçamento fiscal e o orçamento da seguridade social, quer por ser isto que pretende a Constituição, quer pela convicção de sua conveniência para um maior controle sobre ambos orçamentos, como estão a demonstrar a sucessão de escândalos dos últimos meses [CPI do Orçamento]”.

Em 1993, o Deputado João Almeida, Relator da LDO para 1994, tentou a mesma providência, recebendo apelo do novo Diretor da Secretaria de Orçamentos Federais (SOF) no sentido de adiar a medida. O Relator acedeu ao pedido, mas deixou consignado em seu parecer (p. 5):

“Outro aspecto que merece detida atenção do Congresso Nacional e, em particular desta Comissão, é a questão da separação entre os orçamentos fiscal e da seguridade social. É preciso acabar de vez com as divergências sobre o entendimento pretendido pela Constituinte sobre a matéria. A nossa leitura do dispositivo constitucional indica, sem sombra de dúvida, que o intencionado foi a confecção de dois documentos separados, com precisa definição de receitas, despesas e fontes de financiamento de cada orçamento, com a clara separação da programação de um e de outro, e com regime diferenciado de caixa por ocasião da execução, sem o que não se poderia falar em orçamento fiscal e orçamento da seguridade social, mas sim em programação de uma e outra esfera. Não temos dúvidas, igualmente, que tal separação propiciaria maior transparência e verdade orçamentária.”

É fácil compreender as razões dos que objetam à separação, preferindo um só orçamento com distintas programações para a seguridade social e outras ações de Governo. Existem, de fato, alguns argumentos válidos para esta solução, um dos quais é o de que ela facilita a administração do caixa do Tesouro. Convém considerar, porém, que nem sempre o que é mais fácil é o que mais convém ao interesse público, e que, enquanto a atual Constituição não for modificada, a separação dos orçamentos fiscal e da seguridade social, em documentos distintos – com regimes de execução e de prestação de contas peculiares – constitui imperativo constitucional. Além disso, a separação dos orçamentos há de permitir uma melhor delimitação das fronteiras entre tais esferas, uma visualização mais clara de onde se opera o déficit do Governo (dificultando expropriações de recursos da seguridade, como as realizadas no passado), um maior respeito às vinculações impostas pela Constituição e uma maior especificidade nos processos de controle.

Portanto, é imperativo que se modifique a forma atual de apresentação dos orçamentos

fiscal e da seguridade social, com o estabelecimento de uma clara delimitação das fronteiras entre estes – ou seja, que tipos de empreendimento são cabíveis em um e outro desses orçamentos (por exemplo, será que obras de desassoreamento de rios e de infra-estrutura urbana constituem matéria da seguridade social?) –, criando regimes de caixa distintos, conferindo maior transparência à programação e execução do gasto público, evidenciando o respeito às vinculações legais e facilitando a avaliação dos resultados apurados pelos instrumentos de controle interno e externo.

2.9. Inadequações no orçamento de investimento de estatais

Com relação ao orçamento de investimento das empresas estatais, embora duas das deficiências sistematicamente identificadas nos anos anteriores – limitada abrangência e duplicidade no detalhamento da programação – tenham sido equacionadas no último processo orçamentário, existem ainda alguns problemas a resolver. O primeiro destes é a precariedade das normas que regulam a execução orçamentária e a prestação de contas de entes públicos sujeitos também aos preceitos da Lei n.º 6.404. O segundo, a inapropriada caracterização de várias “empresas estatais”, que no plano prático são verdadeiras autarquias – incapazes de sobreviver com as receitas derivadas dos bens ou serviços que produzem (de que são exemplo: SERPRO, EMBRAPA, HCPA, CPRM, CODEVASF, GEIPOT e RADIOBRAS) – e outros têm a sua operação deficitária justificada pelo caráter social ou estratégico das suas atividades (de que são exemplo: FRANAVE, TRENSURB, CBTU, ENASA, URANIO, NUCLEP e ENASA).¹⁶

¹⁶ A propósito desta questão salienta o Relator da última LDO (1995), em seu Parecer: “Redefinimos a abrangência do orçamento de investimento de estatais, de modo a dar-lhe a amplitude pretendida pela Assembleia Nacional Constituinte, concordante com a sistemática vigente na Constituição de 1967, pela qual todas as despesas de capital das empresas constavam do orçamento plurianual de investimentos. Segundo o parágrafo único do art. 60 da Constituição vigente até 1988, “As despesas de capital (grifo nosso) obedecerão ainda a orçamentos plurianuais de investimentos, na forma prevista em lei complementar”. Nesse mesmo texto constitucional, encontramos, no art. 62, § 3.º, a norma: “Nenhum investimento (grifo nosso), cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, poderá ser iniciado sem prévia inclusão no orçamento plurianual de investimento...” Portanto, na tradição da linguagem constitucional pátria, o termo *investimento* é designativo das despe-

A duplicidade no detalhamento da programação, pela referenciação no orçamento de investimentos dos programas de trabalho de estatais cujas despesas de capital se achavam também detalhadas nos orçamentos fiscal e da seguridade social, foi entendida pelos relatores das últimas LDOs como procedimento que afrontava o pretendido pela Constituinte, inclusive por induzir a erro quanto à real magnitude das despesas de capital da administração federal. Essa percepção levou a que o Congresso Nacional adotasse uma nova interpretação da norma constitucional, a partir do Orçamento de 1993, ou seja, de que o orçamento de investimento de estatais deve incluir tão-somente as empresas cujas programações não constem dos demais orçamentos da União. Essa deliberação, que resultou de amadurecida reflexão do Relator-Geral, do Presidente da Comissão Mista e das Assessorias de Orçamento do Congresso Nacional, se acha expressa no Parecer sobre a LDO de 1994 (pp.4) nos seguintes termos:

“Com o [...] propósito de evitar questionamentos, formalizamos a dispensa de inclusão no orçamento de investimento da programação das empresas cujo programa de trabalho se ache explicitado, integralmente, nos orçamentos fiscal ou da seguridade social, por entender a prática adotada no Orçamento de 1993 fundada no mais estrito bom senso. Seria absurdo pretender que o Congresso tivesse que autorizar duas vezes a mesma despesa ou que patrocinasse duplicidades inócuas e geradoras de equívocos e perplexidades.”

sa de capital e não do elemento ou grupo de despesa de idêntico nome, como tem sido interpretado, restritivamente, nos últimos anos. Não há, portanto, razão para que se continue a elaborar o orçamento de investimentos das estatais com a limitada abrangência decorrente do entendimento equívoco de que este deva incluir apenas os gastos classificáveis no grupo despesa (GND) intitulado “investimentos”. Além disso, tal interpretação é contrária ao interesse público por permitir que importantes aportes de recursos do Erário nas suas empresas deixem de se traduzir em ativos no Orçamento, frustrando o propósito constitucional que instituiu esse instrumento de programação e de controle e mascarando a estrutura de receitas desses entes. Por exemplo, grande parte das inversões do Tesouro na ELETROBRÁS não se convertem em programações no orçamento de investimentos e, quando isto ocorre nas suas subsidiárias, são lá classificadas como ‘Recursos de Outras Origens’ e não como ‘Recursos do Tesouro’.”

Assim, além de preservar os avanços obtidos – inclusão de outras despesas de capital e exclusão das unidades cujas programações constem dos orçamentos fiscal ou da seguridade –, é imperativo que se desenvolva uma estrutura mais abrangente e articulada para o orçamento de investimento das estatais – criando sistemática apropriada para a elaboração do Orçamento e para a fiscalização dos entes regidos pela Lei n.º 6.404 –¹⁷ e que se defina, legalmente, que só poderão ser caracterizados como empresas estatais os entes públicos de natureza empresarial que não recebam recursos do Erário para cobrir seus custos de funcionamento, extinguindo ou transformando em autarquias todos aqueles que não se ajustem a tal critério.

2.10. *Inadequações nos processos de apreciação da Lei Orçamentária Anual (LOA)*

Além da questão da precária separação dos orçamentos, detalhada no item 2.8, e da excessiva flexibilidade com que conta o Poder Executivo para encaminhar mensagens modificativas, tratada no item 2.3, o processo de apreciação da LOA tem sido tumultuado por vários outros problemas, dentre os quais cumpre salientar: o estabelecimento de normas – de questionável constitucionalidade – permitindo a postergação da aprovação do orçamento anual e facultando – com graves efeitos colaterais – a “execução antecipada” da proposta orçamentária; o entendimento demasiado elástico do conceito “correção de erro ou omissão” contido no art. 166, § 3.º da Constituição, sobretudo para a reavaliação das receitas públicas, e a dispersão dos recursos pela sua alocação numa miríade de pequenos empreendimentos sem maiores avaliações quanto a custos, contrapartidas e encargos de manutenção posterior.

Quanto às normas que têm facultado a execução antecipada, tumultuando, posteriormen-

¹⁷ Segundo CASTOR, Belmiro. *Idem. Ibidem*, p. 160, “fator indispensável a um novo modelo de administração pública no Brasil é a modernização de seus mecanismos de controle externo, os quais se revelaram até hoje incapazes de conviver com arranjos organizacionais... como as empresas mistas, empresas públicas e fundações... o caminho para o controle de tais entidades passa pelo reforço dos conselhos de administração, conselhos fiscais e conselhos curadores das fundações (onde o Legislativo e a comunidade organizada deveriam ter assento obrigatório) e não pela criação de rotinas e procedimentos burocráticos típicos da administração pública tradicional, cujo resultado único é eliminar a liberdade operacional de que empresas, autarquias e fundações foram dotadas, sem ampliar o controle substantivo”.

te, o acompanhamento e a avaliação do Orçamento – além de deformar a LOA que seja aprovada pela necessidade de ajustá-la aos gastos já realizados – é evidente a sua incompatibilidade com o texto constitucional. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) dispõe, em seu art. 35, § 2.º, III:

“o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa”.

Tal preceito tem caráter mandamental tanto por tratar-se de norma constitucional como pelo caráter imperativo de sua estrutura. Segundo se pode depreender dessa norma, a única maneira de legislar diferentemente sobre tais prazos¹⁸ seria a produção da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9.º, da Constituição, por caber a esta, nos termos do art. 35 do ADCT, a fixação de tais prazos. A inconveniência do procedimento é evidenciada também pelas práticas dos últimos anos, pois, a cada ano, por razões diversas, a apreciação do Orçamento tem sido concluída mais tarde, ou seja, janeiro em 1991, meados de fevereiro em 1992, abril em 1993 e outubro em 1994, prejudicando os cidadãos, a administração pública e, especialmente, o Parlamento, que acaba recebendo – indevidamente – toda a culpa pelos atrasos na aprovação dos orçamentos e pelas inadequações dos detalhamentos respectivos.

Quanto à elástica interpretação que vem sendo dada ao conceito “correção de erro ou omissão”, o problema maior está na tendência, que vem ganhando corpo ao longo dos últimos anos, no âmbito do Poder Legislativo, de se utilizar desta “abertura” para reestimar receitas

¹⁸ Esse entendimento acha-se expresso no Parecer n.º 18, da CMO, sobre a LDO para 1995, ou seja: “neste exercício, mais do que em qualquer outro, é imperioso que o Congresso Nacional ultime a apreciação do Orçamento até o final da sessão legislativa... Deve fazê-lo... por ser dever constitucional do Congresso Nacional concluir a apreciação do projeto de lei até o final da sessão legislativa, em razão do caráter mandatório do art. 35, § 2.º, III, do ADCT... Tal dispositivo tem caráter mandatório tanto para o Poder Executivo – que não pode, em hipótese alguma, furtar-se de remeter o projeto de lei até o dia 30 de agosto –, quanto para o Poder Legislativo – que não pode, em hipótese alguma, encerrar a sessão legislativa sem remeter o projeto de lei à sanção. Onde a Constituição é mandatória não pode a lei ordinária – ainda que de natureza especial como a Lei de Diretrizes Orçamentárias – excepcionar.”

da União com vistas à geração de recursos adicionais para o acolhimento de emendas em favor de empreendimentos de interesse local ou regional. Dado o ambiente em que se realiza o processo, essa reavaliação, por razões óbvias, tende a se fundar mais nas demandas da racionalidade política – imperiosa necessidade de recursos adicionais para viabilizar o acolhimento de emendas e de pedidos por recursos adicionais dos órgãos da administração – do que em considerações técnicas.

Além de outros aspectos negativos, essa prática tende a potencializar, quando a arrecadação dessas receitas se frustra, a competição pelos recursos que financiam a programação, levando, com frequência – pelo maior interesse político que as programações adicionais (as criadas através de emendas) tendem a despertar – a que se comprometam empreendimentos em andamento, em prejuízo do interesse público. Existe, portanto, uma efetiva necessidade de que se delimite o que seja aceitável na alternativa “correção de erro ou omissão”, contida no art. 166, § 3.º, da Constituição, visto que a inexistência de interpretação delimitativa tem ensejado a prática de abusos. Os problemas constatados derivam do art. 166, § 3.º da Constituição – que define as condições para a aprovação de emendas ao projeto de lei orçamentária anual – apresentar problemas redacionais que diminuem, em muito, a clareza e o alcance do dispositivo. Em consequência, surgem dúvidas frequentes quanto à propriedade de se utilizar esta opção para a reestimativa de receitas ou de gastos com pessoal, encargos da dívida e transferências constitucionais.

Outra séria inadequação nas práticas orçamentárias atuais é propiciarem a abertura de um número excessivo de itens programáticos nos orçamentos da União, sobretudo como decorrência do poder de emenda do Congresso Nacional. Nos últimos anos as emendas dos parlamentares têm resultado no acréscimo de 4.500 a 8.500 novos subprojetos às propostas do Poder Executivo – que, deduzidas as subatividades de manutenção dos serviços e das repartições públicas, têm se limitado a algo como 2.600 a 3.700 subprojetos.¹⁹ Esse comportamento apre-

¹⁹ Segundo dados constantes dos bancos de dados do PRODASEN, em 1991 o PL 26/91-CN (proposta de orçamento do Executivo para 1992) discriminava 2.612 subprojetos, em 1992, o PL 44/92-CN, 3.690 subprojetos; em 1993, o PL 112/93-CN, 2.872 subprojetos; e, em 1994, o PL 3/94-CN, 2.710 subprojetos. O Poder Legislativo adicionou 8.131

senta três graves inconvenientes: o primeiro é a pulverização de recursos escassos num número de ações que excede a capacidade operacional dos órgãos executores; o segundo, que na maioria dos casos os recursos alocados correspondem a uma diminuta parcela do custo das obras ou serviços – insuficientes para possibilitar sua implementação, mas suficientes para comprometer a execução dos subprojetos de onde foram cancelados – e não possuem contrapartidas asseguradas nos orçamentos dos governos beneficiados; o terceiro, que quase totalidade dos subprojetos derivados de emendas tem pouco a haver com as responsabilidades típicas da administração federal.

2.11. *Inadequações na estrutura e funcionamento da Comissão Mista*

Após seis anos de sua instituição pela Constituição e de quatro de sua estruturação pela Resolução n.º 1, de 1991 - CN, o funcionamento da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) já gerou um acervo de experiências suficientemente amplo para embasar a avaliação dos seus acertos e inadequações. Entre os primeiros sobressaem: a limitação dos poderes da presidência – inclusive pela criação de subcomissões permanentes –, a instituição do parecer preliminar – fixando parâmetros para o acolhimento de emendas e para a imposição de cancelamentos –, a limitação do número de emendas aos projetos de LOA – pondo fim ao absurdo de se ter mais de 70.000 emendas numa programação de 3.000 subprojetos –, e a sistemática defesa das prerrogativas do Congresso Nacional em matéria orçamentária – sobretudo pelo aprimoramento das LDOs e do apropriado encaminhamento às revisões do PPA. Entre as inadequações cabe apontar: o retardo na implantação das subcomissões permanentes, o número excessivo de níveis de relatoria (parcial, setorial e geral), o precário envolvimento das comissões permanentes (Câmara/Senado) na apreciação de matérias orçamentárias, o número ainda excessivo de emendas individuais e as precárias justificações destas, e as normas que impõem a frequente substituição dos integrantes e dirigentes da CMO.

subprojetos ao primeiro, 8.546, ao segundo, nenhum ao terceiro – por ter sido o projeto do Governo aprovado sem emendas no Plenário do Congresso Nacional – e 4.400 ao quarto. As subatividades não estão sendo aqui consideradas por duas razões: se relacionarem à manutenção de unidades ou serviços e ensejarem um mínimo de emendas por parte dos parlamentares.

Dentre as inadequações, a que nos parece mais problemática é justamente a última das referenciadas. As normas que regem o funcionamento da CMO impõem a troca anual de pelo menos metade dos seus membros e proíbem a permanência na Comissão por mais de dois anos ou a reeleição dos ocupantes dos seus cargos de direção.²⁰ Esse procedimento é bastante negativo por oferecer vantagens à burocracia do Executivo que, a cada ano, trata com novos interlocutores que, nessa condição, têm visão limitada dos problemas, se satisfazem com informações genéricas e com promessas de detalhamentos que acabam não sendo oferecidos posteriormente. O fundamento dessa prática, de evitar a articulação de núcleos de poder que pudessem manipular, em benefício próprio, as leis de natureza orçamentária, parte de uma premissa falsa. Na verdade, a capacidade de influenciar nas decisões independe do parlamentar ser membro efetivo da Comissão. A avaliação do que tem ocorrido na CMO demonstra que, *não poucas vezes, parlamentares que não eram membros da Comissão operaram como “adjuntos” dos relatores formalmente designados e se responsabilizam por grande parte das decisões, inclusive das relativas à organização dos trabalhos. Portanto, impõe-se que se modifiquem as normas que estabelecem esse exagerado rito de renovação e que impedem a consolidação de núcleos de especialização capazes de*

²⁰ Em países como os EUA o fato do parlamentar permanecer vinculado por vários anos à mesma comissão é tido como desejável, por ensejar que este se especialize no assunto, capacitando-o a discutir com os órgãos do Executivo com suficiente conhecimento e, como tal, a melhor defender o interesse público. Porém, no Congresso norte-americano o processo decisório é marcado por grande fragmentação, cuja lentidão tende a ser compensada pelo debate amplo, pela estabilidade dos resultados propiciada e pela certeza de que o dinheiro do contribuinte será bem aplicado. Em matéria orçamentária, por exemplo, para que se aloque recursos a um determinado empreendimento, este precisa, primeiramente, ser aprovado nas comissões com jurisdição sobre a matéria na Câmara e no Senado – nesse processo a matéria é submetida à apreciação do “Congressional Budget Office” (braço técnico do Congresso em matéria de gasto público), que estima seu custo no primeiro ano de implantação e nos cinco subsequentes –, depois terá de receber prioridade para alocação de recursos nas Comissões de Orçamento da Câmara e do Senado e, finalmente, ter os recursos alocados pelos “Appropriation Committees”, tudo sob a atenta vigilância da imprensa e dos lobbies organizados (especialmente das ONGs).

auxiliar o Congresso na competente apreciação dos projetos de lei sobre matéria orçamentária ou sobre o planejamento governamental.

O precário envolvimento das comissões permanentes da Câmara e do Senado na apreciação das matérias orçamentárias constitui também uma questão crítica. A participação substantiva destas comissões na etapa inicial da apreciação dos projetos relativos à LOA, à LDO e ao PPA é da maior importância, uma vez que sua omissão tem como consequência, de um lado, a perda de elementos críticos que poderiam ser por elas propiciados e, de outro, a exacerbação das críticas ao funcionamento da CMO, pelos membros destas, prejudicando a imagem e o desempenho da instituição. Uma maneira operacional de propiciá-lo seria bloquear, no calendário de funcionamento dessas comissões, um período de uma a três semanas, dedicado exclusivamente a tal atividade. Essa etapa inicial seria concluída com a geração de relatório com indicações quantificadas dos subprojetos inoportunos ou com excesso de recursos, das ações insuficientemente dotadas, e das omissões que comprometem os setores, órgãos e programas de interesse da Comissão. Tais elementos subsidiariam a estruturação dos parâmetros a serem observados pelos relatores das subcomissões permanentes da CMO no acolhimento de emendas e na realização das deduções compensatórias.

Outra inadequação nos procedimentos atuais decorre da multiplicidade dos níveis de relatoria. Ao articular esta solução, com o propósito de dar maior transparência à apreciação dos orçamentos e de ampliar a participação dos membros da Comissão nesse processo, o Congresso acabou por estabelecer um procedimento irrealista para cumprir a atribuição constitucional.²¹ A prática logo se encarregou de demonstrar a inviabilidade de cumprir as tarefas respectivas nos prazos fixados, sobretudo pelas singularidades do processo legislativo, onde, a cada nível de relatoria, os parlamentares possuem prerrogativas de recurso, como a de pedir destaque, para votação em separado,

²¹ Ao normatizar o processo, através da Resolução n.º 1/91, o Congresso Nacional definiu que o projeto de lei orçamentária anual seria apreciado inicialmente por relatores parciais, cujos relatórios seriam sistematizados por relatores setoriais e decididos pelos plenários das subcomissões, sendo os pareceres destas sistematizados por um Relator-Geral e submetido à Comissão Mista e, em seguida, ao Plenário do Congresso Nacional. Tudo isto no prazo de setenta e cinco dias.

de emenda ou dispositivo do projeto original ou substitutivo. Além disso, o fato de a estrutura de relatorias ser articulada de modo a deixar os níveis superiores dependentes da conclusão dos trabalhos no nível inferior, algo nem sempre possível em contextos políticos, acabou por gerar problemas de operacionalização, prejudicando o funcionamento da relatoria-geral e contribuindo para a tardia aprovação dos orçamentos pelo Congresso Nacional. A solução natural para o problema seria limitar as relatorias a dois níveis, setorial e geral, este último organizado sob a forma de colegiado (composto, por exemplo, pela metade dos relatores setoriais) e conceder 3/5 do prazo para as relatorias setoriais, 1/5, para a relatoria-geral e 1/5, para o Plenário do Congresso.

Apesar da limitação estabelecida pela Resolução n.º 1/93-CN, que fixou num máximo de cinquenta o número de emendas facultado a cada parlamentar, o total de emendas à LOA – cerca de 30.000 (50.594 parlamentares) – é ainda muito elevado. A apreciação de tal volume de emendas consome tempo em demasia e limita a ação dos relatores no que se refere à análise do Orçamento segundo as suas componentes mais relevantes, ou seja, perfil da receita, estrutura funcional de gastos, coerência da programação com as prioridades do PPA e da LDO, evolução setorial de gastos e acatamento às vinculações legais e constitucionais. Como assinalado anteriormente, é um despropósito que se possa apresentar tantas emendas a uma programação que, abrangidos os investimentos das estatais e os subprojetos de reequipamento das fundações e órgãos autônomos (escolas técnicas e similares), se compõe de aproximadamente 3.000 subprojetos. Impõe-se que se fixem limites mais estritos para as emendas individuais, que se definam as circunstâncias em que estas possam ser propostas, e que se estabeleçam os requisitos mínimos de fundamentação.²²

²² Essa proposta consta do Relatório da CPI do Orçamento, que recomenda: "As emendas devem ter suas quantidades fixadas através de regras de proporcionalidade, devem se ater a um conjunto de circunstâncias e devem preencher exigências mínimas em termos de fundamentação (coisas como manifestação de um conjunto de instituições da localidade beneficiada, certidão do Tribunal de Contas de que as prestações de contas ... não apresentam irregularidades, planilha com os custos já ocorridos na execução do empreendimento e parecer de órgão técnico do Congresso Nacional quanto à razoabilidade dos custos totais do empreendimento."

Os sucessivos adiamentos na implantação e operacionalização das subcomissões permanentes, sob os mais diversos fundamentos, constituem também um fator crítico no funcionamento da Comissão Mista. Suas consequências mais imediatas são a centralização do poder nas mãos do presidente da Comissão – o que é sempre problemático –, a limitação na operacionalidade do órgão pela inexistência de núcleos especializados para a apreciação das matérias setoriais e a falta de sistematicidade no funcionamento das relatorias setoriais e na apreciação dos trabalhos destas pelos plenários especializados. Portanto, parece ser providência desejável que se modifique, no mais curto prazo possível, a Resolução n.º 1/91-CN, de modo a definir melhor as prerrogativas e responsabilidades das subcomissões permanentes, a imediata implantação destas, bem como a sua dotação com meios apropriados para poder cumprir, com independência, as atribuições que lhe forem fixadas.

2.12. *Uso de medidas provisórias para autorizar a abertura de créditos extraordinários*

O crédito extraordinário constitui uma das mais antigas modalidades de mecanismos de ajuste orçamentário do Direito Orçamentário brasileiro (sendo as primeiras referências ao seu uso expressas em atos do Império), tendo surgido ao lado dos créditos suplementares, destes se diferenciando pela exigibilidade dos pressupostos de imprevisibilidade e urgência. Foi pela Lei n.º 589, de 9 de setembro de 1850, que, pela primeira vez, se definiram normas sobre a abertura de créditos suplementares e extraordinários em nosso País. Com relação aos créditos extraordinários assim dispunha esta Lei:

“Art. 4.º Se porem estiver reunido o Corpo Legislativo não poderá o Governo abrir os referidos Créditos, nem autorizar a despesa sem que elles sejam previamente votados em Lei. Exceptuão-se os casos extraordinários, como sejam os de epidemia, ou qualquer outra calamidade publica, sedição, insurreição, rebellião, e outros desta natureza, em que o Governo poderá autorisar previamente a despesa, dando immediatamente conta ao Poder Legislativo.”

Essa interpretação foi mantida no Ordenamento Jurídico pátrio, ao longo de todo este século, seja no código de contabilidade, seja nas leis sobre formulação orçamentária, seja nas

normas constitucionais.²³ No Código de Contabilidade Pública, de 1922 (Decreto n.º 4.536), se acha estabelecido, no art. 80, § 1.º:

“Os créditos extraordinários serão abertos em qualquer mês do exercício, para ocorrer às despesas em caso de calamidade pública, epidemias, rebellião, sedição ou guerra externa. Precederá a abertura do crédito parecer do Tribunal de Contas...”

Nas leis sobre formulação orçamentária, o Decreto-lei n.º 2.416, de 17.7.1940, que instituiu normas para a elaboração e execução dos orçamentos dos Estados e Municípios, cercou de normas restritivas a abertura de créditos extraordinários, exigindo a submissão destes à aprovação do Presidente da República ou do Departamento Administrativo; a Lei n.º 4.320, de 1964, por sua vez, apenas consagrou o entendimento secular, caracterizando este tipo de crédito adicional, em seu art. 41, como os “destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública”. No plano constitucional, as Cartas de 1946 (art. 75) e de 1967 (art. 64, § 2.º) mantiveram o princípio da excepcionalidade para os créditos extraordinários, restringindo-os aos casos de necessidades urgentes ou imprevistas, como guerra, subversão interna ou calamidade pública, entendimento reafirmado na atual Constituição, cujo art. 167, § 3.º, estabelece:

“A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes”...

Por mais de um século os créditos extraordinários, pela natureza das circunstâncias que os justificam e em consonância com a melhor doutrina, foram abertos por decreto executivo, seguida essa providência de comunicação ao Poder Legislativo, sem quaisquer problemas em

²³ Segundo VIANA, Arizio de. Orçamento Brasileiro. Rio. 1950 (p.146): “O crédito extraordinário deve ser aberto pelo Executivo. É da essência do governo, do poder que administra, em determinada emergência, calamidade, ou necessidade de ordem pública, dispor de recursos para agir imediatamente em salvação da coletividade. Esteja ou não em funcionamento o Legislativo, não precisa o Executivo de pedir-lhe autorização para assim proceder. Mas, é da essência do regime democrático dar o Executivo contas ao Legislativo. Após a abertura do crédito extraordinário, o Executivo fará as devidas comunicações ao Legislativo, a fim de justificar e de comprovar as despesas que, em caráter extraordinário, houver realizado.”

tal procedimento. Não existem, portanto, elementos, sejam estes de ordem prática, legal ou doutrinária, para dar suporte à orientação, implementada a partir de 1989, de se passar a autorizar a abertura de créditos extraordinários por medida provisória. Isso ocorreu, ao que parece, por uma equivocada interpretação do art. 167, § 3.º, da Constituição, dado que pela absoluta funcionalidade do procedimento tradicional, o entendimento mais razoável para a referência ao art. 62 da Constituição, contida no § 3.º supra, seria o de haver necessidade de convocação do Congresso Nacional no caso da abertura do crédito extraordinário ocorrer durante período de recesso, valendo, quanto ao mais, a norma do art. 44 da Lei n.º 4.320, de 1964, que estabelece:

“Os créditos extraordinários serão abertos por decreto do Poder Executivo, que deles dará imediato conhecimento ao Poder Legislativo”.

Por razões inexplicáveis e sem qualquer fundamento de ordem prática, optou a administração por entender a norma como indicativa de que doravante os créditos extraordinários deveriam ser autorizados por medida provisória.

Essa interpretação conduziu à desnecessária produção de um grande número de medidas provisórias – frequentemente reeditadas várias vezes –, tendo por único mérito o de atravancar a pauta do Congresso Nacional. Além do mais, esse procedimento apresenta tantos inconvenientes que é surpreendente ter sido mantido por tanto tempo. Em primeiro lugar, ele é disfuncional, por instituir mais uma etapa legal – a prévia autorização – para o equacionamento de necessidades imprevisíveis e urgentes; em segundo, é inconseqüente e inócua, visto que, sendo da natureza do crédito extraordinário propiciar o gasto imediato dos recursos, a deliberação do Parlamento sobre a MP que o autoriza não terá conseqüências fáticas, limitando-se a legitimar, *a priori*, despesas cujas contas não foram apreciadas pelos órgãos de controle; e, finalmente, é de péssima técnica legislativa, por redundar na produção de leis de duração efêmera, visto que a MP, depois de se transformar em projeto de lei de conversão durante a sua tramitação no Congresso Nacional, se converte em lei ao ser sancionada pelo Presidente.²⁴

²⁴ Observa o Deputado JOÃO ALMEIDA, em seu Relatório, sobre o Projeto da LDO/95: “Constitui um exagero que se designe uma comissão mista de deputados e senadores para apreciar, sem qualquer conseqüência fática, uma matéria cuja substância já

Outro aspecto grave da atual sistemática é permitir que o Poder Executivo se valha do poder normativo das medidas provisórias para resolver situações em que o crédito extraordinário não poderia ser caracterizado, como já tem ocorrido várias vezes. Esse procedimento acha-se caracterizado na Nota Técnica n.º 10/93, da Assessoria de Orçamento da Câmara dos Deputados, que assinala:

“as situações objeto de medidas provisórias [autorizando abertura de créditos extraordinários] têm apresentado, normalmente, duas características que evidenciam a inadequação do seu equacionamento através de crédito extraordinário, quais sejam: a) adicionar recursos a categorias programáticas já existentes na Lei Orçamentária; e b) equacionar necessidades que se repetem todos os anos. No primeiro caso o procedimento apropriado seria a abertura de crédito suplementar – que existe exatamente para isso –, no segundo, pela regularidade dos eventos, não se pode falar em imprevisibilidade e urgência.”

Assim, tendo em vista as objeções à sistemática atual, cumpre intervir para que se modifique a equívoca interpretação que vem sendo dada ao art. 167, § 3.º, da Constituição, que gera a desnecessária produção de um grande número de medidas provisórias. É fora de dúvida que a melhor interpretação para a referência ao art. 62 da Constituição, contida do § 3.º supra, *in fine*, refere-se à necessidade de convocação do Congresso Nacional no caso da abertura do crédito extraordinário dar-se durante período de recesso parlamentar, valendo, quanto ao mais, a norma do art. 44 da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964. Essa norma é suficientemente operacional para os dias atuais, ajustada ao direito pátrio, coerente com as necessidades da administração e de grande praticidade para am-

se acha exaurida ... Ademais, mesmo na hipótese do crédito extraordinário ser aberto irregularmente, a possibilidade de caracterização de crime de responsabilidade não é maior ou mais legítima pelo emprego da medida provisória do que pelo uso do decreto, como ocorreu, por mais de um século, na prática administrativa brasileira, sem quaisquer problemas no plano do direito, da doutrina ou das conveniências da administração”. Similar foi o entendimento da CPI do Orçamento, cujo Relatório recomendou o restabelecimento do processo tradicional de abertura de créditos extraordinários, considerando uma impropriedade que o Congresso despenda tempo com a apreciação de atos praticamente irreversíveis.

bos os Poderes intervenientes no seu processamento.

2.13. *Inadequações na estrutura de assessoramento*

O Congresso Nacional acha-se razoavelmente aparelhado para o atendimento de suas necessidades atuais de assessoramento em matéria orçamentária (apoio à tramitação de PPA's, LDO's, LOA's e créditos adicionais). Somados os quadros de assessores da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a instituição conta com número suficiente de profissionais especializados para as tarefas ora desempenhadas e vem se equipando de forma adequada – em termos de *hardware* e de *software* –, para fazer frente às demandas de seus órgãos e membros.²⁵ Os problemas existentes derivam mais da necessidade de ajustes institucionais – mudança cultural nos órgãos do Executivo para aceitar uma participação ativa do Parlamento na formulação de políticas públicas e alocação de recursos e, nos do Legislativo, para desencadear ações administrativas e processos que conduzam à apropriada distribuição dos meios e instrumentos – do que à precariedade destes.

Não obstante, a forma de relacionamento da CMO com as Assessorias da Câmara e Senado (assistemática e informal) precisa ser melhor equacionada, sobretudo na perspectiva de plena operacionalização da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, com a implantação das subcomissões permanentes.²⁶ Nos últimos anos as Assessorias têm

²⁵ A partir de 1992 (orçamento para 1993), a alocação dos assessores passou a ser realizada em função da área de especialização destes. Por exemplo, para assessorar os relatores do orçamento da educação têm sido designados assessores que trabalham com essa área o ano todo, que conhecem a legislação peculiar (do salário-educação, por exemplo), os programas contidos no Plano Plurianual e o perfil da execução orçamentária nos últimos anos.

²⁶ SANTOS, Ruy. *O Poder Legislativo – suas Virtudes e seus Defeitos*. CEGRAF. Brasília. 1972, p. 139, ao tratar das deficiências de assessoria especializada de que se ressentem as comissões do Congresso, reporta-se ao Senador norte-americano La Follette, para quem “uma assessoria técnica competente é de vital importância para o Congresso. Um dos principais fatores que contribuiu para a transferência do poder e influência, do Legislativo para o Executivo, nos anos recentes, decorre do Parlamento ter sido generoso em proporcionar ao Executivo meios de admitir pessoal técnico para os seus serviços,

sido colocadas à disposição da Presidência da Comissão Mista e dos relatores por simples atos verbais. Esse procedimento possui vários inconvenientes: 1.º) ninguém se sente responsável pelo funcionamento dos órgãos técnicos da CMO, limitando-se a cumprir as demandas de momento; 2.º) os membros da Comissão precisam concorrer com os demais parlamentares (as Assessorias foram criadas para servi-los e apenas subsidiariamente à CMO) para ter acesso ao assessoramento; 3.º) não contando com uma estrutura própria de apoio técnico, os membros das subcomissões enfrentam dificuldades na estruturação das rotinas de trabalho e na determinação dos assessores de sua confiança (indispensáveis para ações como as de acompanhamento e avaliação); e 4.º) a informalidade dos procedimentos tende a gerar disputas entre os integrantes das Assessorias das Casas do Congresso, sobretudo quanto às funções de coordenação, prejudicando as ações de caráter substantivo.

Portanto, parece ser de toda conveniência que se institucionalize uma estrutura própria de assessoramento no âmbito da Comissão Mista. Enquanto subsistirem embaraços de ordem administrativa à criação desta sob a forma de órgão autônomo – nos moldes do PRODASEN e CEGRAF, no Brasil, ou do CBO e CRS, nos EUA – essa assessoria poderia ser composta por um número determinado de assessores (especializados em orçamento e fiscalização) requisitados junto à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal e dotada com um certo número de cargos de livre provimento e de funções de coordenação (cedidos pelas Casas do Congresso Nacional), para possibilitar a estruturação de núcleos especializados no atendimento às demandas de cada subcomissão permanente e dos relatores dos grandes projetos (PPA, LDO e LOA).

2.14. *Deficiências no acompanhamento da execução dos planos e orçamentos*

A conveniência de ações mais decididas do Poder Legislativo no acompanhamento da ação governamental é algo que vem sendo percebido há muito tempo. Em 1966, ao avaliar os novos papéis que cabem aos parlamentos nas sociedades modernas, o Senador Milton Campos e o Deputado Nelson Carneiro²⁷ reportam-

ao mesmo tempo em que é negligente na colocação, a seu serviço, dessa categoria de funcionário.”

²⁷ CAMPOS, Milton e CARNEIRO, Nelson.

se a Woodrow Wilson, professor em Princeton e mais tarde Presidente dos Estados Unidos, que já em 1884 observara:

“O filósofo político dessa época de governo autônomo tem mais do que simples dúvida para contestar a utilidade de um órgão representativo soberano que se limita a legislar, abstendo-se de todas as outras funções. Tão importante quanto legislar é fiscalizar atentamente a administração”.

Parlamentares dos mais diferentes partidos e tendências têm expressado sua preocupação com essa importante responsabilidade dos parlamentos, sobretudo com os aspectos menos formais do acompanhamento e da avaliação do desempenho do Governo. O mesmo tem ocorrido com os órgãos investigativos do Congresso Nacional, sobretudo a CPI do Orçamento, cujo relatório aponta uma série de recomendações para o aprimoramento dessa função, dentre as quais:

1) que se dotem os órgãos de planejamento e orçamento do Congresso Nacional de meios para:

a) implantar e operar uma estrutura permanente de acompanhamento e avaliação da execução dos programas federais ou realizados com recursos da União e da *performance* dos órgãos públicos (com vistas à determinação de irregularidades e à detecção de gastos improdutivos de recursos do Erário em unidades – da administração direta ou indireta – que não mais atendam ao interesse público);

b) acompanhar e avaliar sistematicamente a execução dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais e a execução orçamentária (com vistas a dar conhecimento de tais apurações às comissões permanentes, singulares e mistas, das Casas do Congresso, a otimizar a alocação dos recursos disponíveis e a minimizar as *interferências espúrias em tal processo*);

2) que se ampliem as estruturas dos órgãos técnicos de orçamento do Congresso Nacional, garantindo-lhes o acesso irrestrito ao Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI, ao Sistema Integrado de Orçamento – SIDOR e ao Sistema Integrado de Administração de Pessoal – SIAPE, assim como a todas as demais bases de dados da administração pública federal.

Estudo sobre o Funcionamento dos Parlamentos.
CEGRAF. Brasília. 1966.

O aprimoramento das atividades de acompanhamento e avaliação requer também, além da reinstitucionalização do planejamento, o aperfeiçoamento dos sistemas de controle interno e externo, como assinalado no tópico precedente. Além de sua ênfase no formalismo, os procedimentos de controle interno e externo em uso no setor público brasileiro têm recebido, ao longo dos últimos anos, duras e merecidas críticas. Sem dúvida, fossem os órgãos responsáveis um pouco mais efetivos, os eventos – de superfaturamento, abandono de obras e desvios de recursos – relatados pelas CPIs do PC e do Orçamento jamais teriam ocorrido com a magnitude relatada. Com relação e essa questão, sugere Belmiro Castor,²⁸ com a experiência de quem foi, por duas vezes, Secretário de Planejamento do Paraná e membro da Corte de Contas do Estado por vários anos:

“Um verdadeiro controle externo deveria em primeiro lugar estabelecer mecanismos permanentes de acompanhamento no nível de execução. Ou seja, a fiscalização não deve ser feita em Brasília ou nas capitais estaduais onde está a sede das instituições controladoras, mas nos lugares em que as obras são feitas e os serviços são prestados. Em segundo lugar, é indispensável que participem de tais mecanismos de controle as forças políticas e comunitárias antagônicas aos administradores responsáveis pela execução da obra ou serviço, para garantir a isenção e a idoneidade do controle.”

3. Conclusões e recomendações

Como assinalado anteriormente, as inadequações nos processos, normas e procedimentos relacionados com a programação, execução e avaliação do gasto público se acham situadas em três categorias: constitucionais, legais e administrativas ou regimentais. O enquadramento nessas categorias, entretanto, não é rígido e nem mutuamente excludente, existindo problemas cuja natureza as situa como requerendo providências em vários destes planos. Por essa razão não teremos a preocupação, nesta parte da abordagem, em relacionar as recomendações apresentadas com os problemas a que se referem – até mesmo porque isso já foi feito no tópico precedente –, mas sim em sistematizar, em cada uma dessas órbitas, as providências que nos parecem mais urgentes para o aprimoramen-

²⁸ CASTOR, Belmiro V. J. *Idem.* *Ibidem*, p.161.

to dos processos de planejamento e orçamento.

3.1. *Ajustes constitucionais*

Modificações constitucionais são providências que se justificam sempre que o acordo social pelo qual o poder da sociedade é estruturado e seu exercício fracionado (a fim de evitar o totalitarismo) passa a apresentar disfunções capazes de comprometer a estabilidade das instituições essenciais ao funcionamento harmônico da sociedade.²⁹ Uma das evidências mais fortes de disfunção no exercício do poder, em sistemas democráticos, é a prática de abusos por um dos poderes do Estado (ainda que através de instrumentos legalmente constituídos ou de práticas tradicionais), tumultuando a atuação ou levando outro poder a reduzir a sua operacionalidade.

No cenário que delineamos ao longo desta abordagem fica evidente que o Poder Executivo tem abusado no uso de instrumentos previstos na Constituição, para uso excepcional, inclusive ampliando o âmbito de sua utilização e, com isso, tumultuando o funcionamento do Poder Legislativo. Isso tem ocorrido, sobretudo, pela contínua ciranda organizacional, pelo sistemático envio de mensagens modificativas dos projetos orçamentários, pela modificação das LDOs através de medidas provisórias, pela excessiva discricionariedade para executar seletivamente a programação aprovada pelo Congresso Nacional e pelo desnecessário uso de medidas provisórias para “autorizar” a abertura de créditos extraordinários. Impõe-se, portanto, que se promovam ajustes no texto constitucional, no sentido de restabelecer o equilíbrio que deve existir no fracionamento do poder da sociedade entre os poderes constituídos do Estado, abrangidos, os seguintes aspectos:

a) proibir modificações na macroestrutura organizacional da administração federal (Ministérios e Secretarias) através de medidas provisórias, exigindo a sua proposição por intermédio de projetos de lei devidamente instruídos com elementos objetivos sobre os seus custos e benefícios;

b) proibir o emprego de medidas provisórias em matéria orçamentária e nos demais casos em que o art. 68 da Constituição veda a delega-

²⁹ Segundo BAAKLINE, Abdo. Professor da SUNYA, no Seminário do MPA, em 1988, “As Constituições são estruturas normativas que dividem e sistematizam o exercício do poder. Quem não aprender isto jamais compreenderá a verdadeira natureza das Leis Maiores”.

ção legislativa;

c) suprimir o § 5.º do art. 166 da Constituição ou restringir sua utilização a uma modificação por projeto, aceitável esta apenas dentro dos trinta dias da remessa do projeto original e se a votação da proposição ainda não tiver se iniciado na comissão mista;

d) tornar obrigatória a execução dos sub-projetos prioritários incluídos nos orçamentos e vedar a exclusão de subprojetos antes de sua conclusão, exceto com autorização específica do Legislativo, mediante rito próprio.

Além disso, a era de orçamentação decremental em que passamos a viver – onde, a cada ano, os recursos do Governo se tornam menores e cortes adicionais precisam ser aplicados aos programas tradicionais – impõe que se reveja, criticamente, a divisão de responsabilidades fixada na Constituição (hoje confusa em face do amplo elenco de competências comuns e concorrentes) –, de modo a definir, de forma mutuamente excludente, as competências da União, dos Estados e dos Municípios. Adicionalmente, redefinir, na Lei Maior, o conceito de empresa estatal, permitindo que se caracterizem como tal apenas as entidades empresariais vinculadas ao setor público que não recebam recursos do Erário para cobrir os custos de funcionamento, transformando em autarquias todas as entidades da administração indireta, hoje caracterizadas como empresas estatais, que não se ajustem a tal critério.

3.2. *Providências necessárias na órbita legal*

Uma conclusão apriorística, diante do quadro delineado, é de que existe uma grande urgência na produção da legislação complementar – prevista no art. 165 da Constituição – fixando normas e procedimentos para a elaboração do PPA, LDO e LOA. É preciso definir, através de normas de caráter permanente, a forma e conteúdo dos documentos respectivos, as categorias de integração entre esses instrumentos de programação, a estrutura de prazos para a elaboração e aprovação dessas leis, os limites de flexibilidade aceitáveis na execução da programação aprovada pelo Congresso Nacional e os procedimentos aceitáveis para o ajuste das leis orçamentárias, para a fiscalização da ação governamental e para a avaliação do desempenho dos órgãos públicos.

Nesse sentido será importante que a citada legislação abranja, além dos conteúdos tradicionais presentes na Lei n.º 4.320/64 – que enca-

minhou grandes avanços na orçamentação pública brasileira –, também os seguintes aspectos:

a) clara definição da forma, conteúdo e abrangência do Plano Plurianual, revestindo-o, como documento programático, dos atributos peculiares a estes, ou seja: seletividade, objetividade, estabilidade, expressividade, setorialização e compatibilidade programática;

b) articulação de normas que conduzam à revitalização do planejamento como processo, no âmbito da administração pública federal, e de procedimentos que ensejem ações melhor articuladas no tempo e na base territorial, processos mais ágeis e efetivo combate ao desperdício;

c) caracterização da LDO como autêntico instrumento de formulação de políticas públicas, tornando obrigatório que esta explicita, para cada setor de governo, as três programações que receberão ênfase no exercício e o volume mínimo de recursos a ser alocado em cada órgão;

d) precisa explicitação das metas físicas das programações do Governo – quantificadas e situadas no tempo e no espaço – e exigência de que novas programações sejam acompanhadas de informações sobre as carências que irão atender, os resultados a obter e principais elementos de custos e benefícios;

e) completa separação entre os orçamentos fiscal e da seguridade social, inclusive mediante a montagem de documentos distintos, com precisa definição das receitas e despesas de cada orçamento, clara separação da programação de um e de outro e regime diferenciado de caixa;

f) estruturação de normas apropriadas para a elaboração, execução e prestação de contas dos entes públicos regidos pela Lei n.º 6.404 (empresas estatais) e conferindo ao orçamento de investimento das estatais abrangência compatível com os propósitos de controlar suas imobilizações;

g) fixação de prazos improrrogáveis para que os Poderes Executivo e Legislativo cumpram as suas atribuições na apreciação dos planos e leis orçamentárias e proibição de disposições que autorizem a postergação da apreciação dos projetos dessa natureza ou a execução antecipada do Orçamento;

h) instituição de normas que impeçam a ampliação de receitas por intermédio de artifícios.

Com caráter complementar, independentemente da revisão de encargos entre os níveis

de Governo – União, Estados e Municípios – proposta nesta abordagem, limitar as transferências voluntárias da União um pequeno percentual do orçamento, exceto no caso de programações vinculadas a planos regionais ou setoriais aprovados pelo Congresso Nacional e especificamente incluídas no PPA ou na LDO.

3.3. Ações administrativas e regimentais

Além dos ajustes no texto da Constituição e das providências na órbita legal existem algumas questões, igualmente relevantes, que podem ser resolvidas pela via administrativa ou regimental, desde que seja mobilizada vontade política com magnitude suficiente para a sua viabilização. Apontam-se, como tais, as seguintes providências:

a) definir com clareza as prerrogativas e responsabilidades das subcomissões permanentes, implantá-las e dotá-las de meios apropriados para cumprir suas atribuições;

b) suprimir as normas que impõem um exagerado rito de renovação na Comissão Mista de Orçamento, como forma de ampliar o nível de especialização das subcomissões, cuidando para que o poder seja descentralizado e para que se assegure transparência e publicidade nos processos;

c) limitar as relatorias da comissão mista a dois níveis, setorial e geral, sendo as primeiras em número não superior a dez e a última – com a função de sistematizar os pareceres das subcomissões (vedada a aprovação de emendas, exceto no caso de destaques) – organizada sob a forma de colegiado e composta por parte dos relatores setoriais e sob a coordenação de parlamentar escolhido por estes;

d) fixar prazos improrrogáveis para que os órgãos do Congresso Nacional apreciem os projetos sobre matéria orçamentária, transferindo ao nível imediato – relatoria ou órgão – competência para deliberar sobre a proposição e suas emendas sempre que vencidos os prazos;

e) ampliar o envolvimento das comissões permanentes na apreciação dos projetos de PPA, LDO e LOA, bloqueando períodos de uma a três semanas, em seu calendário, para essa atividade e tornando exigível a produção de relatórios com as apreciações críticas sobre as partes dos projetos relativas aos setores de competência ou interesse de cada comissão;

f) definir os relatórios das comissões permanentes como as principais indicações para a estruturação dos parâmetros a serem observados no acolhimento de emendas e na realização

de cancelamentos;

g) limitar as emendas individuais a 15 ou 20 por parlamentar, restringindo o âmbito das circunstâncias (matérias) em que estas podem ser propostas, exigindo que estas preencham um conjunto de requisitos na sua fundamentação e obrigando a alocação de recursos em montantes compatíveis com as metas;

h) instituir estrutura própria de assessoramento na Comissão Mista e suas subcomissões, integrada por número determinado de assessores especializados requisitados junto às Assessorias Técnicas da Câmara e do Senado e por um limitado número de cargos de livre provimento e de funções de coordenação (custeadas parte a parte pelas Casas do Congresso Nacional).

Além disso impõe-se que se formalize, por intermédio de decreto legislativo ou de outro meio mais apropriado, a interpretação de que os créditos extraordinários, atendidos os pressupostos de imprevisibilidade e urgência, devem passar a ser abertos por decreto executivo, na forma tradicional, sem a necessidade de edição de medidas provisórias. Tal ato deverá estabelecer, igualmente, na forma consagrada pelas práticas e pelo direito pátrio, que o Congresso Nacional deverá ser imediatamente convocado se a abertura do crédito extraordinário ocorrer durante algum dos períodos de recesso parlamentar.

Dadas essas considerações, não podem existir dúvidas quanto à conveniência e urgência do equacionamento dos problemas e inadequações referenciadas ao longo desta abordagem.

A permanência destes deverá acarretar sérios prejuízos ao Erário, ocasionar desgastes adicionais à imagem do Legislativo e da administração pública em geral, contribuir para a potencialização dos conflitos – já bastante amplos pela própria dialética das relações entre poderes –, frustrar as equipes técnicas, comprometer a efetividade das estruturas de controle e prejudicar o atendimento aos interesses maiores da população e das instituições.

Cabe registrar, entretanto, que muitas das mazelas e inadequações do processo orçamentário federal têm sido injustamente atribuídas ao Congresso Nacional. Na verdade, as propostas elaboradas pelo Poder Executivo têm deixado bastante a desejar – sobretudo pelo esvaziamento que tem se operado nas áreas técnicas que dão suporte à formulação das LOAs –, trazendo em seu bojo a maior parte dos problemas posteriormente apontados. Fossem as propostas orçamentárias mais bem elaboradas, com apropriada especificação dos empreendimentos – abrangendo metas físicas, áreas beneficiadas e custos globais dos subprojetos –, com custos realistas e setorialização das responsabilidades, os orçamentos não apresentariam as falhas usualmente apontadas. Na verdade, a ação do Parlamento, nos últimos orçamentos, tem propiciado a correção de várias inadequações contidas nas propostas oriundas do Executivo, seja na regionalização dos gastos, seja na alocação setorial, seja na definição das contrapartidas a empréstimos externos, seja no cumprimento de vinculações legais e constitucionais.

Expropriação dos bens utilizados para fins de tráfico ilícito de entorpecentes

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Natureza jurídica.* 3. *O objeto.* 4. *Modo de concretização.* 5. *Procedimento.* 6. *Aquisição originária ou derivada.* 7. *Extensão.* 8. *O parágrafo único do art. 243 da CF.* 9. *Destinatários.* 10. *Conclusões.*

1. *Introdução*

O presente estudo, malgrado a sua singeleza, tem por escopo gizar os contornos do instituto previsto no art. 243, *caput*, da Lei Fundamental, ao dispor:

“As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

As nossas atenções centrar-se-ão, principalmente, no investigar a sua natureza jurídica, seu objeto, a maneira de sua realização, sua extensão, seus destinatários, entre outros temas correlatos.

Trata-se de inovação no direito positivo e, como tal, capaz de justificar supostos percalços do expositor.

2. *Natureza jurídica*

Neste tópico, passo a cotejar o art. 243 da Constituição, com as várias modalidades de intervenção estatal na propriedade privada.

Disto – e bastante – da requisição, autorizada pelos art. 5.º, XXV, e 22, III, ambos da Norma Ápice. São basicamente dois os pontos de distanciamento: a) naquela a ação do poder públi-

co preordena-se ao uso da propriedade privada, ao invés de sua aquisição; e b) a requisição é auto-executável, dispensando procedimento judicial.

Tampouco se enquadra como servidão administrativa. Esta, lembrava Hely Lopes Meirelles¹, forte em lição de Benjamin Basavilbaso, é

“um *onus real*, incidente sobre um bem particular, com a finalidade de permitir uma utilização pública”.

Diferente se passa com o prescrito no art. 243, *caput*, da Lei Maior, uma vez este implicar na extinção do *jus proprietatis* do cidadão, o que não ocorre com a servidão.

A despeito do *nomen juris* atribuído pelo Constituinte, com a desapropriação não se confunde. É que a perda da propriedade, por ato compulsório do Estado, não vem acompanhada de compensação financeira.

Embora vedado a princípio, justifica-se por força de exceção constitucional, sancionadora do uso da propriedade para fins antijurídicos.

Não se ataca aqui o espírito informador da propriedade como direito individual e inalienável do homem, tal como consagrado em inúmeras declarações constitucionais.

É que, quando a Constituição assegura a intangibilidade do patrimônio privado, atua, segundo Celso Ribeiro Bastos², para “impedir que o Estado, por medida genérica ou abstrata, evite a apropriação particular dos bens econômicos”, o que não se confunde com o dispositivo sob exame, no qual, torno a frisar, é reprimida a utilização ilícita da propriedade. Da fruição de tal prerrogativa em contrariedade ao Direito é que decorre a dispensa do ressarcimento pecuniário ao seu titular.

3. O objeto

O confisco, sobranceiramente permitido, atinge imóveis rurais, localizados em qualquer ponto do território patrial, posto que o constituinte serviu-se do vocábulo *gleba*, a significar área apropriada para o cultivo de produtos vegetais.

O critério para a definição de imóvel rural, pena de afronta à efetividade da dição magna, é o da destinação³. Exclui-se o da localização, in-

¹ *Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 14.ª ed., pp. 524/525.

² *Comentários à Constituição do Brasil*, 2.º v., Saraiva, 1989, p. 119.

³ Ver arts. 4.º, I, das Leis n.ºs 4.504/64 e 8.629/93 e do Decreto 55.891/65.

dicado pelo art. 29 do CTN, pouco importando que o bem situe-se na zona urbana ou de extensão urbana do Município.

Mister se faz que, nessas terras, sejam descobertas culturas de plantas psicotrópicas, conceituadas pelo art. 2.º da Lei n.º 8.257, de 26.11.91, como sendo aquelas que, enumeradas pelo Ministério da Saúde, permitam a obtenção de substância entorpecente proscrita⁴.

Acresça-se, por importante, que o cultivo precisa ser contrário ao *ordo juris*.

A ilegalidade em causa deflui do art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 6.368/76, secundada pelo art. 2.º, parágrafo único, da Lei n.º 8.257/91. Reputa-se com tal mácula o plantio não-autorizado, pelo Ministério da Saúde, para fins exclusivamente terapêuticos ou científicos. Fora disso, a plantação é ilegal.

O conceito de cultura, minudenciado em nível infraconstitucional, corporifica-se “pelo preparo da terra destinada a sementeira, ou plantio, ou colheita”.

Observe-se, por seu turno, não ser somente a propriedade o alvo da medida drástica. A simples posse também pode sofrer os seus efeitos.

Todavia, quer se esteja diante de propriedade ou posse, imprescindível que o respectivo titular atue com culpa *lato sensu* (ação ou omissão dolosa, negligência ou imprudência). Inconcebível que a perda da coisa seja imputada a título de responsabilidade objetiva.

Por derradeiro, transferida, mediante arrendamento ou parceria, a posse direta da coisa a terceiro (art. 486 do Código Civil), o confisco também poderá ter lugar. Nos contratos rurais, pelos quais é cedido o uso temporário da terra, constitui obrigação do arrendatário ou parceiro-outorgado, cujo cumprimento compete ao arrendador ou parceiro-outorgante, exigir a utilização do imóvel rústico na maneira convencional, devendo, se for o caso, optar pela rescisão da avença (arts. 26, IV, 41, II, e 48, Decreto n.º 59.566, de 14.11.66).

Assim, quer o arrendador ou parceiro-outorgante tenha-se omitido no dever de fiscalizar a execução do contrato, quer saiba, desde o início, da intenção indevida do outro contra-

⁴ Mais severa, nesse ponto, a Lei n.º 6.368, de 21.10.76, ao vedar no seu art. 2.º, o plantio, a cultura, a colheita e a exploração, de todas as plantas que contenham substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica.

tante cabível a incidência do art. 243, *caput*, da Constituição Federal. É hipótese de culpa *in vigilando*, decorrente da não-fiscalização do comportamento da parte obrigada.

4. *Modo de concretização*

Quanto à maneira por que os bens referidos no art. 243, *caput*, da Lei Máxima, são trasladados ao acervo patrimonial da administração, toca-se, de logo, asseverar constituir monopólio da jurisdição. Prestigiando tradição instaurada pelo art. 39 da Magna Carta⁵, outorgada por João sem Terra aos seu barões, o art. 5.º, LIV, do Estatuto Básico atual, proclama: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Perfilha-se, sem a menor transigência, o ideário do *due process of law*.

Por devido processo legal deve-se entender o procedimento em que é respeitado o contraditório e a ampla defesa, exurgindo inelutável a figura do julgador imparcial e independente. Por isso, não pode desenvolver-se fora da liça judicial⁶.

Fincada, em balizas sólidas, a premissa acima, biparte-se a doutrina no descortinar a ação adequada.

⁵ O comando da *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, dispunha: "Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país".

⁶ Dentre muitos doutrinadores, pensa assim o lente da UFRN e em. Juiz Federal José Daniel Diniz: "Diante disso, é irrecusável concluir que o art. 5.º, inciso LIV, da Constituição da República, assegura que qualquer pessoa só pode vir a ser privada de seus bens ou de sua liberdade em decorrência de decisão tomada por julgador independente e imparcial, com competência previamente determinada em lei, em cujo processo tenham sido observados os outros princípios processuais básicos, como os do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação da sentença etc. Sendo assim, é evidente que ninguém pode ser privado de seus bens em virtude de decisão administrativa, mesmo que ela tenha sido proferida com obediência ao contraditório e à ampla defesa, pois lhe falta o pressuposto da independência e imparcialidade do julgador" (O Procedimento Administrativo e o Devido Processo Legal, notas do autor). Idem Carlos Ari Sundfeld: "O que significa o processo legal, nesse dispositivo? Este deve ser entendido como o desenvolvido perante o juiz competente e cercado das garantias inerentes ao contraditório

Carlos Ari Sundfeld⁷ pugna pela necessidade de ajuizamento, pela União Federal, na qualidade de titular da competência inculpada no art. 144, § 1.º, II, da Constituição, de ação civil de rito ordinário perante a Justiça Federal.

Já Clóvis Beznos, citado por Lucia Vale Figueiredo⁸, entende que não se cuida de direito novo, ao fazer referência ao art. 125 do Código de Processo Penal.

Pode-se, assim, vislumbrar que, em se cuidando o imóvel onde encontradas culturas ilegais, de *instrumento sceleris* do delito tipificado no art. 12, § 1.º, I, da Lei n.º 6.368/76, sob o núcleo *semear*, a previsão constitucional já constava, no regime anterior a 1988, da legislação penal vigente (art. 91 do Código Penal). Havia, ainda, no terreno específico, o art. 34, § 2.º, da Lei de Tóxicos, ao mencionar, às expressas, serem os instrumentos e produtos do crime, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, confiscados, destinando-se à alienação para terceiros ou à utilização pela atividade administrativa.

A perda decorreria de efeito automático da condenação (cf. Celso Delmanto⁹; Damásio de Jesus¹⁰), proferida em processo em que o proprietário ou possuidor do bem fosse denunciado como autor ou participe dos delitos definidos na Lei n.º 6.368/76. O seu suporte vertical de validade estaria no art. 5.º, XLVI, *b*, sendo desnecessária até a edição do art. 243, ambos

rio e à ampla defesa (com todas as consequências derivadas dessas cláusulas). É fundamental deixar assentado o primeiro aspecto. O devido processo legal não é apenas o informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa (aspecto material), mas o realizado pelo Poder Judiciário (aspecto subjetivo). Aqueles princípios têm aplicação mais ampla, para além do processo judicial; vinculam também o procedimento administrativo, nos termos expressos do art. 5.º, LV, da Carta Constitucional brasileira. Mas, em se tratando de privação da liberdade ou da propriedade, não basta o respeito a tais cláusulas – é dizer, não basta a observância do inc. LV, em sede administrativa – necessário que o processo seja judicial" (*Direito Administrativo Ordenador*, Malheiros Editores, 1993, pp. 105/106).

⁷ *Desapropriação*, RT, Primeira Leitura, Constituição de 1988, pp. 55/56.

⁸ *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 1994, p. 221.

⁹ *Código Penal Comentado*, Renovar, 3.ª ed., p. 141.

¹⁰ *Código Penal Anotado*, Saraiva, 1989, p. 217.

da *Lex Legum*.

O embate doutrinário foi merecedor de equacionamento via legal. Em 26.11.91, veio a lume a Lei n.º 8.257, cujo art. 6.º, resolvendo o impasse, prescreveu: "A ação expropriatória seguirá o procedimento judicial estabelecido nesta Lei".

Propiciando a melhor execução do diploma suso mencionado, foi aprovado regulamento pelo Decreto n.º 577, de 24.6.92.

5. Procedimento

Conditio sine qua non para a concretização da perda do bem é o ajuizamento da ação prevista na Lei n.º 8.257/91, cuja legitimidade ativa pertence à União, beneficiária da utilidade a ser buscada em juízo (art. 15, Lei n.º 8.257/91; Decreto n.º 577/92, arts. 3.º e 5.º).

Compete ao representante judicial daquela, na peça vestibular, além da enunciação dos fatos e fundamentos jurídicos, caracterizar bem o imóvel atingido pelo confisco, especificando sua área, limites, parcela ocupada com o cultivo proscrito, protestar pela produção das provas que entender necessárias e, ao final, formular o pedido adequado.

A fim de fornecer subsídios à Advocacia Geral da União, a Polícia Federal, em trabalho articulado com o INCRA, tão logo ultimado, com êxito, a diligência de localização de culturas ilegais de plantas psicotrópicas, remeterá cópia do inquérito policial e de relatório técnico (arts. 3.º, 4.º e 5.º do Decreto n.º 577/92). Este último, elaborado num prazo de oito dias da conclusão dos autos informativos do inquérito conterà: "a) a caracterização do imóvel onde foi localizada a cultura ilegal de plantas psicotrópicas, mediante indicação, pelo menos, da denominação e das confrontações e das vias de acesso; b) descrição da área onde localizada a cultura; c) comprovação da existência do cultivo ilegal; d) indicação e qualificação do proprietário ou do possuidor do imóvel, bem como as de todos os seus ocupantes e de outras pessoas nele presentes no momento da lavratura do auto de apreensão; e) relação de bens móveis encontrados na área e apreendidos".

A qualidade de réu não é provida, necessariamente, pelos supostos agentes da infração penal, cabe, ao invés, ao proprietário ou possuidor da gleba.

O poder jurisdicional para o processo e julgamento do feito será da Justiça Federal (art. 109, I, CF), mais precisamente da Seção Judiciária do Estado onde encravado o malsinado imóvel. Situado este em zona limítrofe com mais de

um Estado, prevalecerá o lugar do registro.

Verificando encontrar-se em ordem a inaugural, o magistrado, ao despachá-la, ordenará a citação dos réus nomeando, ao mesmo tempo, perito.

É lúdima ação real imobiliária, a ensejar a obrigatoriedade da citação do cônjuge, se o demandado casado for. Assim entendeu a Seleta 1.ª Turma do TRF da 5.ª Reg. na AC 36.819-PE, brilhantemente relatada pelo e. Juiz Ridalvo Costa, à consideração de ser inaplicável o art. 16 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, pela Lei n.º 8.257/91 remeter, nas suas omissões, o intérprete ao adminículo do Código de Ritos. De transcrição compulsória a ementa do julgado:

"AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. CULTIVO ILEGAL DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. CF ART. 243 E LEI N.º 8.257/91. PROVA PERICIAL. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE AMBOS OS CÔNJUGES. NULIDADE. Na desapropriação de gleba destinada ao cultivo de plantas psicotrópicas, ainda que não haja indenização, é obrigatória a realização de perícia, por disposição expressa da Lei n.º 8.257/91 – art. 7.º, § 2.º A ação expropriatória, por envolver o direito de propriedade, tem natureza real imobiliária, impondo-se a citação de ambos os cônjuges, sob pena de nulidade (CPC, art. 10, I). Inaplicabilidade do dispositivo no art. 16 da LGD (DL n.º 3.365/41), que dispensa a citação de ambos os consortes. A desapropriação, no caso, é regida por norma específica (Lei n.º 8.257/91), não se aplicando as disposições da LGD, nem havendo qualquer dispositivo que permita que a ação seja proposta contra apenas um dos cônjuges. Antes pelo contrário, o art. 23 da Lei n.º 8.257 manda aplicar subsidiariamente as normas do CPC"¹¹.

Os demandados deverão, em um decêndio, contado da juntada aos autos do último mandado de citação, apresentar resposta.

O mesmo prazo servirá para ambas as partes indicarem assistentes técnicos e elaborarem seus quesitos.

A prova técnica deverá ser concluída oito dias após a investidura do perito¹².

¹¹ DJU, Seção II, edição de 2.9.94, p. 48.323.

¹² Note-se que a Lei n.º 8.257/91, ao falar em investidura, fugiu à nova sistemática do CPC em dispensar, ao depois da Lei n.º 8.455/92, o compromiss-

No particular da prova pericial, restou fixado, na já citada AC n.º 36.819-PE, ser de realização obrigatória, em fase da natureza cogente do art. 7.º, § 2.º, da Lei n.º 8.257/91.

Conquanto ausente aqui o propósito de se estabelecer indenização justa, motiva a vistoria pericial a necessidade de se caracterizar a área do imóvel utilizado, direta ou mediatamente, pelas plantações indevidas, porquanto, como adiante se verá, somente estas as abrangidas pelo édito judicial¹³.

Concluída a perícia, o julgador designará audiência de instrução e julgamento, oportunidade na qual cada parte poderá arrolar até cinco testemunhas.

Veda-se, em repetição a preceptivo já constante do CPC (art. 453, II, § 1.º), o adiamento da audiência, exceto motivo de força maior.

Suspensa a audiência pela impossibilidade de produção de toda a prova oral no mesmo dia, a sua continuação deverá ocorrer em data não superior a três dias.

Encerrada a fase instrutória, o juiz dispõe do prazo de cinco dias para proferir sentença.

O mencionado decisório desafiará apelação no prazo da lei processual civil, contado em dobro quando sucumbente a União, hipótese em que, à míngua de recurso voluntário, os autos serão remetidos à Jurisdição Superior, para fins de reexame necessário (art. 475, II, CPC).

Prevê a Lei n.º 8.257/91 (art. 10) a possibilidade de a União imitar-se, liminarmente, na posse do imóvel. Para tanto, compete ao julgador, pena de malferição ao contraditório, realizar audiência de justificação de posse, sede onde, superficialmente, deverá restar provada a existência da plantação ilegal.

Poderia o legislador, sem ofensa à máxima *audiatur et altera pars*, e em homenagem à ce-

so do perito e assistentes. O diploma acima, em sendo especial, não se encontra revogada pelo Código de Ritos, Lei Geral. Permanece aqui a necessidade de os experts serem compromissados.

¹³ Prova infossmável disso consta de passagem do voto do relator: "Pela redação do dispositivo acima, depreende-se que a perícia é obrigatória. Sem falar que a área expropriada apresenta-se controvertida, pertencente a vários condôminos, não se sabendo, ao certo, em qual dos quinhões foi encontrada a maconha. A perícia, no caso, afigura-se imprescindível e, ainda que não houvesse disposição expressa na Lei n.º 8.257/91, a sua não-realização representaria manifesto cerceamento de defesa".

leridade conatural ao procedimento que regula, haver dispensado a justificação se a União provar, de plano, a ocorrência material descrita no art. 243 da Lei Mor.

O não cumprimento injustificado dos intervalos temporais fixados na Lei n.º 8.257/91 ensejará a imposição de pena pecuniária aos serventuários ou peritos, cujo *quantum* será fixado pelo juiz.

Silente a lei própria, aplicar-se-á, ausente qualquer incompatibilidade, o CPC. Mais apropriada seria, a nosso ver, a incidência dos dispositivos instrumentais do Decreto-Lei n.º 3.365/41, dada a afinidade entre o art. 243 e a desapropriação, separada apenas pela inexistência de prestação indenizatória.

6. Aquisição originária ou derivada

Aspecto de interesse é o pertinente ao modo de aquisição do domínio pela União, se originário ou derivado.

Maria Helena Diniz comenta a bipartição clássica, entre as maneiras pelas quais alguém alça à condição de *dominus* de uma coisa, pontificando com a maestria que lhe constitui nota peculiar, que:

"Tem-se a aquisição originária quando o indivíduo faz seu o bem sem que este lhe tenha sido transmitido por alguém, não havendo qualquer relação entre o domínio atual e o anterior, como sucede na acessão e no usucapião. Diz-se derivada a aquisição quando houver transmissibilidade de domínio, por ato *causa mortis* ou *inter vivos*. Tal se dá no direito hereditário e em negócio jurídico seguido de transcrição"¹⁴ Iguualmente, Darcy Bessone¹⁵.

Vê-se serem requisitos distintivos entre as aquisições originária e derivada: a) o fato de naquela inexistir qualquer ato translativo (*inter vivos* ou *causa mortis*) entre o titular do domínio e o adquirente; b) a propriedade incorporar-se plenamente no patrimônio do novo proprietário, desvinculada das características e ônus que pesavam sobre o antigo senhor.

Trata-se, indubitavelmente, o confisco em tela, de modalidade originária de aquisição da propriedade, por dois motivos: *primus* – inexistente, por parte do proprietário ou possuidor, ato de transferência em favor da União, decorren-

¹⁴ *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 4.º v., Saraiva, 1987, p. 97.

¹⁵ *Direito Reais*, Saraiva, 1988, p. 128.

do o fenômeno de provimento jurisdicional; *secundus* – a exemplo do prescrito no art. 31 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, o art. 17 da Lei n.º 8.257/91 é peremptório em assentar que se a mutação domínial prevalecerá sobre os direitos reais de garantia (penhor, hipoteca e anticrese) incidentes sobre o imóvel, não se admitindo embargos de terceiro. Vou adiante: não subsistirão também, pelo próprio fato da aquisição não ser derivada, os demais direitos reais de terceiros existentes sobre o bem, como o usufruto, o uso, a habitação, etc.

7. Extensão

Ponto assaz delicado diz respeito à eficácia espacial da deliberação confiscatória. Melhor explicando: deverá atingir toda a propriedade, ou apenas a área afetada ao plantio?

A sanção contida na Constituição é de cunho administrativo – embora infrigida pelo Judiciário por envolver o perdimento de bens – independentemente de condenação criminal, a qual pode até inexistir¹⁶. Essa a opção escolhida pela Lei n.º 8.257/91.

Forçosamente, terá de conformar-se com os postulados punitivos traçados para a Administração, entre os quais sobressai o cânon da proporcionalidade, a recomendar, em tom vinculativo, a adstrição da pena imposta à finalidade legalmente prevista.

Comenta Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷:

“A utilização de meios coativos, por parte da Administração, conforme o indicado, é uma necessidade imposta em nome da defesa dos interesses públicos. Tem, portanto, na área de Polícia, como em qualquer outro setor de atuação da Administração, um limite conatural ao seu exercício. Este limite é o atingimento da finalidade legal em vista da qual foi instituída a medida de polícia. Mormente no caso da utilização de meios coativos, que,

¹⁶ Sem embargo, não se olvide a comunicabilidade de instâncias evocada no art. 65 do Código de Processo Penal, ao determinar fazer “coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. Similarmente, inviável se ignore o art. 66 da mesma ordenança codicial, ao estabelecer que “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

¹⁷ *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 4.ª ed., pp. 366/367.

bem por isso, interferem energicamente com a liberdade individual, é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida”.

O aludido pensar é corroborado por Carlos Ary Sundfeld¹⁸:

“Refira-se, por fim, limite fundamental ao exercício da competência para executar materialmente atos administrativos: o princípio da proporcionalidade, diretamente derivado dos princípios da racionalidade e da razoabilidade, a que nos referimos no capítulo anterior. Se toda competência é vinculada a uma finalidade, que racionalmente justifica a ação administrativa, a medida de sua utilização depende do grau de sua necessidade para a obtenção dos fins legais. Todo ato – e portanto, toda constrição material – mais intenso que o estritamente necessário à implementação da finalidade buscada é, por isso, ilegítimo”.

Embasado em tal princípio, o Colendo Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, por sua 1.ª Turma, em *leading case* na AC 13.308-PE, sufragou, sem embargo de brilhante voto divergente, a tese de que o ideal de concretização da reforma agrária não justifica a perda total da propriedade, mas tão-só a das glebas utilizadas a serviço da droga. A ementa do julgado, da lavra do em. Juiz Hugo Machado, apresenta-se assim construída:

“CONSTITUCIONAL. CULTIVO DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. EXPROPRIAÇÃO DE GLEBAS. ART. 243 DA CF/88. JURISDIÇÕES CIVIL E PENAL. INDEPENDÊNCIA. – A expropriação de glebas nas quais é encontrado cultivo de plantas psicotrópicas tem natureza punitiva, mas independe de ação penal. Processa-se no juízo cível e deve levar em conta o princípio da proporcionalidade. – O desejo de promover a reforma agrária, com o assentamento de colonos, não autoriza violação do Texto Constitucional, que determina a expropriação das

¹⁸ *Direito Administrativo Ordenador*, p. 84.

glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, e não de toda a área de terras pertencentes ao responsável por aquelas culturas. — O art. 243 da CF/88 alberga norma auto-aplicável, e assim podia ser aplicado mesmo antes da Lei n.º 8.257, de 26.11.91, e independentemente da ação penal¹⁹.

Em seu luzido voto, colhe-se a passagem infra:

“A expropriação, como se disse, é punitiva, e por isto há de ser proporcional à falta. Aliás, à justiça está sempre ligada à idéia de proporcionalidade. Imaginemos que é encontrada plantação de maconha em duas Fazendas. Numa, o cultivo ilícito está sendo feito em toda a área. Na outra, menos de um por cento da área está com aquele cultivo ocupada. Evidentemente não é justo aplicar aos dois proprietários a mesma punição, com a perda total de suas terras. Se em uma Fazenda de cinco mil hectares são encontrados uns poucos pés de maconha, não se justifica a expropriação da área inteira. O argumento em contrário só encontraria fundamento na ideologia marxista, contrária ao direito de propriedade. Diante de um ordenamento jurídico em que esse direito é garantido, é inadmissível. O único caso até agora apreciado pelo TRF da 5.ª Região, foi confirmada a sentença do Juiz que determinou a expropriação das terras em que se localizavam culturas ilegais de maconha. Foram rejeitados os argumentos, que eram muitos, dos proprietários, que pretendiam manter as suas terras. E, os argumentos do Governo que pretendia expropriar as áreas totais das propriedades, e não apenas “as glebas onde foram encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas”, como dizem a Constituição e a Lei. É importante observar que naquele caso não se tratava de grandes Fazendas, mas de pequenas propriedades, cujos donos, responsabilizados pelo plantio ilegal, receberam aquelas terras do Governo do Estado de Pernambuco assistido pelo INCRA, exatamente em função da reforma agrária. Assim, pelo menos em relação a este caso já apreciado, pode-se afirmar que foi a reforma agrária que viabili-

zou o plantio da maconha. Por isto é que o INCRA, para desestimular tais cultivos ilícitos, deve incluir nos títulos de propriedade que fornece uma cláusula de rescisão automática do negócio jurídico respectivo”.

Discordando do entendimento vencedor, o em. Juiz Francisco Falcão argumentou que, não decretada a perda integral da propriedade, o anelo de reforma agrária, visado pelo Constituinte, esvaziar-se-á totalmente.

Concessa venia, dissentimos desse entendimento. É certo que a reforma agrária, como visualizada no Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504/64, arts. 1.º, § 1.º, 16, 20, I e 21), repousa num conjunto de práticas tendentes à redução gradual não apenas do latifúndio, mas, por igual, do minifúndio, considerado como o prédio rústico de área inferior ao módulo rural ou a fração mínima do parcelamento (Lei n.º 4.504/64, art. 4.º, III e IV; Lei n.º 5.868/72, art. 8.º, § 1.º). Há também o óbice do art. 65 do mencionado diploma, a impedir que a divisão de imóvel rural se faça, para qualquer fim de direito, em dimensões àquelas inferiores²⁰.

No entanto, o fato de o imóvel, ou parcela deste, ser inferior territorialmente a tais lindes não o livra do confisco alvitrado pelo Texto Magno. A única ponderação a ser feita, no intuito de harmonizar a ação administrativa aos institutos vigentes, é a de que o perdimento terá seu espeque no parágrafo único do art. 243 da CF, abrangedor de todo e qualquer bem usado a serviço de crime de tráfico de entorpecente, cuja destinação é diversa da reforma agrária.

Verificada tal situação, remanescem à União dois caminhos, a saber: a) alterar, na forma dos Decretos n.º 62.504/68 (arts. 1.º, 2.º e 4.º) e 63.058/68 (art. 1.º), a destinação do bem para uma fina-

²⁰ Essa proibição — advirta-se — no esteio do decidido pelo Sumo Pretório (RE 78.048-SP, 1.ª T., ac. un., Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 73/860; RE 87.013-MG e 92.626-7-MG), é absoluta, valendo para as transmissões *inter vivos* e *causa mortis*, sequer liberando a possibilidade de extinção do condomínio. Por outro lado, a jurisprudência não tem acolhido pleitos de usucapião de imóveis de vocação agrária, sob quaisquer de suas modalidades (extraordinário, ordinário e especial), quando o lote usucapiendo for inferior ao módulo rural ou a fração mínima de parcelamento, por contrariar o objetivo, de ordem pública, delineado pelo art. 65 do Estatuto da Terra. Consultar: RJTJESP 90/335, 123/226 e 136/300, e RT 652/65.

¹⁹ Julgamento em 3.9.94.

lidade urbana, alienando-o, posteriormente, a terceiros na forma do art. 4.º da Lei n.º 7.560/86²¹, cuja recepção foi reconhecida pelos tribunais e pelo Decreto n.º 577/92 (art. 8.º, parágrafo único); b) persistindo na intenção de patrocinar reforma agrária, poderá a União, nos termos do art. 15, parágrafo único, da Lei n.º 8.257/91, ao depois de agregar a gleba ao seu patrimônio, desapropriar a parte restante, escolhendo entre a desapropriação ordinária por interesse social, facultada pelos arts. 5.º, XXIV, da CF, e 2.º, I a III, da Lei n.º 4.132/62, efetivada com o pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro, ou a desapropriação – sanção regulada pelo art. 184 da Lei Maior, Lei n.º 8.629/93 e Lei Complementar n.º 76/93, caso não existam as situações constitucionais ou legais estorvadoras de seu exercício.

8. O parágrafo único do art. 243 da CF

Eis a dição do prescritor em epígrafe:

“Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias”.

Há, em relação ao *caput* do art. 243 da CF, nítida ampliação da providência inicialmente arbitrada, no sentido de que todos os bens – e não só as glebas – utilizados como *instrumenta* ou *producta sceleris* do tráfico de entorpecentes serão confiscados em prol da União. Erigiu o nível magno o que continua no art. 34, *caput*, e § 2.º da Lei n.º 6.368/76, só que com a diferença essencial de o confisco não mais resultar da condenação criminal, mas de demanda específica, disciplinada, ausente qualquer incompatibilidade, pela Lei n.º 8.257/91.

A qualidade de autor é da União, não sendo, à falta de imóveis, imperiosa a citação do cônjuge da parte ré.

Versando sobre coisas mobiliárias, entendo não subsistir razão para a perícia.

A obtenção do domínio, pela União, é igualmente, de feição originária.

²¹ TRF, 5.ª Reg., 1.ª T., REO 0504902-2/90-PE, ac. un., Rel. Juiz Rivaldo Costa, DJU, Seção II, edição de 7.6.91, p. 13.069.

9. Destinatários

Na hipótese do art. 243, *caput*, os bens confiscados serão utilizados pela União, em colaboração com o INCRA, se possível dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias do trânsito em julgado de sentença, na execução de planos de reforma agrária.

Penso que, *in casu*, aplicar-se-ão, no que couber, as normas da Lei n.º 8.629, de 25.2.93, relativas à preferência da área dos assentamentos (art. 17), ao modo de alienação (título de domínio ou concessão de uso, inegociáveis por dez anos (art. 18), à ordem de preferência para a aquisição (art. 19, I a IV), proibições para adquirir (art. 20), etc.

De observância compulsória também os arts. 21 e 22, da referida lei, ao prescreverem que os contemplados assumirão o compromisso de explorar pessoalmente, ou através de seu núcleo familiar, o imóvel, bem assim que, no inadimplemento das condições assumidas, entre as quais a de empregar o imóvel na produção de alimentos ou medicamentos, poderá o concedente resolver, de pleno direito, o contrato, revertendo em seu favor o bem.

Valendo-se ao parágrafo único do art. 243 da CF, nota-se que os bens reverterão, ora em benefício de instituições especializadas no tratamento e na recuperação de viciados, ora na manutenção das atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão dos crimes de tráfico de entorpecentes.

Fica o administrador com a opção de, se conveniente ao interesse público, poder utilizar as coisas perdidas, no exercício das atividades elencadas constitucionalmente ou, caso tal não aconteça, aliená-las em compasso com o art. 4.º da Lei n.º 7.560/86²², cujo produto integrará os recursos do Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso – FUNCAB.

Tais recursos serão destinados, enunciam os incisos do art. 5.º da lei em exame, nos seguintes objetivos:

- “I – aos programas de formação profissional sobre educação, prevenção, tratamento, recuperação, repressão, controle e fiscalização do uso ou tráfico de drogas de abuso; II – aos programas de educação preventiva sobre o uso de drogas de abuso; III – aos programas de escl-

²² A lei susomencionada teve sua execução regulamentada pelo Decreto n.º 95.650, de 19.11.88.

recimento ao público; IV – às organizações que desenvolvam atividades específicas de tratamento e recuperação de usuários; V – ao reaparelhamento e custeio das atividades de fiscalização, controle e repressão ao uso e tráfico ilícitos de drogas e produtos controlados; VI – ao pagamento das cotas de participação a que o Brasil esteja obrigado como membro de organismos internacionais ou regionais que se dediquem às questões de drogas de abuso; VII – à participação de representantes e delegados em eventos realizados no Brasil ou no exterior que versem sobre drogas e nos quais o Brasil tenha de se fazer representar; VIII – aos custos de sua própria gestão”.

A alienação de tais bens será promovida, direta ou indiretamente, em hasta pública, pelo Conselho Federal de Entorpecentes – CONFEN, podendo, com a devida autorização judicial, ser realizada antes do trânsito em julgado da sentença, desde que se cuide de bens perecíveis ou de guarda dispendiosa, ficando as importâncias do lance vencedor, custodiadas em conta aberta em nome do citado colegiado administrativo e, igualmente, à disposição do Judiciário.

10. Conclusões

Ao fim do exposto, conveniente sejam elencados alguns remates:

a) o art. 243, *caput*, do Diploma Básico, introduziu na órbita jurídica tipo corporificador de confisco, pois o seu império dá-se sem nenhuma compensação financeira;

b) incide sobre imóveis com destinação rural, onde constatado cultivo de plantas psico-

tropicas não consentido pelo Ministério da Saúde, para fins medicinal ou de pesquisa, atingindo tanto a propriedade quanto a posse;

c) a inflição do confisco emana de processo judicial, ajuizado *pela União, perante a Justiça Federal, o qual tomará o rito* estatuído na Lei n.º 8.257/91;

d) a Lei n.º 8.257/91, no que concerne à materialização do art. 243, *caput*, da CF, trouxe a lume ação real imobiliária, sendo impositiva a produção de prova pericial, concebida para delimitar as áreas afetadas ao cultivo combativo;

e) a movimentação do aparato judicante do Estado, no caso do art. 243, *caput*, da Lei das Leis, guarda adstrição ao postulado da proporcionalidade, de sorte a não abranger as áreas não vinculadas, direta ou mediatamente, ao plantio proibido;

f) pelo parágrafo único do art. 243 da Lei Maior, assentimento magno para o manuseio do *poder-dever* confiscatório estende-se a todo e qualquer bem que sirva como instrumento ou produto do crime e tráfico de entorpecente;

g) a aquisição do domínio dos bens enunciados no art. 243, *caput*, bem como no seu parágrafo único, ambos da Constituição de 1988, ostenta color originário, desvinculando-se de quaisquer encargos constituídos anteriormente ao trânsito em julgado da sentença;

h) as coisas confiscadas, ora se destinam à execução de planos de reforma agrária (art. 243, *caput*, CF), ora colimam beneficiar as instituições especializadas na terapêutica de viciados, ou na repressão do tráfico de entorpecentes (art. 243, parágrafo único, CF).

Ministério Público do Trabalho: Prerrogativas do ofício são comunicáveis à sua atuação como parte?

José PITAS

Ementa: As prerrogativas previstas na Lei Complementar n.º 75, de 20.5.93 são inerentes à atividade do Ministério Público, como órgão essencial à função jurisdicional (CF, art. 127), ou seja, a de órgão do Estado integrante da prestação jurisdicional (*Custos Legis*) e não se comunicam, por evidência lógica e jurídica, ao exercício facultativo de parte – redimensionamento da natureza da INSTITUIÇÃO dado pela Constituição de 1988 -, sob pena de trair-se pelo princípio reitor do pensamento mágico, segundo o qual não se distingue a aparência da essência, pois “o que tiver ficado em contato com algo, terá intercambiado suas propriedades com as deste algo”. (Mira y Lopez)

SUMÁRIO

1. Das diretrizes hermenêuticas. 2. Do argumento da essencialidade da instituição. 3. Da intimação pessoal. 4. Da Lei Complementar n.º 75, de 20.5.93. 5. Da questão da nulidade. 6. Das conclusões.

1. Das diretrizes hermenêuticas

Do pecado de erro, ninguém pode declarar, com soberba, que está isento. Muito menos ainda o cientista, o filósofo ou jurista.

O fundamento lógico da verdade não se encontra na mera convicção ou na aparência de verdade. Se assim fosse, com apoio na história e testemunho de quase toda humanidade, dever-se-ia reconhecer como verdade patente, inconteste, histórica, pacífica, a observação flagrante de que o Sol gira em torno da Terra.

A verdade exige além da evidência aparente, o fundamento da razão, o que implica a utilização dinâmica de todas as formas de observação e de interpretação: evolutiva-histórica, gramatical, lógica, sistemática e teológica, sem perder de vista o objeto próprio da Ciência Jurídica e o raciocínio predominantemente dedutivo,

José Severino da Silva Pitas é Juiz do Trabalho, Presidente da 2.ª Junta de Conciliação e Julgamento de Franca (SP), escritor e professor em curso de extensão universitária em Direito material e processual do trabalho da Faculdade de Direito de Franca.

aplicável ao Direito Posto.

Na construção da compreensão do Direito, não raro, detecta-se a presença de um "vírus desvitalizante" da higidez do raciocínio, transmitido pela herança pré-lógica de nossa constituição, que pode ser ilustrada pelos "princípios reitores do pensamento lógico", segundo os quais:¹

a) "cada objeto ou força produz seus similares" (objetos parecidos e forças semelhantes confundem-se em suas propriedades, tal que *aparência* e *essência* são a mesma coisa);

b) "tudo que tiver ficado em contato com algo, terá intercambiado suas propriedades com as desse algo"

O Ministério Público esteve em contato por todo tempo de sua existência, praticamente, ao lado dos juizes ou tribunais, exercendo funções próprias do Estado, que tradicionalmente tem sido o de, paralelamente, ao ofício do magistrado, dar *pareceres*: atos de complementação da função jurisdicional.

Em razão disto, a Ordem Jurídica conferiu-lhe, por necessidade do ofício, algumas prerrogativas, dentre as quais a de não valer a intimação feita por mera publicação no *Diário Oficial*. Questão até de exigência prática, pois o membro do *parquet*, na qualidade de fiscal da lei, sempre permaneceu em contato com o julgo por onde houve a tramitação da ação.

Novos tempos. Novos valores. Velhas ou novas interpretações?

A nova Constituição revolucionou, redimensionou, revalorizou a atuação do Ministério Público e lhe deu novas competências, nova natureza.

As funções inerentes de órgão do Estado não podem intercambiar suas propriedades para o exercício das novas funções e novas circunstâncias, sem a conotação de indevida distinção entre destinatários de tratamentos iguais. Prerrogativas de função de Estado, por absoluto impedimento lógico, não se comunicam à atividade de outras funções, sob pena de aceitação do absurdo jurídico.

2. *Do argumento da essencialidade da instituição*

A organização da Justiça do Trabalho tem característica diversa da Justiça Comum em re-

lação à atuação do Ministério Público na Primeira Instância, qual seja, a da completa ausência de membros locais. Esta circunstância cria, evidentemente, uma realidade diferente e consequências jurídicas distintas na ordem jurídica.

Embora o Ministério Público seja a mesma instituição, no exercício de *Custos Legis*, ou como autor de *ação civil pública*, estas duas funções são incomunicáveis, têm objetos e finalidades evidentemente incompatíveis.

As prerrogativas da função própria do Estado que se atribui ao Ministério Público no exercício do ofício de fiscal da lei, logicamente, não se comunicam e juridicamente não podem ser comunicadas ao exercício que o Ministério Público pratica como órgão postulante da prestação jurisdicional. Aqui seu tratamento deve ser exclusivamente, e por equidade, como o destinado a todos os jurisdicionados.

O argumento de que "o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado", por si só, é insuficiente, porque a extensão deste atributo à situação de parte, por elementar coerência, transmitiria a todos os jurisdicionados, quanto parte no processo, também a essencialidade à função jurisdicional do Estado e, portanto, o direito ao tratamento equivalente.

3. *Da intimação pessoal*

Dispõe o artigo 236, parágrafo 2.º, do CPC, que a intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

Não há qualquer incompatibilidade desta determinação com o disposto no artigo 841, parágrafo primeiro da CLT, porque o sistema de comunicação no processo do trabalho sempre esteve à frente do processo comum, e desde sua criação, não só o Ministério Público, bem como todas as partes, em primeira instância, têm sido intimados pessoalmente.

A leitura sistemática do parágrafo segundo, com o *caput* e demais parágrafos, torna evidente que a regra geral das comunicações no processo comum é da comunicação impessoal, isto é, por publicação no órgão oficial.

A comunicação processual feita por via postal, evidentemente, é comunicação pessoal.

Apesar de a interpretação dada por Pontes de Miranda ao parágrafo primeiro do artigo 236 do CPC dever ser entendida para circunstância, tempo e valores diversos daqueles produzidos após a revolução operada pela Constituição nas funções do Ministério Público, a partir de

¹ MIRA Y LOPEZ, Emílio. *O pensamento*. Rio. Ed. Teconprint, 1964, p. 32.

5.10.1988, considerando-se, inclusive, a inexistência de membros do Ministério Público na Primeira Instância da Justiça do Trabalho, suas conclusões são compatíveis com o disposto no artigo 841, parágrafo 1.º e artigo 778 da CLT.²

4. Da Lei Complementar n.º 75, de 20.5.93

Pelos fatos e argumentos acima examinados, verifica-se, com reforço da própria literalidade da Lei Complementar n.º 75/93, a procedente distinção que a Ordem Jurídica faz quanto ao ofício obrigatório e à atividade facultativa do Ministério Público.

É prerrogativa dos Membros do Ministério Público da União:

“receber intimação pessoalmente nos autos em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver que officiar” (artigo 18, II, h da Lei Complementar n.º 75, de 20.5.93).

O termo *officiar*, como tradicionalmente usado, deve referir-se à atuação do Ministério Público como órgão essencial à função jurisdicional do Estado (*Custos Legis*). É o que se deduz do imperativo: “nos feitos em que o Ministério Público tiver que officiar”

As ações em que o Ministério Público tem a faculdade de agir ou não agir, não são abrangidos pela garantia.

Deve-se enfatizar que não se pode conferir o mesmo tratamento às *funções de Estado*, inerentes ao ofício do Ministério Público, como *Custos Legis* e à atuação de órgão postulante de direitos civis *perante o Estado*.

Uma coisa é *função complementar da atividade jurisdicional*. Outra coisa é exercício próprio da parte que vai receber a prestação jurisdicional.

5. Da questão da nulidade

O decreto de nulidade de ato processual, no sistema do Direito do Trabalho, só se legitima pela evidência de *manifesto prejuízo* à parte litigante (CLT, 794).

Este princípio matriz do sistema de nulidade, evidentemente, afeta a interpretação da *aparência de direito*. O fundamento flui dos princípios vetores do próprio processo, que conferem natureza de instrumentalidade, certeza, segurança, economia e celeridade, principalmente e com mais intensidade ao processo do trabalho.

² PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Rio. Ed. Forense, 1974, 2.ª edição, Tomo III, p. 301.

6. Das conclusões

1.ª) O parágrafo segundo do artigo 236 do CPC nega a intimação ao Ministério Público pela regra geral inscrita no *caput*, qual seja, pela comunicação dos atos processuais por órgão da imprensa.

O artigo 841, parágrafo primeiro, da CLT, na mesma esteira, determina que se faça a comunicação processual pessoalmente. Assim se praticam as intimações na Primeira Instância Trabalhista.

2.ª) A natureza do Ministério Público configurada pela Nova Constituição apresenta nítida dualidade:

a) como órgão do Estado, com função essencial à complementação da atividade jurisdicional, no exercício de *Custos Legis*, e nesta qualidade a lei lhe confere prerrogativa de órgão do Estado, sendo seu ofício obrigatório;

b) como titular do exercício de ações civis públicas, como parte no processo, e nesta qualidade destinatário da prestação jurisdicional, evidentemente, não exerce atividade essencial à função jurisdicional, porque é mera parte, havendo a Constituição redimensionado a instituição, conferindo-lhe autonomia e amplas atribuições postulatórias.

As prerrogativas do exercício de *Custos Legis*, lógica e juridicamente, não lhes são comunicáveis (princípio reitor do pensamento lógico, *a contrario sensu*, citado por Mira y Lopez – confira nota 1).

3.ª) O fundamento de validade da interpretação da Norma Jurídica não é extraído de sua literalidade, exclusivamente, além da aplicação da globalidade dos diversos métodos científicos, a exegese sujeitar-se-á ao crivo do necessário “postulado de não-incidência do efeito absurdo, impossível, ou eficaz”.

Na aplicação da lei dever-se-á levar em conta que:

a) a interpretação dada por Pontes de Miranda (op. cit., nota 2) à intimação pessoal do Ministério Público está positiva da no artigo 841, parágrafo 1.º, da CLT;

b) a Lei Complementar, ao criar prerrogativa ao Ministério Público, presume o exercício de seu ofício, junto ao órgão jurisdicional, circunstância inexistente na Primeira Instância da Justiça do Trabalho;

c) os atos objetos da comunicação processual que se sujeitariam a forma especial devem ser restritos a fatos cuja omissão possa importar prejuízo à função estatal do órgão;

d) se é possível o uso de via mais eficaz (para aperfeiçoamento do artigo 841, parágrafo 1.º da CLT), pela certeza da comunicação, que se faça a intimação por mandado, em vez da remessa dos autos para vista fora da "comarca", que se constitui "ato jurídico exótico", mediante colheita de ciência com *data flexível* e duvidosa, além da burocracia de eventual extravio ou demora dos autos; os autos do processo devem estar absolutamente sob o controle da Secretaria da Junta;

e) "os autos dos processos da Justiça do Trabalho não poderão sair dos cartórios ou secretarias, salvo se solicitados por advogado regularmente constituído por qualquer das partes, ou quando tiverem de ser remetidos aos órgãos competentes, em caso de recurso ou requisição" (redação dada pela Lei n.º 6.598, de 1.º de dezembro de 78, DOU 5.12.78, ao artigo 778 da CLT).

Apenas na hipótese de remessa dos autos em caso de recurso ou requisição, a Secretaria deixa de exigir o registro de carga dos respectivos autos no livro competente, subscrito pelo respectivo procurador.

Por conseguinte, não se vê na legislação permissivo para a saída dos autos da Secretaria da Junta por outra via.

Não se pode, também, deduzir deste dispositivo a possibilidade jurídica de intimação ao Ministério Público, mediante remessa dos autos de uma cidade para outra, sem violação do artigo 778 e do artigo 841, parágrafo 1.º, ambas da CLT;

f) que na aplicação da lei, considere-

se o sistema de nulidade adotado no processo do trabalho, pelo qual "só haverá nulidade quando resultar dos atos, manifesto prejuízo à parte" (deduzido do artigo 794 da CLT).

4.ª) A Lei Complementar n.º 75, de 20.5.1993, confere aos membros do Ministério Público a garantia de receber intimação pessoalmente nos autos dos feitos em que tiver que officiar (art. 18, II, letra h).

Ora, os feitos em que o Ministério Público tem que officiar, na área civil, são os que exigem a complementação da prestação jurisdicional, através da atividade de *Custos Legis*. Os demais processos dependem da iniciativa ou não do Ministério Público e neles atua não como órgão do Estado, mas como parte que recebe a prestação jurisdicional.

Logo, a lei não comunica as prerrogativas inerentes ao ofício de *Custos Legis* à sua atuação como parte, função comum a todos os jurisdicionados.

A extensão de prerrogativa própria do Estado a função comum, ainda que exercida por órgão público, não é prerrogativa. É privilégio condenado pela história das civilizações e pela consciência jurídico-democrática.

A lei pode até criar prerrogativa, por exceção, mas o juiz não pode, por interpretação extensiva, admiti-la, por ser incompatível, ilegal, inconstitucional, retrógrada e ilógica, ante a subversão dos princípios de eficácia, simplicidade e segurança dos atos processuais; em presença da patente violação da literalidade da norma processual; em face do flagrante desvio da ordem constitucional; diante da má interpretação da Lei Complementar; perante o retrocesso das conquistas democráticas contra o abuso de privilégios, e pelo elementar erro de raciocínio induzido pelo princípio reitor do pensamento pré-lógico que admite o intercâmbio de garantia excepcional de função obrigatória de Estado à atividade facultativa própria de todos os jurisdicionados.

Barreira legal nos sistemas eleitorais proporcionais

RICARDO RODRIGUES

SUMÁRIO

1. *Introdução*. 2. *Definindo a cláusula de barreira*. 3. *A cláusula de barreira em perspectiva comparada*. 3.1. *Alemanha*. 3.2. *Suécia*. 3.3. *Espanha*. 3.4. *França*. 3.5. *Dinamarca*. 3.6. *Áustria*. 3.7. *Holanda*. 3.8. *Itália*. 3.9. *Grécia*. 3.10. *Israel*. 3.11. *República Tcheca*. 3.12. *Polônia*. 3.13. *Hungria*. 4. *A cláusula de exclusão na legislação brasileira*. 5. *Implicações do estabelecimento da cláusula de barreira*.

1. *Introdução*

Muitos estudiosos consideram o sistema de eleição proporcional a alternativa mais próxima dos princípios fundamentais da representação política. Para Dieter Nohlen, por exemplo, isso acontece porque os sistemas proporcionais "tratam de reproduzir a imagem mais fiel do eleitorado, a partir do ponto de vista dos partidos políticos"¹. Segundo Arend Lijphart, os sistemas eleitorais fundamentados no modelo majoritário, sejam através de métodos de maioria absoluta ou relativa, "são um reflexo perfeito da filosofia majoritária: ganha o candidato eleito pelo maior número de votantes e o resto do eleitorado fica sem uma representação". Por outro lado, a intenção básica da representação proporcional é, precisamente, "evitar este problema com uma adequada representação das maiorias e minorias e traduzir adequadamente votos em assentos parlamentares, impedindo que a representação dos partidos peque por exígua ou excessiva"².

Não existem fórmulas perfeitas de sistema

Ricardo Rodrigues é Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados. Cientista político graduado pela California State University Northridge e mestre em ciência política pela Universidade Federal de Pernambuco. Entre 1985 e 1994, lecionou no Departamento de Comunicação da Universidade Católica de Pernambuco, em Recife.

¹ NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales del mundo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 363.

² LIJPHART, Arend. *As democracias contemporâneas*. Lisboa: Gradiva, 1989, p. 201.

proporcional. Países diferentes adotam diferentes sistemas que refletem peculiaridades políticas e históricas inerentes a cada sociedade. Não há, tampouco, garantia de proporcionalidade efetiva nestas fórmulas. Em um estudo recente, Lijphart averiguou que a desproporcionalidade, em maior ou menor grau, é uma constante em todas as fórmulas conhecidas de sistema proporcional³.

No Brasil, essa desproporcionalidade assume dimensões singulares. De acordo com Scott Mainwaring, o sistema de representação proporcional no Brasil é, provavelmente, o mais desproporcional do mundo. Citando Maria Campello de Souza, Mainwaring afirma que o sistema brasileiro "foi criado para super-representar os Estados menos populosos, que são geralmente os mais pobres, e sub-representar os mais populosos, especialmente São Paulo"⁴.

A questão da desproporcionalidade não é, contudo, o único problema presente nos sistemas eleitorais ditos proporcionais. Como os sistemas de representação proporcional tendem a fomentar a proliferação extremada de partidos políticos⁵, é muito comum, por exemplo, o problema da fragmentação do sistema partidário. Tal fragmentação, caracterizada pelo pluripartidarismo exacerbado, com um número elevado de partidos pequenos, muitos deles de "legenda de aluguel", traz embutido o potencial de minar o consenso parlamentar e influir negativamente na governabilidade de um país.

Com este risco em mente, um relevante contingente de países que adotam sistemas proporcionais de eleição exige dos partidos ou candidaturas envolvidos nos pleitos a obtenção de uma quantidade mínima de votos, para que tenham o direito de participar da distribuição de assentos parlamentares. Trata-se de uma barreira mínima legal, também chamada de cláusula de exclusão, que não sendo vencida por determinado partido, elimina-o, automaticamente, da repartição das vagas disputadas na eleição.

O objetivo do presente trabalho é analisar o

papel da instituição da barreira mínima nos sistemas de eleição proporcional, a partir de uma perspectiva comparada. Começaremos por analisar a experiência de alguns países que empregam tal instrumento em suas eleições proporcionais e concluiremos discutindo os possíveis efeitos da instituição da cláusula de barreira na eleição para a Câmara dos Deputados no Brasil.

2. Definindo a cláusula de barreira

Embora algumas fórmulas de sistema de eleição majoritária estabeleçam exigências análogas⁶, o requisito de uma barreira mínima de votos ou de uma cláusula de exclusão é próprio dos sistemas proporcionais. Sua instituição define "um ou alguns limiares de votação aquém dos quais o partido é excluído da competição eleitoral"⁷.

Evidentemente, o objetivo do instrumento da barreira mínima é, segundo Tavares, "deter a tendência (dos sistemas proporcionais) de atribuir representação parlamentar a partidos que aglutinam minorias demasiado escassas, sem a mínima expressão do ponto de vista da sua densidade relativa no conjunto da vontade coletiva manifestada eleitoralmente"⁸. A barreira mínima é concebida como um freio à proliferação excessiva de pequenos partidos, sem representatividade eleitoral, seja no nível nacional como no regional.

A exigência da cláusula de barreira nos países que adotam este instrumento em seus respectivos sistemas eleitorais, em geral, toma a forma de um percentual mínimo do total de votos computados em determinada eleição. Tal percentual pode ser bem reduzido, como nos

⁶ De Carreras e Vallés citam o sistema eleitoral francês de 1958 como exemplo. Ver DE CARRERAS, Francesc, VALLÉS, Josep M. *Las elecciones; introducción a los sistemas electorales*. Barcelona: Editorial Blume, 1977, p. 83. No Brasil, a Lei n.º 8.713, de 30 de setembro de 1993, estabeleceu em seu inciso primeiro do parágrafo 1.º do art. 5.º que "só poderia registrar candidato próprio à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República... o partido que tenha obtido, pelo menos, cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados". Este dispositivo da lei, entretanto, foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

⁷ TAVARES, José Antonio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas; teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 45.

⁸ *Ibid.*

³ LIJPHART, Arend. The Political Consequences of electoral laws, 1945-85. *American Political Science Review*, v. 84, n. 2, June 1990, pp. 481-496.

⁴ MAINWARING, Scott. Políticos, partidos e sistemas eleitorais; o Brasil numa perspectiva comparativa. *Novos Estudos*, n. 29, março 1991, p. 36.

⁵ Inúmeros cientistas políticos compartilham dessa visão. Duverger, inclusive, qualificou tal fenômeno como uma "autêntica lei sociológica". Ver LIJPHART, Arend. *As democracias contemporâneas*, *ibid.*, p. 209.

casos da Áustria, Bélgica e Holanda, cujas barreiras não chegam a exceder 0,8 por cento do total do escrutínio. Há países onde a cláusula de barreira fica entre os quatro e cinco por cento dos votos federais, como na Suécia e na Alemanha. No caso alemão, todavia, vale lembrar que a obtenção de três assentos por via majoritária garante ao partido seu acesso ao *Bundestag*. Há também casos extremos, como o da Grécia, cuja lei eleitoral exige que os partidos consigam mais de dezessete por cento dos votos no nível estadual para poderem participar da distribuição geral de assentos⁹.

Este último exemplo serve para evidenciar como a exigência de uma barreira mínima pode alterar a proporcionalidade prevista pelo sistema de representação proporcional. Afinal, quanto maior a exigência da barreira, mais difícil fica para os partidos pequenos terem acesso à repartição das vagas parlamentares. O cientista político Renato Lessa afirma, inclusive, que, se os brasileiros minimalistas quisessem um parlamento composto por apenas dois partidos, bastaria "propor uma cláusula de exclusão de dezessete por cento"¹⁰.

Os críticos da cláusula de barreira não estão equivocados quando observam que este instrumento introduz um elemento de desproporcionalidade no sistema eleitoral completamente contrário aos próprios fundamentos da representação proporcional. Afinal, o intuito dos sistemas proporcionais não é outro senão tornar a eleição mais justa, refletindo, através da proporcionalidade, a vontade do eleitor. Já a inserção da barreira reduz o potencial de proporcionalidade absoluta dos pleitos, ao excluir partidos de pouca expressão eleitoral.

Para Nohlen, contudo, trata-se de uma opção consciente de restringir o princípio da proporcionalidade pura "em favor de critérios políticos e funcionais, como a capacidade de trabalho e funcionamento do *Bundestag*"¹¹. Tavares, por sua vez, acredita que, "dentro de certos limites, a cláusula de exclusão não só é consistente com a representação proporcional, como nela introduz um elemento, em alguns casos essencial, capaz de contrabalançar a tendência – que, no sistema eleitoral, resulta da combinação entre a magnitude da circunscrição e a pre-

cisão da fórmula – a povoar a representação parlamentar de partidos muito pequenos, sociológica e politicamente irrelevantes"¹².

3. A cláusula de barreira em perspectiva comparada

O instrumento da cláusula de barreira mínima faz parte dos sistemas de representação proporcional de um significativo número de países. As fórmulas específicas de barreira adotadas mudam de país para país, mas o objetivo principal da inclusão deste instrumento no sistema eleitoral é idêntico: aperfeiçoar a representação proporcional, reduzindo seus efeitos mais adversos. A seguir, descrevemos as fórmulas presentes na legislação de alguns países selecionados.

3.1. Alemanha

Não ocorrem discussões sobre cláusula de barreiras no Brasil sem se mencionar o exemplo da legislação eleitoral alemã. Este foi, certamente, o caso durante os debates da revisão constitucional em 1994 e continua a ser o caso nos debates acadêmicos sobre o assunto veiculados pela imprensa nacional¹³. Em ambos os casos, a legislação alemã é sempre citada como um exemplo de fórmula que funciona bem.

A cláusula de barreira no sistema eleitoral alemão toma corpo no parágrafo 6 do art. 6.º da Lei Federal de Regime Eleitoral da Alemanha. Segundo esse parágrafo, "na divisão das vagas entre as listas regionais, somente se levará em consideração os partidos que tenham obtido um mínimo de cinco por cento dos segundos votos validamente emitidos em todo o território federal, ou cujos candidatos individualmente tenham conseguido assentos em três circunscrições eleitorais, pelo menos"¹⁴. Isto é, a lei determina uma cláusula de exclusão precisa de cinco por cento, mas, dada a natureza mista do sistema alemão, com eleição majoritária de alguns representantes distritais, abre-se a exceção para aqueles partidos que tenham assegurado pelo menos três assentos parlamentares em pleitos majoritários.

A barreira de cinco por cento da legislação

¹² TAVARES, José Antonio Giusti. *Ibid.*, p. 46.

¹³ Exemplos recentes de debate através da imprensa são os artigos de LESSA, *ibid.*, e RODRIGUES, Leôncio Martins. Fragmentação, governabilidade e consenso. *Folha de São Paulo*, 12 de fevereiro de 1995, pp. 1/3.

¹⁴ R.F. ALEMANA. Ley federal de régimen electoral de 7 de mayo de 1956, texto revisado de 1 de septiembre de 1975. *Boletín de Legislación Extranjera*. set./dec. 1990, p. 272.

⁹ DE CARRERAS, VALLÉS, *ibid.*, p. 83, inclui breve discussão sobre percentuais mencionados.

¹⁰ LESSA, Renato. A teoria da representação mínima. *Folha de São Paulo*, 3 de fevereiro de 1995, pp. 1/3.

¹¹ NOHLEN, Dieter. *Ibid.*, p. 138

eleitoral alemã está constitucionalmente consolidada. Nohlen menciona que, em várias de suas sentenças, o Tribunal Federal Constitucional tem reiterado a constitucionalidade da mencionada barreira, declarando-a, inclusive, compatível com o princípio da eleição proporcional¹⁵.

3.2. Suécia

A Suécia adota um sistema de barreira composta por duas variáveis, distribuídas segundo o nível do cargo pleiteado. Em primeiro lugar, a barreira mínima para cargos eletivos federais é de quatro por cento do total de votos. Mas os partidos podem, mesmo não suplantando tal barreira, obter assentos no nível de distrito, conseguindo um mínimo de doze por cento do sufrágio no distrito correspondente¹⁶.

3.3. Espanha

Na Espanha, a cláusula de barreira referente à eleição para deputados e senadores consta da Lei Orgânica do Regime Eleitoral Geral, promulgada em 1985 e modificada em 1987 e em 1991. No inciso a do parágrafo primeiro do art. 163.º, a lei determina que "não se levem em conta aquelas candidaturas que não tenham obtido pelo menos três por cento do votos válidos emitidos na circunscrição"¹⁷.

3.4. França

A forma de representação proporcional introduzida na França em 1986 consolidou distritos de múltiplos membros e determinou a eleição de deputados nacionais a partir de um sistema de listas em uma única urna. Segundo Byron Criddle, para terem acesso à distribuição de cadeiras parlamentares, tais listas devem obter mais de cinco por cento dos votos dados¹⁸.

3.5. Dinamarca

Segundo De Carreras e Vallés, a Dinamarca impõe, em seu sistema eleitoral, uma cláusula de barreira na ordem de 2,6 por cento dos votos, no nível estadual. Este percentual não se aplica aos partidos que tenham conseguido um assento em qualquer distrito eleitoral do país¹⁹. Dieter Nohlen, por sua vez, não considera o método de exclusão dinamarquês como constituindo uma cláusula de barreira. Ao invés disso, chama-o de "método de equilíbrio" (*méthode*

d'équilibre)²⁰.

3.6. Áustria

De acordo com De Carreras e Vallés, basta ao partido obter um posto na distribuição de assentos distritais para ter acesso à partilha geral de assentos na Áustria. Segundo os autores, isto equivaleria a um mínimo estadual que oscila entre 0,3 e 0,8 por cento²¹.

3.7. Holanda

Ainda segundo De Carreras e Vallés, a legislação holandesa requer dos partidos somente a obtenção de uma cota eleitoral no nível estadual, que equivaleria a 0,67 por cento dos votos emitidos. Para os autores, esta é uma das menos rigorosas cláusulas de exclusão existentes²². Ken Gladdish, entretanto, não considera este requisito da legislação eleitoral holandesa como uma cláusula de barreira. Para ele, o sistema proporcional daquele país simplesmente carece de uma barreira mínima, o que termina por "resultar em legislaturas multipartidárias das quais os governos só são compostos após considerável demora e sem a devida ligação referencial com os eleitores"²³.

3.8. Itália

Na Itália, a exigência para que os partidos participem da distribuição de assentos parlamentares é considerada extremamente reduzida por especialistas. Basta ao partido obter trezentos mil votos no nível estadual, o que equivale a aproximadamente um por cento dos sufrágios emitidos. Também terão acesso à distribuição de assentos, aqueles partidos que tenham conquistado pelo menos um assento em posto distrital²⁴.

3.9. Grécia

A lei eleitoral grega de 1974 estabeleceu que somente os partidos que conseguissem mais de dezessete por cento do total de votos no nível estadual poderiam participar na distribuição geral de assentos parlamentares. Para De Carreras e Vallés, uma cláusula de barreira tão alta privilegia de forma considerável os grandes partidos em detrimento dos partidos de tamanho médio e pequeno²⁵. Ressalte-se, porém, que em um trabalho datado de 1985 que descre-

¹⁵ NOHLEN, Dieter. *Ibid.*

¹⁶ DE CARRERAS, VALLÉS. *Ibid.*, pp. 83-84

¹⁷ ESPAÑA. *Ley organica del regimen electoral general. Boletín de Legislación Extranjera*, set./dec. 1990, p. 32.

¹⁸ CRIDDLE, Byron. *Electoral systems in France. Parliamentary Affairs*, v. 45, n. 1, jan. 1992, p. 111.

¹⁹ DE CARRERAS, Francesc, VALLÉS, Josep M. *Ibid.*, p. 84.

²⁰ NOHLEN, Dieter. *Panorama des proportionnelles. Pouvoirs*, v. 32, 1985, p. 38.

²¹ DE CARRERAS, VALLÉS, *ibid.*

²² *Ibid.*

²³ GLADDISH, Ken. *The primacy of the particular (choosing an electoral system). Journal of Democracy*, v. 4, n. 1, jan. 1993, p. 56.

²⁴ DE CARRERAS, VALLÉS, *ibid.*

²⁵ *Ibid.*

ve o sistema eleitoral da Grécia, Nohlen não faz referência a cláusulas de exclusão²⁶.

3.10. *Israel*

A cláusula de barreira da legislação eleitoral israelense é considerada eminentemente baixa. Desde 1992, são necessários 1,5 por cento dos votos em nível nacional para que um partido tenha acesso ao *Knesset*. Antes de 1992, esse percentual era ainda mais baixo – somente um por cento.

Para sublinhar a irrelevância desse baixo percentual, Vernon Bogdanor argumenta que “em 1992, qualquer partido que assegurasse quarenta mil votos teria um assento no Parlamento. Nas eleições gerais de 1984, o partido extremista Kach, do rabino Meir Kahane, conseguiu um assento no *Knesset* com apenas 25 mil votos de um total de 2 milhões²⁷.”

3.11. *República Tcheca*

Segundo Gladdish, durante as discussões que levaram à promulgação da legislação eleitoral pós-comunista na República Tcheca e Eslováquia, houve uma preocupação marcante com a questão da fragmentação partidária nos parlamentos. Alguns instrumentos foram incluídos na legislação com o intuito de reduzir essa possibilidade. Entre eles, uma cláusula de barreira que, embora os detalhes de sua fórmula sejam complexos, totalizava cinco por cento para o parlamento federal e a assembléia tcheca²⁸.

3.12. *Polônia*

As eleições de 1991 para o Parlamento polonês, foram realizadas com base na fórmula da representação proporcional. Em 37 distritos eleitorais, a eleição foi realizada sem barreira mínima. Quinze por cento do total de assentos parlamentares (69 de 460), entretanto, foram distribuídos nacionalmente com uma cláusula de barreira de cinco por cento, além do requisito de maioria em pelo menos cinco distritos²⁹.

3.13. *Hungria*

As eleições de 1991 consolidaram o sistema eleitoral da Hungria não-comunista. O sistema, fundamentado no princípio da representação proporcional, é uma combinação de diferentes técnicas, que inclui distritos uninominais e assentos disputados através de lista partidária. Tanto os assentos regionais como as vagas par-

lamentares nacionais passaram pelo crivo de uma cláusula de exclusão de quatro por cento³⁰.

4. *A cláusula de exclusão na legislação brasileira*

A experiência brasileira com representação proporcional exclui o emprego efetivo de cláusula de barreira mínima. Não existe qualquer dispositivo nesse sentido na Constituição atual ou mesmo na legislação eleitoral vigente. No caso de norma constitucional anterior, não se verifica a efetiva implementação de tal cláusula, muito embora ela tenha sido inserida em emendas constitucionais em 1969, em 1978 e em 1985.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, que alterou a Constituição Federal de 1967, incluiu um dispositivo equivalente a uma cláusula de barreira. Trata-se do inciso VII da nova redação do art. 152, como segue:

“Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

.....
VII – exigência de 5% (cinco por cento) do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, em 7 (sete) Estados, com o mínimo de 7% (sete por cento) em cada um deles.”³¹

Em 1978, a Emenda Constitucional n.º 11 reitera a inclusão de uma barreira mínima para o funcionamento dos partidos políticos. Esta inclusão é feita especificamente no inciso II do parágrafo 2.º e no parágrafo 3.º do art. 152, que tiveram a seguinte redação:

“§ 2.º O funcionamento dos partidos políticos deverá atender às seguintes exigências:

.....
II – apoio, expresso em votos, de 5% (cinco por cento) do eleitorado, que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, por 9 (nove) Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles;

.....
§ 3.º Não terá direito a representação

²⁶ NOHLEN, Dieter. Panorama des proportionnelles. Ibid, p. 39.

²⁷ BOGDANOR, Vernon. Israel debates reform (choosing an electoral system). *Journal of Democracy*, v. 4, n. 1, jan. 1993, p. 68.

²⁸ GLADDISH, Ken. Ibid, p. 58.

²⁹ Ibid, p. 59.

³⁰ Ibid, p. 60.

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2/72 a 27/85. Brasília: Senado Federal, 1986, pp. 155-156.

o partido que obtiver votações inferiores aos percentuais fixados no item II do parágrafo anterior, hipotese em que serão consideradas nulas.”³²

Nota-se que, entre a promulgação das Emendas Constitucionais n.ºs 1 e 11, as alterações nas exigências da barreira mínima objetivaram, talvez, um aperfeiçoamento e menos um aumento no rigor. Afinal, manteve-se a exigência de cinco por cento do sufrágio nacional e modificou-se apenas o número de Estados em que sua distribuição deveria ser feita. A Emenda n.º 11 aumentou o número de Estados de sete para nove, embora tenha diminuído o percentual mínimo nestes Estados de sete por cento para três por cento.

A questão da barreira mínima volta a ganhar forma constitucional no Brasil através da Emenda Constitucional n.º 25, de 1985. Em seu parágrafo 1.º, a Emenda determinava que “não teria direito a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o partido que não obtivesse o apoio, expresso em votos, de 3% (três por cento) do eleitorado, apurados em eleição geral para a Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, 5 (cinco) Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) do eleitorado em cada um deles”³³. O parágrafo seguinte, contudo, permitia aos eleitos por partidos que não obtivessem os percentuais exigidos preservar seus mandatos, “desde que optem, no prazo de 60 dias, por qualquer dos partidos remanescentes”³⁴.

Novamente, vale ressaltar, caíam as exigências mínimas para os partidos participarem da partilha de assentos parlamentares. Dessa feita, entretanto, a queda acontecia com todos os critérios da fórmula. Isto é, a exigência de cinco por cento dos votos da última eleição cai para apenas três por cento, enquanto se reduz tanto a exigência do número de Estados de sua distribuição, de 7 para 5, como a exigência de eleitorado mínimo em cada um desses Estados, de três por cento para dois por cento.

Nenhum desses dispositivos constitucionais, porém, chegou a ser implementado. Na Emenda Constitucional n.º 11, de 1978, o art. 217 excetuava de sua incidência as eleições de 15 de novembro de 1982. Da mesma forma, a Emenda Constitucional n.º 25, de 1985, determinava em seu art. 5.º que o disposto nos parágrafos 1.º e 2.º do art. 152 da Constituição, que

tratavam da cláusula de barreira, não se aplicava às eleições de 15 de novembro de 1986.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 pôs fim à prática de inserir as exigências de barreiras mínimas no sistema de representação proporcional do País, através do instrumento da emenda constitucional. No texto final da Carta Magna, os constituintes deixaram claro sua opção contrária a tal inserção, com a omissão deliberada de tais exigências.

A discussão acerca da necessidade de barreiras mínimas ou cláusulas de exclusão no sistema eleitoral brasileiro só seria retomada durante a revisão constitucional, de 1994. O Parecer n.º 36, de autoria do Relator da revisão propunha precisamente uma emenda constitucional de revisão que alteraria o art. 17 da Constituição, ali inserindo uma cláusula de barreira mínima. No substitutivo do Relator, o § 2.º do art. 17 da Constituição Federal seria acrescido da expressão “comprovando o apoio de eleitores exigido em lei”, passando o dispositivo a vigorar com a seguinte redação:

“§ 2.º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, requererão o registro de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, comprovando o apoio de eleitores exigido em lei”³⁵.

O substitutivo do Relator acrescia ao art. 17, ainda, dois parágrafos, um dos quais explicitava as exigências da cláusula de exclusão:

“§ 5.º Somente terá direito a representação na Câmara dos Deputados o partido que obtiver o apoio mínimo de cinco por cento dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, apurados em eleição geral e distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, atingindo dois por cento em cada um deles.”³⁶

Este parecer, contudo, não chegou sequer a ser votado. É de se imaginar que, dado seu padrão conservador de votação, os membros do Congresso Revisor dificilmente promoveriam mais essa mudança no sistema eleitoral vigente. Afinal, rejeitaram a proposta para estabelecer o voto distrital misto e a reeleição para os cargos executivos.

Com relação às emendas constitucionais anteriores à revisão, vale salientar que, à exceção

³⁵ CONGRESSO REVISOR. RELATORIA DA REVISÃO CONSTITUCIONAL. *Pareceres produzidos (histórico)* Brasília: Senado Federal, 1994, tomo II, p. 203.

³⁶ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 153.

³³ *Ibid.*, p. 155.

³⁴ *Ibid.*

da Emenda Constitucional n.º 25, de 1985, promulgada durante o governo civil de José Sarney, em plena transição democrática, todas as emendas que abordaram a barreira mínima na eleição proporcional brasileira foram geradas pelo governo militar. Esse fato, por si só, já era razão suficiente para tornar tais propostas questionáveis para as lideranças políticas que se opuseram ao regime autoritário. Afinal, durante esse período, quase todas as propostas de alteração na legislação eleitoral representavam, em parte, manobras governistas no sentido de garantir seu respaldo parlamentar³⁷.

5. Implicações do estabelecimento da cláusula de barreira nas eleições proporcionais brasileiras

Até que ponto a introdução de uma cláusula de exclusão na normatização das eleições proporcionais melhoraria a eficácia do sistema eleitoral brasileiro? A resposta a esta indagação não é simples. Em todos os países que adotam tal dispositivo, a cláusula de barreira apresenta tantos pontos positivos como limitações. Em geral, a aceitação da cláusula pelos legisladores de determinado país demonstra que, pelo menos, do ponto de vista daquela sociedade, os ganhos com a inserção da cláusula na legislação eleitoral suplantaram os prejuízos. Trata-se de uma decisão consciente de limitar o acesso de partidos menores ao centro das tomadas de decisão.

Para os advogados da cláusula de exclusão no Brasil, “não se justifica a representação, na Câmara dos Deputados, de um partido que não tenha obtido apoio de significativa parcela do eleitorado, como reflexo do interesse despertado por suas propostas”³⁸. Scott Mainwaring, por exemplo, acredita que o fato de o Brasil não contar com uma cláusula de barreira é a principal razão para o país ter “um número exageradamente alto de partidos no Congresso, especialmente para um sistema presidencialista. A ausência de uma tal barreira à entrada facilita o processo de mudança freqüente de partido porque minimiza os riscos de formação de partidos personalistas através da reunião de pequenos grupos dissidentes”³⁹.

José Giusti Tavares acredita que “a introdução de uma cláusula de exclusão uniforme em todo o país, definida por um percentual de cerca de cinco por cento dos votos para cada uma

das circunscrições eleitorais estaduais, se os Estados forem estabelecidos como colégios eleitorais, ou para o conjunto do país, se for instituído um colégio nacional único para eleição da Câmara dos Deputados, constitui uma exigência fundamental que, realizada, asseguraria ao mesmo tempo maior rigor e efetividade à representação proporcional numa república federativa como o Brasil”⁴⁰.

Em resumo, acreditam os simpatizantes da cláusula de barreira que sua aplicação no sistema proporcional brasileiro viria a fortalecer os partidos políticos, hoje enfraquecidos pela prática do voto personalista, erradicaria as chamadas “legendas de aluguel”, e contribuiria para a governabilidade no país.

Para os críticos da cláusula de exclusão no Brasil, por sua vez, não há razão para sua aplicação no país. Leôncio Martins Rodrigues, por exemplo, afirma que o pluripartidarismo extremado não representa um obstáculo à constituição de maiorias duradouras de apoio ao executivo. Segundo ele, “os pequenos e os micropartidos não contam. A soma das poltronas dos pequenos e micropartidos representaria cerca de dez por cento da Câmara Federal”. Martins diz ainda que, “apesar da alta fragmentação, o coeficiente de polarização ideológica não é tão elevado como, por exemplo, no período de Goulart. Portanto, há possibilidade de governar na base do consenso”⁴¹.

Renato Lessa é bem mais ferrenho em sua crítica à barreira mínima, chamando-a de “um poderoso componente do paradigma da irresponsabilidade social máxima”. Ele comenta que uma cláusula de exclusão da ordem de cinco por cento deixaria tanto a Câmara dos Deputados eleita em 1990 como a eleita em 1994 com apenas oito partidos. Segundo ele, “se a cláusula de exclusão de cinco por cento fosse aplicada nas eleições de 1982 e 1986, teríamos, respectivamente, dois e três partidos na Câmara dos Deputados”⁴².

Como a tabela 1 demonstra, os dados de Lessa não estão errados. Entretanto, o autor não explica de que maneira a coexistência de dezenove partidos seria melhor para o desempenho do Poder Legislativo, comparada com a coexistência de apenas oito. Lembremos aqui, que muitos desses pequenos e micropartidos sequer ganhariam acesso ao Parlamento se não fosse pelo instrumento da coligação partidária.

³⁷ MAINWARING, Scott. *Ibid.*, p. 40.

³⁸ Ver CONGRESSO REVISOR. RELATORIA DA REVISÃO CONSTITUCIONAL. *Ibid.*, p. 206.

³⁹ MAINWARING, Scott. *Ibid.*, p. 42.

⁴⁰ TAVARES, José A. Giusti. *Ibid.*, p. 46.

⁴¹ RODRIGUES, Leôncio Martins. *Ibid.*

⁴² LESSA, Renato. *Ibid.*

De fato, a questão da coligação de partidos é outro assunto que merece atenção quando se discute reforma eleitoral. Não são poucos os benefícios granjeados por pequenos e inexpressivos partidos através da coligação, sobretudo em relação ao quociente eleitoral. Este fato pode ser ilustrado pelo desempenho do PP no Estado de Pernambuco nas eleições de 1994 para a Câmara dos Deputados. Com apenas um candidato recebendo mais de quarenta mil votos, o partido, naquele Estado, não teria a menor chance de assegurar um assento no Parlamento. Entretanto, como o partido pertencia à coligação PFL/PSDB, pode beneficiar-se do grande número de votos recebidos por outros partidos da coligação e garantir a presença de um deputado na Câmara.

Por outro lado, um candidato expressivo num partido sem uma coligação forte corre o risco de não se eleger. Este foi o caso do ex-deputado Paulo Octávio, do PRN de Brasília, nas eleições para a Câmara de 1994. Como seu partido não se coligou, seus mais de 45 mil votos simplesmente não foram suficientes para reconduzi-lo ao Parlamento.

A cláusula de barreira certamente pode contribuir para minorar o impacto das coligações

sobre os resultados eleitorais. No caso da cláusula de barreira incidir exclusivamente nos resultados de cada partido individualmente, as coligações serviriam apenas para formalizar apoios interpartidários e para fins de quociente eleitoral. Caso não atingisse a barreira mínima, o partido ficaria de fora da partilha de assentos, apesar do quociente atingido por sua coligação.

Concluindo, não existe consenso quanto à eficácia da cláusula de barreira. Certamente, não constitui um remédio infalível para todos os males do sistema eleitoral brasileiro, nem mesmo o único remédio possível. Muitos países que adotaram este instrumento tiveram que, através dos anos, aprimorá-lo para que dele pudessem extrair o máximo em termos de benefícios. Outros países preferiram deixar tal instrumento de fora de seus sistemas de representação proporcional e, aparentemente, não sentem sua falta.

A discussão desse tema no Brasil, por ocasião da revisão constitucional, representou um forte indicativo da preocupação dos legisladores brasileiros com os defeitos do atual sistema de eleição proporcional. Transformar preocupação em ação efetiva, contudo, é o grande desafio dos parlamentares.

Tabela 1 – Eleições para a Câmara dos Deputados, 1990

Partido	Votação total (nom. + legenda)	% do total	Assentos ganhos s/ barreira	Acesso c/ barreira de 5%	Acesso c/ barreira de 2%
PMDB	5.432.048	17,6	108	SIM	SIM
PFL	4.099.213	13,29	83	SIM	SIM
PT	3.186.317	10,33	35	SIM	SIM
PDT	3.073.759	9,96	46	SIM	SIM
PSDB	2.946.803	9,55	38	SIM	SIM
PDS	2.628.421	8,52	44	SIM	SIM
PRN	2.283.346	7,4	38	SIM	SIM
PTB	1.836.561	5,95	38	SIM	SIM
PL	1.494.814	4,84	16		SIM
PDC	901.377	2,92	22		SIM
PSB	713.100	2,31	11		SIM
PCB	305.521	0,99	3		
PTR	303.705	0,98	2		
PCDoB	284.914	0,92	5		
PRS	243.231	0,79	4		
PMN	237.176	0,77	1		
PST	230.637	0,75	2		
PCN	143.563	0,47	0		
PSC	125.084	0,41	6		
PRP	113.644	0,37	0		
PSD	103.201	0,33	1		
PTDoB	70.735	0,23	0		
PSL	25.839	0,08	0		
PAS	17.450	0,06	0		
PD	17.063	0,06	0		
PRONA	11.219	0,04	0		
PLH	8.807	0,03	0		
PNT	8.228	0,03	0		
PSU	3.824	0,01	0		
PAP	3.587	0,01	0		
PS	1.829	0,01	0		
PTN	999	0	0		
PMB	1	0	0		
TOTAL	30.855.416	100	-		

A imunidade dos fundos de pensão e o mercado de capitais

ARNOLDO WALD

1. Após a queda do muro de Berlim que, para alguns, marcou o fim da história, ou de um capítulo da história mundial, sociólogos, economistas e juristas desenvolveram teses referentes ao desenvolvimento de dois tipos de capitalismo: de um lado, o capitalismo anglo-saxão e, de outro, o germânico e japonês.

2. O primeiro se caracteriza por:

a) uma política de curto prazo;

b) um pragmatismo desenfreado;

c) uma aceitação de riscos imensos, no jogo financeiro, abrangendo a emissão dos chamados títulos podres (*junk bonds*), as tomadas de controle que constituem verdadeiras batalhas e chegaram a ser caracterizadas, no caso Nabisco, como verdadeiras "invasões de bárbaros";

d) a utilização das empresas pelos seus controladores, mas também pelos seus administradores, no seu próprio interesse e contrariamente aos interesses sociais.

3. O segundo reflete, ao contrário, por parte dos controladores das sociedades:

a) uma visão de longo prazo;

b) uma posição institucional;

c) uma busca de consenso entre os interesses dos vários acionistas, dos empregados, dos consumidores e do próprio Estado;

d) o reconhecimento da função social exercida pela companhia.

4. Surgiu assim um conflito entre o chamado capitalismo industrial, no qual se defendiam os interesses da empresa e dos seus integrantes, e o capitalismo financeiro, baseado em grande parte na especulação.

5. Por outro lado, no Japão e na Alemanha, criou-se um sistema de defesa da empresa, para assegurar a competitividade empresarial e a sua rentabilidade, não só a curto, mas também a

Arnoldo Wald é Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil na UERJ.

Palestra realizada no Seminário da ABRAPP realizado em Manaus em sessão presidida pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal.

médio e longo prazos. Embora essa situação decorra da concentração do capital nos bancos (Alemanha) ou nos conglomerados (Japão), ela pode continuar a ocorrer com a ascensão da Previdência Privada, que poderia substituí-los, em parte.

6. Essa diferença de visão chegou a ser considerada como uma das razões do relativo atraso e da atual crise da economia norte-americana, fazendo com que, no plano econômico, se tivessem invertido as relações decorrentes da vitória dos aliados na Segunda Guerra Mundial. No plano econômico, vencedores se tornaram a Alemanha e o Japão e vencidos os Estados Unidos e a Inglaterra, como aliás evidencia a recente crise monetária na qual o dólar está perdendo a sua condição de padrão monetário internacional, não obstante a luta dos norte-americanos para manter a posição de sua moeda. Há, aliás, toda uma literatura mostrando o enfraquecimento da economia americana em virtude do capitalismo financeiro que prevalece sobre o capitalismo industrial.

7. Como bem salientam os economistas, os resultados financeiros da empresa a longo prazo não são necessariamente correspondentes a uma série de resultados a curto prazo. Na sua obra intitulada *Capitalismo Inteligente*, Jean Peyrelevede admite que uma nova classificação das sociedades humanas deve ser introduzida, de acordo com as relações que elas têm com o longo termo, ou seja, com a sua visão do futuro mais remoto, o que aliás implica a manutenção do valor da moeda nacional e a estabilidade das instituições políticas. E acrescenta que, enquanto os japoneses se caracterizam pelo seu espírito de poupança, acumulando investimentos e preparando as suas empresas para os desafios do futuro, ao contrário, nos Estados Unidos, a preocupação básica dos administradores está ligada aos interesses financeiros imediatos dos seus acionistas e diretores, à cotação diária das ações em bolsa, sacrificando-se a evolução da empresa.

8. Chegou-se, assim, a falar na oposição entre a lógica da empresa e a do mercado, salientando-se que as bolsas são locais de intermediação que asseguram o desenvolvimento das empresas. Rejeitou-se, assim, a idéia bastante disseminada, de acordo com a qual as empresas só existem para que a respeito delas se possa especular na bolsa. Dando um sentido geográfico a essa afirmação, Peter Drucker chegou a afirmar que Wall Street não se pode

identificar com Las Vegas.

9. Embora a jurisprudência brasileira não se tenha desenvolvido na matéria tanto quanto a americana, já temos atualmente um bom número de decisões judiciais condenando o abuso da maioria e responsabilizando administradores de empresas que as utilizaram no seu próprio interesse. Posição diferente era a dominante até 1960, quando os problemas entre administradores e acionistas eram considerados conflitos domésticos e não eram levados ao Poder Judiciário. Assim sendo, não podemos dizer que se trata de problema peculiar às nações mais desenvolvidas, que ainda não apresenta interesse para o mercado brasileiro.

10. Aliás, o nosso mercado se apresenta com traços particulares que o distinguem de todos os demais. Não há dúvida que já é hoje um mercado desenvolvido e não mais um simples mercado emergente, como bem tem lembrado o eminente presidente da CVM, Dr. Thomas Tosta de Sá, em recentes pronunciamentos. É um mercado desenvolvido quantitativa e qualitativamente.

11. Efetivamente, com uma capitalização em bolsa das sociedades abertas chegando a cerca de 120 bilhões de dólares, representando cerca de um quarto do PIB nacional, embora em outros países tenha alcançado cerca de sessenta ou até 80% do mesmo, mas no Brasil durante muito tempo correspondeu a 5% e 10%. Essa valorização das ações brasileiras tem ocorrido todavia num clima de grande volatilidade, bastando dizer que, nos últimos sete anos o montante da capitalização variou numa faixa que chegou ao mínimo de cerca de trinta bilhões e ao máximo de quase duzentos, ou seja uma variação de um para seis, que certamente é excessiva.

12. Na realidade, o Brasil tem, há mais de vinte anos, um importante mercado acionário, que hoje já se caracteriza pela sua sofisticação, seu tamanho e sua representatividade. O Codimec fez um levantamento de acordo com o qual existiriam cerca de duas mil entidades ligadas ao funcionamento do mercado de capitais, utilizando diretamente quase trinta mil pessoas e tendo, em sua órbita, cerca de oitocentas sociedades abertas, que geram mais de dois milhões de empregos diretos e de cujo capital participam quase cinco milhões de acionistas diretos e sete milhões de cotistas de fundos. As empresas abertas seriam responsáveis pela geração direta de 16% do PIB, por 22% das nossas exportações e 20% dos impostos recolhidos.

As pessoas vinculadas, direta ou indiretamente, pelo trabalho ou pelo investimento, ao mercado e seus dependentes econômicos representam cerca de 10% da nossa população.

13. Por outro lado, não tem aumentado o número de sociedades abertas e o seu crescimento, nos últimos anos, tem sido lento e relativamente pouco expressivo em relação às necessidades de recursos das empresas brasileiras. De fato, as companhias abertas representam cerca de um terço do patrimônio das mil maiores empresas do país, e o crescimento do mercado, em virtude do ingresso de novas entidades, tem sido reduzido. Chegou a haver um declínio no número de empresas abertas e grande parte das emissões foram feitas em debêntures que, embora constituindo um título útil e fecundo para o crédito a longo prazo, não se enquadram no rol das participações acionárias e não criam um vínculo societário de solidariedade entre os debenturistas e a sociedade.

14. Em determinados momentos, os mercados de opções e de futuros chegaram a sofrer certas distorções, deixando de exercer uma função complementar de garantia (*hedging*) em relação ao mercado à vista, para criar um clima de pura especulação, sem vantagem específica para as empresas industriais e comerciais que abriam o seu capital e participam do mercado.

15. A excessiva concentração nas negociações faz também com que, na realidade, nem todas as sociedades abertas tenham a liquidez que se presume para empresas cotadas em bolsa ou transacionadas no mercado de balcão. Talvez sejamos um dos países de maior concentração nas operações em bolsa considerando que, na última década, nos períodos de maior desconcentração, a *grosso modo*, três ações representavam cerca de 40% do movimento, cinco ações concentraram mais de 50% e 60% das negociações, cinquenta ações corresponderam a quase 80% e cem ações alcançaram a ordem de 90% das operações em bolsa. Assim, podemos afirmar que o movimento normal nas bolsas não abrange mais de cento e cinquenta ou duzentas ações, enquanto, no mercado de balcão, são poucas as ações movimentadas de modo contínuo.

16. A primeira fase do mercado acionário se desenvolveu em virtude dos incentivos fiscais, que atualmente desapareceram ou estão em fase de extinção ou de substancial redução. A partir de 1988, com a criação do *Fundo Brasil* nos Estados Unidos e os leilões da conversão, sur-

giu um novo ingrediente, que ensejou o crescimento do movimento das bolsas: foi a internacionalização liderada pelos fundos de captação, tanto de dinheiro novo, como de créditos externos convertidos em investimentos. Assim mesmo, no plano internacional, verificou-se ser o nosso mercado relativamente incipiente pelas suas dimensões. Basta lembrar que, se das mil maiores empresas brasileiras só 33% são de sociedades abertas, se conseguíssemos que as mil maiores empresas brasileiras fossem todas abertas, a capitalização em bolsa deveria alcançar cerca de quinhentos bilhões de dólares, passando a corresponder, a *grosso modo*, ao nosso PIB.

17. Feito de modo muito sumário o diagnóstico, que não é novo, mas não deixa de ser impressionante, caberia examinar o que se pode mudar rapidamente para que o mercado deixe de trabalhar em circuito fechado, exclusiva ou predominantemente, no interesse dos especuladores, para vir a favorecer mais as empresas, seus empregados, os investidores e a economia nacional. Trata-se de encontrar uma fórmula para que parte importante dos recursos da poupança interna e externa seja encaminhada para o mercado acionário produtivo, em vez de serem tais recursos mantidos em operações financeiras de curto prazo.

18. Após o exame do mercado de capitais, cabe salientar a importância da missão que nele pode e deve desempenhar a previdência privada no momento em que se cogita da Reforma Constitucional. Efetivamente, além de complementar a previdência social, que está praticamente falida em todos os países, a previdência privada está sendo e pode ser, com muito maior desenvoltura, a fonte básica não só de financiamentos de longo prazo, mas também de recursos que poderão representar uma maior participação efetiva nas sociedades abertas e até nas chamadas empresas emergentes, que mereceram recentemente a criação de fundos especiais autorizados a funcionar pela CVM. Trata-se de uma forma de *capital venture*, que se caracteriza pela possibilidade de capitalizar e desenvolver pequenas e médias empresas de boa tecnologia para que, em seguida, seja aberto o capital das mesmas.

19. A relevância do papel da previdência privada no mercado de capitais decorre de sua estrutura que a obriga a raciocinar, investir e aplicar no longo prazo, ao contrário do que acontece com a maioria dos acionistas, tanto

nacionais quanto estrangeiros, que sofrem da obsessão da rentabilidade a curto prazo, à qual já aludimos, pois a variação da cotação em bolsa das ações das empresas por eles administradas é considerada, muitas vezes, como sendo a prova da eficiência dos administradores. Por outro lado, os dividendos e o ganho de capital competem, no mercado, com os títulos de renda fixa que, no Brasil, alcançaram uma rentabilidade muito alta.

20. Numa obra pioneira, o grande pensador e economista americano Peter Drucker considerou que a previdência privada estava realizando uma revolução invisível, ao permitir que a propriedade de grande número de ações passasse a pertencer aos empregados das empresas. Assim, os fundos de pensão norte-americanos passaram a possuir mais de 25% das ações negociadas em bolsa. Surgiu o chamado *capitalismo popular* ou de *massas*, ou capitalismo dos empregados, que superou a luta de classes para aproximar, numa luta comum pela empresa, tanto os seus empregados, como os seus administradores e acionistas.

21. Atualmente, os fundos de pensão nos Estados dispõem de recursos financeiros de quatro trilhões de dólares, ou seja, um pouco menos que o PIB americano, que é de quase seis trilhões. Em relação às vinte e cinco maiores empresas norte-americanas, os fundos de pensão possuem, na média, 50% do capital. Alguns dos maiores fundos de pensão dos Estados Unidos dispõem de mais de cem bilhões de dólares (ou seja, um quinto do PIB brasileiro). Os vinte maiores fundos de pensão do mundo gerem recursos no montante de um trilhão de dólares.

22. Na Alemanha, os fundos de pensão representam recursos de cerca de trezentos bilhões de dólares, ou seja, 2/3 do nosso PIB, e na Inglaterra alcançam um valor um pouco menor — duzentos e cinquenta bilhões.

23. Em todos os países, a imunidade tributária e os favores e incentivos fiscais permitiram que se criasse um instrumento que serve, simultaneamente, à complementação da previdência social e aos financiamentos e às aplicações em investimentos e participações acionárias de longo prazo.

24. Criou-se, assim, um capitalismo sem capitalistas e sem capital. Os administradores não são capitalistas e os recursos não constituem capital, mas salário diferido em favor do empregado, quando se aposentar.

25. No Brasil, se a previdência privada é bem mais modesta em comparação com os Estados Unidos, a Alemanha e a Inglaterra, mesmo mantidas as respectivas proporções, o seu crescimento nos últimos vinte anos nos revela um dinamismo e um aprimoramento gradativo, que aliás corresponde à sua progressiva emancipação da tutela governamental.

26. Inicialmente presas numa espécie de camisa de força e dominadas pelas tradições das empresas de capitalização que, algumas vezes, não foram felizes num país cuja moeda foi, por longo tempo, corroída pela inflação, as entidades da previdência privada lutaram pelos direitos dos seus associados e obtiveram, aos poucos, a liberação de pesadas e minuciosas regulamentações estatais que, muitas vezes, as obrigavam a investir em aplicações não rentáveis e até, em certos casos, prejudiciais, em detrimento dos seus associados e para atender necessidades do Tesouro Nacional, o que, até recentemente, só deixou de ocorrer em virtude de medidas judiciais (relativamente aos CP's, NTN's etc.).

27. Atualmente, com um patrimônio de mais de cinquenta bilhões de dólares, abrangendo algumas centenas de entidades vinculadas a duas mil empresas e beneficiando quase três milhões de empregados, as entidades de previdência fechada aplicam cerca de 40% dos seus fundos em ações, tornando-se, assim, verdadeiros catalizadores do desenvolvimento do mercado.

28. A estrutura de créditos e débitos de longo prazo permite que os fundos participem do mercado acionário com uma visão mais empresarial, pensando no futuro da empresa, sem prejuízo da sua rentabilidade a curto, médio e longo prazo.

29. Enquanto, no início, os fundos de pensão eram simples acionistas investidores, rendeiros, aplicadores minoritários ou titulares de ações preferenciais sem direito de voto, foram, aos poucos, assumindo um papel de observador vigilante da evolução da empresa, ocupando cargos no conselho fiscal e, eventualmente, no Conselho de Administração, exercendo não somente uma auditoria formal, mas também uma *auditoria de performance*.

30. Recentemente, deixaram de ser sócios passivos e inertes, *sleeping partners*, na expressão norte-americana, para, em diversos casos, participarem de controle, ou até assumi-lo, muitas vezes numa forma de controle partilhado, como aconteceu no caso de aquisição do

controle da Perdigão e em algumas privatizações, como a da Acesita.

31. Além de uma mudança do espírito e da política empresarial, que decorre da perenidade dos fundos de pensão e da sua visão de longo prazo, está, assim, ocorrendo uma intervenção na gestão empresarial que libera as sociedades de preocupações imediatistas, permitindo que realizem mais adequadamente a função social que a legislação societária lhes atribuiu expressamente (art. 154 da Lei n.º 6.404/76).

32. Efetivamente, na gestão da empresa, estamos agora encontrando além dos administradores profissionais, equipes de especialistas independentes que trazem à sociedade a sua experiência externa em determinados setores de atividade e, ainda, os representantes da poupança coletiva, entre os quais se destacam os da previdência privada.

33. Resumindo uma evolução do direito societário que estamos encontrando em todos os países do mundo, o Professor André Tunc assinala que está ocorrendo uma nova formulação na estrutura da gestão empresarial. Se inicialmente tivemos o comando exclusivo dos acionistas controladores nas grandes empresas, foram eles, aos poucos, substituídos pela tecnocracia dos administradores, a chamada "tecnocrata", cuja prepotência foi analisada nos Estados Unidos, desde Adolph Berle até John Galbraith. Posteriormente, os *take over bids* – ofertas públicas de compra de ações ou assunções não consensuais do controle – enfraqueceram os poderes pessoais dos administradores, sem prejuízo de lhes oferecer eventuais "pára-quadras dourados", que adoçavam a sua queda, enquanto se inventavam pílulas envenenadas para dissuadir os eventuais compradores do controle. Agora, os principais acionistas dinâmicos já são os fundos de pensão, os órgãos da previdência privada, que participam do controle com os fundos mútuos, mas têm sobre eles a vantagem de ter tempo e se caracterizam com uma visão empresarial de longo prazo, até por terem obrigações que se vencem num futuro mais remoto.

34. Estamos numa fase em que se cogita, em virtude de recente legislação, de concessões de obras e em que já várias delas estão sendo objeto de licitação, sendo evidente a necessidade de capitais que possam ser remunerados a longo prazo, com uma carência correspondente à fase de construção e implantação do projeto. Em todos os países, as empresas concessio-

nárias estão entre as mais negociadas em bolsa, e nelas as entidades da previdência privada podem ter uma importante participação acionária, tanto mais que, em virtude de princípio constitucional e legal, as tarifas devem assegurar a compensação do capital investido, garantindo o equilíbrio econômico-financeiro da empresa no qual está incluído o direito a um lucro razoável.

35. Em todo o Brasil, a concessão de obra está sendo utilizada e desenvolvida, sendo considerada pelo Presidente eleito, Fernando Henrique Cardoso, como a mola mestra da nova fase econômica na qual entra o país, com um sério déficit de infra-estrutura e a ausência de recursos financeiros para investir em obras e serviços, que são necessários e abrangem desde o fornecimento de eletricidade e de água até o transporte, as telecomunicações, o saneamento, as estradas de rodagem etc...

36. Já existem leis estaduais na matéria no Rio de Janeiro e em São Paulo, e a legislação federal acaba de ser promulgada. Mas a concessão já entrou na vida administrativa, em relação ao lixo no Município de São Paulo, às estradas de rodagem nos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, à manutenção da Ponte Rio-Niterói e ainda em inúmeras outras atividades. Cabe lembrar que o recente eurotúnel – a maior obra de engenharia do século – somente foi construído em virtude da utilização da técnica jurídica da concessão.

37. Ora, as concessões exigem investimentos de longo prazo cuja rentabilidade não é imediata, pois pressupõe a construção de obras que, somente quando terminadas, ensejarão a possibilidade de distribuir dividendos. É, pois, uma área privilegiada para a atuação da previdência privada, e em particular das entidades de previdência fechada, que estão estudando com as autoridades a viabilidade de institucionalizar este tipo de investimento.

38. Também as privatizações, que devem ser reiniciadas tanto no plano federal – com as programadas vendas das ações da Excelsa, do Banco Meridional e da Light –, quanto em vários Estados, podem ensejar a utilização de importantes recursos dos fundos de pensão, seja no caso de privatização total ou até de privatizações parciais, que poderão vir a ocorrer, ou em parcerias de empresas privadas com entidades governamentais, nas áreas de monopólio que admitem a utilização de recursos privados para determinadas finalidades, ou com a esperada "flexibilização", que deverá permitir maiores in-

vestimentos privados em áreas estratégicas da maior importância, como a de telecomunicações. Poderemos, assim, ter recursos privados utilizados para obras e serviços públicos no interesse social.

39. A presença desse dinheiro social no mercado está também ligada à reintrodução do verdadeiro espírito empresarial, que se caracteriza pelo planejamento de longo prazo e pelo atendimento aos princípios básicos da eficiência e moralidade.

40. Efetivamente, enquanto os demais acionistas descontentes podem abandonar a empresa, vendendo as suas ações, "votando com os pés", para usar a terminologia norte-americana, os fundos da previdência fechada lutam pelo aprimoramento da empresa porque devem atuar, nas suas operações ativas e passivas, tendo sempre em vista o futuro tanto próximo quanto remoto. E foi justamente por ter adotado uma política imediatista, tanto na captação, como na aplicação, que, no passado, certas entidades de capitalização acabaram sob intervenção ou liquidadas, porque não pensaram no futuro ou não quiseram fazer as previsões adequadas.

41. Há, pois, na previdência fechada, um novo espírito inspirado pela ética que se impõe na gestão das empresas abertas. Durante longo tempo, os economistas se esqueceram da moral e houve até administradores públicos e privados que admitiram que a sua conduta fosse aética, considerando que a economia e a política, sendo pragmáticas, pudessem ser amorais e até imorais. Fizeram com que o país crescesse, mas não se desenvolvesse.

42. Já agora, no Estado democrático de direito, sabem administradores e controladores de empresas que a economia deve submeter-se à ética e que o direito é a arte e a ciência que determinam o modo pelo qual a economia deve conciliar-se sempre com a ética.

43. A presença ativa no mercado dos Fundos de Pensão gozando da imunidade tributária e funcionando como novos investidores que aplicam a longo prazo, a democratização do capital decorrente das privatizações, nas quais os empregados se transformaram em acionistas, e a atuação vigilante e construtiva da CVM já permitem vislumbrar, agora, que, no futuro, o mercado de capital não mais constituirá uma

atividade predominantemente especulativa, mas um contexto adequado para incentivar a poupança, melhorar a distribuição da riqueza e a qualidade de vida do cidadão brasileiro.

44. Pretende-se, assim, vincular, embora de modo indireto, de um lado, o enriquecimento das empresas e o dos seus empregados, o financiamento de projetos a longo prazo, úteis ou necessários ao país, inclusive no campo da infra-estrutura, e, de outro lado, a melhoria das pensões e aposentadorias que sofreram, até agora, a erosão decorrente da inflação e a redução em virtude de manipulações governamentais.

45. É condição básica para que a previdência privada possa desempenhar as suas funções na sociedade brasileira, realizando a revolução invisível à qual já aludimos e podendo, simultaneamente, substituir em parte a Previdência Social, suprimindo as suas deficiências e complementando a sua missão e, por outro lado, garantir o desenvolvimento do mercado de capitais, que mantenha a sua imunidade fiscal, que a Constituição lhe garante.

46. Os numerosos pareceres que reconhecem a imunidade tributária das entidades fechadas de previdência privada, oriundos de autores como Gilberto de Ulhoa Canto, Ives Gandra Martins, Nelson Jobim, Sacha Calmon, no campo jurídico, e Rio Nogueira, na área atuarial, evidenciam o estatuto constitucional dessas entidades, que deve ser respeitado em virtude do texto expresso da Magna Carta, das normas legais aplicáveis, dos interesses legítimos que se transformaram em verdadeiros direitos adquiridos e dos imperativos econômicos e sociais que os justificam.

48. Para o social liberalismo, como para a filosofia grega, o homem, o indivíduo, volta a ser o centro de todas as coisas. Quando o Presidente da República fala em social liberalismo, em desenvolvimento baseado numa parceria, a previdência privada aparece como sendo um dos grandes parceiros do Estado. Garantir a sua sobrevivência e integralidade e estimular o seu crescimento constitui, pois, um dos grandes meios que a sociedade brasileira tem para transformar cada proletário num proprietário, fazendo com que o aumento do PIB se acelere e se reflita, também, na renda per capita de cada brasileiro, compensando, assim, as injustiças e iniquidades do passado e criando novas esperanças para o futuro.

Pena sem prisão: prestação de serviços à comunidade

FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O ilícito penal. 3. Por que se pune? 4. As prisões. 5. A prestação de serviços à comunidade. 6. Conclusão.

1. Introdução

A sociedade busca a harmonia e a paz entre seus membros e, assim, estabelece uma série de normas de comportamento, fruto da experiência, do convívio, do que é bom e justo para todos. Algumas dessas regras de conduta, em face de sua importância, são impostas coercitivamente pelo Estado, mediante lei, e, desse modo, temos as normas jurídicas. Violadas essas normas, temos o ato ilícito, ou seja, a prática de uma ação contrária a uma regra jurídica, regra que foi estabelecida e imposta pela sociedade, como essencial à boa convivência. A violação da norma jurídica dá lugar à sanção. Sanção essa que pode ser civil (como o ressarcimento do dano, a execução forçada, a restituição em espécie) ou penal. A sanção penal, como já se disse, é o meio mais enérgico, quando outro tipo de sanção não deu certo ou foi insuficiente. O crime é a ameaça mais grave, mais séria, à integridade, à paz e à estabilidade social, ao lesar ou ao expor a perigo um bem jurídico tido como importante, valioso, para todos os membros da sociedade, como a honra, a vida, a liberdade, a moralidade, a integridade física, o pudor, a incolumidade pública, o patrimônio etc., e que por isso mesmo pode causar grave desordem, daí por que determinados bens são protegidos pela lei penal. Violado o comando de uma norma penal, a consequência será uma punição mais severa, a pena. Ao crime, segue-se a pena.

Fernando da Costa Tourinho Neto é Juiz do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região.

2. O ilícito penal

Como o ilícito penal é punido com mais severidade, imagina-se que o direito penal pode resolver todos os conflitos que a sociedade, mediante a aplicação de sanção civil, não resolveu, ou que resolveria com amplas e profundas reformas sociais. Com acerto e perspicácia, disse Norberto Spolansky (O delito de posse de entorpecentes e as ações privadas dos homens, in: *Cadernos de Advocacia Criminal*, v. 1, n. 5, Sérgio Antônio Fabris Editor, novembro de 1988, p. 102):

“Existe uma visão ingênua e mágica segundo a qual com o Direito Penal se pode resolver todo tipo de problemas; desde a proteção da vida até a solução da inflação. Esta é a visão ingênua e mágica do Direito Penal e do Poder do Estado e pressupõe a idéia de que toda a eficácia está sempre assegurada quando o Estado atua.” (grifei.)

E mais. A sociedade acredita que toda pena se resume em cadeia. Se o delinquentes, condenado, não foi para a prisão, entende-se – e a imprensa para isto muito contribui – não ter havido punição, ainda que a infração praticada tivesse sido levíssima. A justiça só se realiza, de acordo com esse entendimento, se o infrator vai para o xadrez.

Triste e infeliz equívoco. Não é a severidade da pena nem sua ferocidade que intimidam. Há aqueles que, inclusive, jamais se intimidam, daí a proposta da pena de morte, defendida por alguns. E a certeza da punição e a rapidez na aplicação da pena que funcionam como fator de inibição da prática de crime, e não o rigor da pena, se a impunidade é o que prevalece. Em meados do século XVIII, Beccaria (*Dos delitos e das penas*, Atena Editora: São Paulo, 4.^a ed., p. 111) já percebera que:

“Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.”

Pode-se conceber que o matuto seja condenado à pena mínima de dois anos por matar

um animal silvestre? A lei que dispõe sobre a proteção à fauna assim prevê. Ou que um beijo lascivo, à força, seja punido com pena de reclusão que varia de seis a dez anos? (Código Penal, art. 214).

A pena há de ser moderada e proporcional ao dano causado à sociedade, para poder ser justa e alcançar seu desiderato, seu objetivo. Observem: o motorista que, em alta velocidade, no tráfego urbano, atropela e mata, é punido com pena de detenção, cujo mínimo é de três anos e o máximo de seis (Código Penal, art. 121, § 3.^o). E o que mata o passarinho...

“La gente cree que la pena termina con la salida de la cárcel, y no es verdad; la gente cree que el ergástulo es la única pena perpetua, y no es verdad. La pena, si no propiamente siempre, en nueve de cada diez casos, no termina nunca. Quien ha pecado está perdido. Cristo perdona, pero los hombres no...” (Francesco Carnelutti, *Las miserias del proceso penal*, 1959, p. 126, apud Cezar Roberto Bitencourt, in “Crise da pena privativa de liberdade”, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 31, Ed. RT, 1994, p. 215).

3. Por que se pune?

A justificativa da pena estaria na retribuição do mal pelo mal, isto é, a razão da pena estaria no pecado – *quia peccatum*? Ou pune-se para que não se volte a pecar – *ne peccetur*? Ou pune-se porque se pecou e para que não se volte a pecar e, também, para que outros não venham a pecar?

Na verdade, a pena não é só castigo (seria uma vingança? – lembremo-nos de que a criança bate no objeto que lhe causa uma dor). Talvez, em essência, esta seja sua maior carga – fazer sofrer quem causou um mal -, apaziguando, desse modo, a revolta, a indignação pública. Dizia Durkheim (apud Alberto Zacharas Toron, *Prevenção, retribuição e criminalidade violenta (o Tao do direito penal)* in *Livro de Estudos Jurídicos*, v. 7, IEJ, 1993, p. 421) que:

“A sociedade ‘pune, não porque o castigo lhe ofereça por si só próprio alguma satisfação, mas para que o temor da pena paralise as más vontades’.”

A pena é, igualmente, instrumento de prevenção geral (intimidação geral), fazendo que só a ameaça de sua aplicação afaste o desejo de cometer-se o crime. Disse Garófalo (*Criminologia*, SP, Teixeira & Irmão-Editores: São Paulo,

1893, pp. 215/216):

“A imoralidade e os instintos criminosos são muito mais comuns do que se pensa; é necessário, pois, que o sistema penal seja de natureza a anular as vantagens do crime e a fazer seguir uma conduta honesta, senão por sentimento, ao menos por cálculo.

Tem a pena, outrossim, a ação de prevenção especial, ou seja, tem por finalidade impedir que o criminoso volte a cometer novo delito. A pena, nessa última hipótese, reeducaria o delinqüente, reajustaria sua personalidade, tornando-o apto para a vida em sociedade.”

4. As prisões

É sabido por todos que as prisões, em face da superlotação, promiscuidade, da insensibilidade moral dos demais presos e dos carcereiros, embrutece, revolta, cria outros vícios. É, por estas razões, na verdade, uma escola de pós-graduação do delinqüente, quebrando o último vínculo que o prendia à vida social, como cidadão, tornando-o um celerado. A prisão, deste modo, ao invés de devolver à sociedade homens ressocializados, corrigidos, devolve homens revoltados, insensíveis, perigosos. Ademais, como observou Michel Foucault (*Vigiar e punir*, trad. Raquel Ramalheite, 11.ª ed., Vozes: Petrópolis, 1994, p. 236):

“... a prisão fabrica indiretamente delinqüentes, ao fazer cair na miséria a família do detento: A mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância. Sob esse ponto de vista o crime ameaça prolongar-se.”

Sim. A prisão é um mal. Mas para os criminosos perigosos (imaginem-se os de altíssima periculosidade, aqueles irrecuperáveis – dizem que não existe criminoso irrecuperável!), não há outra solução. Disse Foucault (*Vigiar e punir*, p. 208):

“Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.”

Ora, assim sendo, os delinqüentes não-perigosos, condenados a pena de curta duração, não devem ir para a prisão, a fim de que nem

eles nem a sociedade sofram danos maiores, e possam eles cumprir suas obrigações para com sua família e para com a vítima ou a família desta. Em 1976, dizia o grande penalista Roberto Lyra (in Prefácio no livro de Sérgio de Andréa Ferreira, *A técnica da aplicação da pena como instrumento de sua individualização nos Códigos de 1940 e 1969*, Forense, RJ, 1977, p. 11):

“Há de unir-nos uma mensagem brasileira de ação contra o crime que não prejudique no presente a sociedade, a família (do criminoso e da vítima) e não ameace o futuro com a reincidência causada pela promiscuidade nas prisões e pelo martírio dos egressos.”

5. A prestação de serviço à comunidade

Ante os malefícios, a perniciosidade, da prisão por um curto espaço de tempo, o legislador de 1984, mediante a Lei n.º 7.209, deu autonomia a determinadas penas restritivas de direito, penas que restringem a liberdade, mas não a privam. São elas:

- a) a prestação de serviços à comunidade;
- b) a interdição temporária de direitos; e
- c) a limitação de fim-de-semana (Código Penal, art. 43).

São penas autônomas, substitutivas, e não acessórias.

As penas restritivas de liberdade substituem as privativas de liberdade. Logo, o juiz aplica a pena de prisão e, em seguida, a substitui, se ocorrerem as seguintes condições:

a) a pena privativa de liberdade aplicada, se o crime for doloso, deve ser inferior a um ano; entendendo que deveria ser até um ano, e não inferior a um ano, uma vez que a pena aplicada é, na maioria das vezes, de um ano, e assim, abrangeríamos um maior número de condenados que prestariam serviços à comunidade; se culposo, a pena pode ser igual ou superior a um ano, mas, nessa hipótese, devem ser aplicadas duas penas restritivas, desde que exequíveis ao mesmo tempo, ou uma pena restritiva e mais multa; b) não ser o réu, tanto no caso de crime doloso como culposo, reincidente; c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que essa substituição é suficiente. (Código Penal, art. 44.) Decidiu a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que, “nos crimes culposos, descabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito quando as con-

seqüências são irremediáveis e a culpa do agente é reconhecida como de elevado grau, pela sua demonstrada imprudência ímpar (Rel. Juiz Pila Hofmeister. in: RT 674/339).

Presentes as condições, o réu tem *direito* – direito público subjetivo – à substituição, não podendo, pois, ficar a conversão ao arbitrio do juiz.

O tempo de cumprimento dessas penas é o mesmo da pena privativa de liberdade que elas substituem. Se o réu foi condenado à pena de um ano, a pena de prestação de serviço à comunidade, que a substitui, terá a duração de um ano.

Em que consiste a prestação de serviços à comunidade? Responde o art. 46 do Código Penal: consiste na atribuição ao condenado de tarefas *gratuitas* junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. O trabalho é, frise-se, gratuito, senão deixaria de ser pena. O trabalho aí é um ônus. Ressalte-se que a prestação de serviços à comunidade não constitui trabalhos forçados porque não existe privação da liberdade física, e sim, restrição. Ademais, deve relacionar-se, atente-se, com as atividades habituais do condenado, levando em conta sua aptidão.

As tarefas são atribuídas ao condenado de acordo com suas aptidões, por exemplo, se médico, prestará serviço junto a um hospital; se advogado, em assistência judiciária; se professor, em um orfanato. Competente para determinar essas tarefas, o horário, bem como a designação da entidade onde o serviço será prestado, é o juiz da execução, e não, o da condenação. A este cabe determinar a substituição da pena privativa de liberdade pela de prestação de serviços. Se não o fez, o juiz da execução pode fazê-lo, mediante o incidente da conversão (Lei de Execução Penal, art. 180).

A prestação de serviços será de oito horas semanais, aos sábados, domingos, feriados, ou em dia útil, se não prejudicar o trabalho normal do condenado (Código Penal, art. 46, parágrafo único). Essas oito horas poderão ser desdobradas (v.g.: quatro horas, no sábado, quatro, no domingo).

Apesar de ser um direito público subjetivo do condenado, a pena de prestação de serviços à comunidade não fica, como no Código Penal português (art. 60, n. 4), condicionada à sua aceitação.

Se, no curso do cumprimento da pena res-

tritiva de direito, o condenado vier a ser punido, por outro crime, com pena privativa de liberdade, em que ocorra incompatibilidade entre a execução da nova pena e a de prestação de serviços à comunidade em execução, esta será *reconvertida* em pena privativa de liberdade, pelo tempo, evidentemente, que faltar, isto é, se foram, por exemplo, cumpridos oito meses de doze, a conversão será de apenas quatro meses, o tempo restante. A conversão em pena de prisão também poderá ocorrer se houver descumprimento injustificado da pena restritiva de direito, v.g.: a) não comparecer ao trabalho penal; b) recusar-se a prestar o serviço; c) praticar falta grave, no serviço etc. (Código Penal, art. 45). Se o descumprimento for justificável e não puder a pena de prestação vir a ser cumprida, a melhor solução é convertê-la em multa, um dia da pena substituída corresponderá a um dia-multa, cujo valor será fixado pelo juiz.

Não é admissível – atente-se – a concessão de suspensão condicional da pena (*sursis*) em relação à pena de prestação de serviços à comunidade – como a qualquer pena restritiva de direito. O *sursis* suspende a execução da pena privativa de liberdade (Código Penal, art. 77).

A suspensão condicional da pena (*sursis*) é medida mais gravosa do que a pena de restrição de liberdade, daí sendo esta um direito do condenado, preenchidas as condições, não se lhe pode negar esse tipo de pena e conceder o *sursis*.

A detração (o abatimento) não se aplica às penas restritivas de direito, uma vez que, segundo o art. 42 do Código Penal (“Computam-se, na pena privativa de liberdade...”), só é aplicável às penas privativas de liberdade.

No VI Congresso da ONU, realizado em Caracas, em 1980, considerou-se que:

“A prestação de trabalho em favor da comunidade caracteriza uma alternativa construtiva e econômica à pena de prisão e constitui um novo meio de se colocar o delinqüente em contato mais próximo aos cidadãos que precisam de ajuda e apoio.”

6. Conclusão

O sucesso desse tipo de pena depende de todos – do Governo, do juiz e, principalmente, da comunidade – para o bem da sociedade. Não esqueçamos que a justiça social é o meio mais eficaz de prevenir e combater a criminalidade.

O recurso especial e as decisões interlocutórias desafiadas por agravo de instrumento

DEMÓCRITO RAMOS REINALDO

A criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988, como instância especial e intérprete maior da lei federal, ressuscitou vetusta discussão que grassava nos Tribunais, especialmente na Suprema Corte, sobre o cabimento do *recurso especial* em agravo de instrumento oriundo de decisão monocrática, proferido em primeiro grau.

A controvérsia se reacendeu no âmbito dos órgãos jurisdicionais fracionários do STJ, com revérbero na Corte Especial, chegando a prevalecer, na 1.^a Turma, o entendimento de que “a expressão constitucional *causas decididas* (artigo 105, III, da Constituição Federal) não abrangia, para o desafio através do recurso especial, arestos decorrentes de agravos de instrumentos contra decisões de juiz singular” (de primeira instância).

A rediscussão da matéria, além de sua indiscutível relevância, no momento em que o número de processos que acorreu ao Superior Tribunal de Justiça introjeta-no em crise só comparável a que afetou, em tempos idos (e já, agora, também) a Corte Suprema – causa primeira, aliás, da criação do STJ – adveio da própria evolução do sistema jurídico – constitucional brasileiro – com a promulgação da Carta de 1988, a vigência do Código de Processo Civil de 1974, a edição da Lei n.º 8.038/90 e conseqüente revogação da Lei n.º 3.396/58 e o artigo 541 da atual lei do processo.

Alterada a sistemática dos recursos no Código de Processo vigente, e, em particular, o procedimento do “agravo de instrumento”, com as nítidas diferenciações entre este (na sua forma *retida*) e o antigo “agravo no auto do processo”, não se justifica, já agora, a assertiva de que, “cabe o *especial* para o exame de *decisões*

Demócrito Ramos Reinaldo é Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

(no sentido mais amplo), ainda que não extinguam o processo com ou sem julgamento de mérito". Os que assim pensam, se limitam ao deslumbre da jurisprudência predominante – construída na prevalência de legislação diferente – sem o desvelo de um reestudo acurado da legislação processual, para uma interpretação sistêmica desta, em conjugação com o preceito constitucional (artigo 105, III). Descurram-se, ainda, de que, a prevalecer essa compreensão, virá, em brevíssimo espaço de tempo, inviabilizar o STJ, sufocado por um volume descomedido de processos.

A interpretação restritiva, como se verá a seguir, longe de prejudicar as partes, as beneficia, ensejando, com a desobstrução das pautas, julgamentos mais céleres, na instância derradeira.

Revivenciar a controvérsia, abrindo espaço para um reposicionamento da doutrina e da jurisprudência e despertar a atenção dos advogados militantes é o sentido predominante deste desprezioso trabalho.

1. A Constituição da República, ao estabelecer a competência – originária e recursal – dos órgãos da Justiça Federal (de primeiro e segundo graus) e das Instâncias Especiais (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), nos artigos 102 a 109, menciona o termo "causa" nove vezes ("causa em que figura como parte Estado estrangeiro"; "causa entre a União e os Estados ou Municípios"; "causas fundadas em tratado"; "causa em que forem partes instituições previdenciárias"; "causas decididas por juízes e tribunais").

Entretanto, salvo nos casos de usar um termo jurídico consagrado e específico (como, por exemplo, mandado de segurança, *habeas corpus*, reclamação, revisão, conflito de competência, mandado de injunção, *habeas data*, etc.), os vocábulos empregados pela Lei Magna são: "causa", "litígio", "ação" (artigo 102, I, a, e, n, e III; artigo 105, II, c, e III; artigo 108, II; artigo 109, I, II, e III, e §§ 1.º, 2.º e 3.º).

Isso significa que o legislador constituinte, ao disciplinar, em capítulo próprio, matéria de escomunal relevância, qual seja, a de estipular a competência de Instâncias Especiais, utilizou-se de termos essencialmente técnicos, assim entendidos – nos meios judiciais como na terminologia técnico-jurídica. *Causa*, segundo os dicionaristas, em linguagem forense, "é processo em que se debate e julga, ação, demanda, causa civil, causa criminal" (CALDAS AULE-

TE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, v. 1, p. 741 – sem grifo no original). "Na técnica processual, *causa* se confunde com *demanda*. Empregam-se como vocábulos equivalentes. E esta acepção vem de que a causa é o fundamento legal do direito que se quer fazer valer perante a autoridade judiciária: causa, a razão, extensivamente passou a designar *processo judicial*, sendo, pois, equivalente a *litígio*." (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, v. 1, p. 321 – sem grifo no original).

"As expressões – *preleciona o constitucionalista Pinto Ferreira* – devem ser usadas pelo legislador em seu sentido vulgar, salvo se se tratar de assunto técnico, quando então será preferida a nomenclatura técnica peculiar ao setor de atividade sobre o qual se pretende legislar." (*Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n. 89, p. 183).

Como já se observou, alhures, no conferimento de competências aos diversos órgãos judiciários, o constituinte não se desbordou uma única vez – malgrado abusar da palavra "causa" – para o emprego de termo ou expressão de significação "vulgar", como, *in exemplis*: "feito", "incidente", "questão", ou mesmo "processo", que tem conteúdo científico próprio (e sentido diverso do de "causa"). Deixou, o legislador, meridianamente clara a sua intenção de usar (ao disciplinar matéria de competência de Tribunais Maiores) exclusivamente da terminologia jurídica, com a preocupação mediata de ser compreendido e quiçá inspirado na lição de que "a essência e o conteúdo da lei não estão nas palavras, mas nas idéias, no espírito, nos superiores conceitos informadores da lei. O conteúdo espiritual dela é sempre muito mais rico do que o expressado literalmente." (Alípio Silveira, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, v. 1, p. 5 – sem grifo no original).

O juiz atribui aos vocábulos sentido resultante da linguagem vulgar; "porém, quando empregados termos jurídicos – ensina Carlos Maximiliano –, deve-se ter havido preferência pela linguagem técnica. No direito público usam-se mais dos vocábulos no sentido técnico; em direito privado, na acepção vulgar. Em qualquer caso, entretanto, quando haja antinomia entre os dois significados, prefira-se o adotado geralmente pelo mesmo legislador, conforme as inferências deduzíveis ao contexto." (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 143 – sem grifo no original).

"Como observa Bierling (*Juristische Prin-*

zipienhr, 1911, v. IV, pp. 214-215), em geral emprega-se de preferência a linguagem técnico-jurídica no direito público, de modo que, caso surja diversidade de significações num mesmo vocábulo, o hermeneuta, entre a expressão científica e a vulgar, deverá preferir a primeira.” (Alípio Silveira, ob. cit., p. 11).

No texto constitucional – como no dispositivo sob investigação – não há nenhum indício, por mais leve que seja, (como exemplo, a conexão com outras palavras do artigo ou do capítulo, o uso de palavras, no mesmo capítulo, com significações diversas, etc.) de que se possa inferir que o termo *causa* tenha sido empregado, pelo legislador, em sentido equivalente ao de *questão* (“questão é usada significando causa, demanda, litígio, pelo vulgo”).

Se o constituinte pretendesse conferir ao preceito um conteúdo mais amplo, seria bastante escrever: “julgar, em recurso especial, as *questões decididas*, em única ou última instância, pelos Tribunais”, sem nenhuma dificuldade semântica e sem prejuízo algum à clareza e perfeição do texto. A presunção, portanto, em tema de *redação constitucional*, “é a de que o legislador exprima-se em termos *técnicos*, evitando os *vulgares*”, adotando a denominação *jurídico-científica* de “causa”, quando, no contexto, cuidou de matéria de natureza, também *técnica* qual seja, a criação e as hipóteses de cabimento do recurso especial e a fixação de competência de um Tribunal de instância derradeira.

2. Antes de tentarmos, a seguir, uma interpretação integrada mediante a demonstração da correlação entre a “expressão constitucional” e o sistema de recursos, no Código de Processo Civil em vigor, é oportuno expender algumas palavras sobre a jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, acerca do tema.

Tenhamos presente, desde logo, que os arestos do Excelso Pretório atribuindo um elástico maior ao vocábulo *causa*, no texto constitucional, foram proferidos nos anos de 1961, 1965 e 1967 (Recursos Extraordinários n.º 53.124 e 57.728 e Agravo de Instrumento n.º 24.434).

Não tenho, é evidente, nem o pejo, nem a ousadia de discordar do entendimento firmado, na egrégia Suprema Corte, na década de 60. Naquela época, ele se justificava, tanto é que prevaleceu, com o aval de conspícuos juizes e juristas. Era outro o Código de Processo Civil (o de 1939), com uma sistemática recursal diver-

sa da que prevaleceu no Código de Processo Civil de 1974. Sobre o procedimento do recurso extraordinário vigia o artigo 863 do Código de Processo Civil de 1939, alterado pela Lei n.º 3.396, de 2 de junho de 1958, substituída, em 1974, pelo artigo 541 do Código de Processo Civil, com vigência até o advento da Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990, cujo artigo 44 os revogou.

Com efeito, o artigo 863 do Código de Processo Civil de 1939 tinha a seguinte redação:

“Art. 863. Das *decisões* proferidas em única ou última instância, caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no artigo 101, III, letras *a* e *d*, da Constituição.” (Sem grifo no original.)

Com a promulgação da Lei n.º 3.396/58, citada, o artigo 863 da antiga Lei do Processo passou a ter a redação a seguir:

“Art. 863. Caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal das *decisões* proferidas, em única ou última instância, pelos Tribunais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, nos casos previstos na Constituição Federal.” (Sem grifo no original.)

Já o artigo 541 do atual Código de Processo Civil estabeleceu:

“Art. 541. Caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal das *decisões* proferidas por outros Tribunais, nos casos previstos na Constituição da República.” (Sem grifo no original.)

Como se observa, ao tempo da formação jurisprudencial da Suprema Corte, segundo a legislação vigente, “cabia recurso extraordinário das *decisões proferidas* por outros Tribunais”. O substantivo *decisões* tinha, no Código de 1939, abrangência maior, acepção muito mais dilargante, compreendendo, até qualquer julgamento: acórdão, sentença, despacho. Até mesmo as decisões, em sentido lato, de juiz de primeiro grau (sentenças ou despachos) poderiam ser objeto do extraordinário (artigo 863).

O Código de Processo Civil de 1973 usou de igual expressão: “das *decisões proferidas* por outros Tribunais” (artigo 541), em antinomia, aliás, com os artigos 162 e 163, que fazem nítida distinção entre *acórdão*, *sentença*, *decisão* (interlocutória) e *despacho*. Não restava, pois, ao Supremo Pretório, na prevalência des-

sa legislação, senão admitir o extraordinário manifestado contra *decisão*, entendida esta com amplitude e largueza.

A Lei n.º 8.038, de 1990, não incidiu na errônia, revogando, desde logo, expressamente, no artigo 44, a Lei n.º 3.396/58 e o artigo 541 do Código de Processo Civil, limitando o cabimento dos *recursos extraordinário e especial* "aos casos previstos na Constituição Federal" (artigo 26). A alteração da legislação processual, sobretudo na parte dos *recursos*, impende ser considerada, por ter indiscutível repercussão na fixação do verdadeiro sentido da expressão constitucional – *julgar causas decididas*. (artigo 105, III.)

3. A Constituição de 1988, a par de instituir um Tribunal de Instância Excepcional, conferindo-lhe competências originária e recursal, criou um novo recurso, o *especial*, com feição de extraordinário, erigindo o Superior Tribunal de Justiça em intérprete máximo da lei federal, com função de unificar a jurisprudência dos Tribunais que lhe estão vinculados, em hierarquia, deixando a regulamentação dos procedimentos à legislação ordinária (Código de Processo Civil e Lei n.º 8.038/90).

Destarte, há um entrelaçamento de tal ordem entre as normas constitucionais e o Código de Processo Civil – na parte pertinente ao sistema de recursos – que se não pode pretender uma interpretação isolada, de umas ou de outras, sem cotejá-las, numa integração recíproca. Os juristas, aliás, identificam um paralelo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que ele se desenvolve. "Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo e estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade. O direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos dos seus aspectos e institutos característicos. Alguns princípios que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais, ou seus corolários." (Antônio Carlos Araújo Cintra, "Direito Processual Constitucional", in *Teoria Geral do Processo*, p. 75.)

Constitui regra básica de hermenêutica a de que se não pode interpretar uma norma, seja de

lei ou de Constituição, de forma *isolada*, desarticulando-a do sistema jurídico a que está junta. Consiste o processo sistemático, afiança Carlos Maximiliano, "em comparar o dispositivo sujeito a *exegese* com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras... O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituam elementos autônomos em campos diversos" (obra citada, pp. 165 e 166).

4. Na estria de uma interpretação sistemática, decorrente do confronto entre a expressão constitucional – *julgar causas decididas* – e a disciplina da interposição, do processamento e dos efeitos do agravo instrumentado, como preconizada no atual Código de Processo Civil (artigo 522 e § 1.º), a conclusão que me parece mais correta – entendendo-se esta em função do que a ordem jurídica considera como sentido de justiça – é a de que não tem cabida o conhecimento, pelo STJ, de recurso especial manifestado contra acórdão proferido em agravo de instrumento desafiando decisão interlocutória de juiz de primeiro grau.

O Código de Processo Civil, ao indicar, no artigo 522, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, dispôs:

"§ 1.º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique *retido* nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação; reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contrarrazões da apelação, sua apreciação pelo Tribunal." (Sem grifo no original.)

Nesta fase, fazemos um esclarecimento memorativo.

No Código de Processo Civil de 1939, embora persistam alguns aspectos de convergência, o recurso de *agravo* tinha diferente formulação. O agravo de instrumento era o recurso adequado para afrontar decisões proferidas em incidentes processuais, mas com o elenco delimitado no artigo 842. O agravo no auto do pro-

cesso circunscrevia-se aos casos específicos, elencados em *numerus clausus* (artigo 851). Esses recursos não poderiam ter uso *indiferente*, pelas partes, já que os casos de cabimento de cada espécie (agravo de instrumento ou agravo no auto do processo) eram definidos em relação *exaustiva*. J. C. Barbosa Moreira configurou, em síntese de inigualável clareza, a *indole do agravo no auto do processo* (que se distancia do atual agravo retido): “O cabimento do agravo no auto do processo cingia-se a determinados casos expressamente prescritos na lei (Código de 1939, artigo 851), e nesses não havia alternativa para a parte, a não ser a de omitir-se: não lhe era dado optar entre a *retenção* nos autos e a subida imediata, por meio de instrumento.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 464.)

Não se admitia, portanto, o recurso *indiferente*, mesmo consagrado pelo Código revogado o princípio da *fungibilidade* (artigo 810), porque, no caso, o uso do agravo de instrumento ao invés do agravo no auto do processo (ou a recíproca) configurava *erro grosseiro* cuja “inescusabilidade derivava da circunstância de se haver deduzido recurso impertinente, em substituição daquele expressamente previsto na lei” (*Revista Forense*, 91/123). “Os Tribunais recusaram sempre (na vigência do Código de 1939) o conhecimento de um recurso ao invés de outra espécie recursal cabível e adequada” (*RF*, 163/215, *Revista dos Tribunais*, 498/105; *RP*, 4/493) (STF).

Em suma: na vigência do Código de Processo de 1939, sendo outra a disciplina dos recursos, era, em ordem de princípio, impraticável a interpretação sistemática, conjugando-se normas da Lei do Processo e da Constituição Federal, visando ao desiderato que, agora, vigem outra legislação, se tenta alcançar.

5. Na petição, repito, diz o atual Código (§ 1.º do artigo 522), que “o agravante poderá requerer que o agravo fique *retido nos autos*, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação”. A interposição do agravo, com a manifestação da parte para que fique *retido* evita que a sentença a ser proferida na *causa* (abrangente ou não do mérito) transite em julgado, ou torne a matéria ventilada no agravo (retido), *preclusa*. O ataque das decisões interlocutórias, pela via do agravo *retido*, tem a força de fazer com que a sentença (terminativa da causa, em primeira instância) fique com a sua eficácia *condiciona-*

da ao desprovimento desse agravo, no dizente às questões nele articuladas. O agravo *retido* tem o efeito diferido – sem perda de sua natureza de agravo –, preservando as questões, nele suscitadas, do risco da *preclusão*, transferindo sua apreciação ao tribunal *ad quem*, como preliminar do julgamento da apelação. Pode ser manejado no processo de conhecimento, no de execução, no cautelar e nos procedimentos especiais. “Ocioso é acrescentar que, se agravante o vencedor, de modo nenhum se exige, para facultar-lhe o pedido de julgamento do agravo nas contra-razões, que a apelação venha da parte contrária. O apelante pode ser o Ministério Público, até aí na função de *custos legis*, ou terceiro prejudicado.” (J. C. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, pp. 468 e 469.)

O conhecimento do agravo *retido*, *preleciona* o processualista Athos Gusmão Carneiro, não sofre óbice algum pela ausência de apelação *voluntária*, quando a sentença sobe ao reexame do Tribunal apenas por força do disposto no artigo 475 do Código de Processo Civil. Exegese diversa não só poderia causar grave prejuízo à parte contrária à Fazenda, como infringiria o princípio fundamental da igualdade das partes, pois o reexame necessário abrange também as questões incidentais resolvidas em desfavor ao poder público (*RF*, 254/314).

Impende considerar que, de todas as decisões interlocutórias desafáveis por agravo de instrumento, pode o recorrente pedir que ele fique *retido*. O dispositivo do artigo 522, § 1.º, do Código de Processo Civil é *peremptório* e *inadmite* restrições. Não importa que se trate de incidentes processados em apartado, como, *ad exemplum* – a impugnação do valor da causa ou as exceções de impedimento ou suspeição. Sendo a hipótese de agravo de instrumento, poderá haver *retenção*, salvante as pouquíssimas exceções que decorrem da própria sistematização dos recursos, na legislação processual (*verbi gratia*, o agravo de instrumento contra decisão indeferitória do processamento dos recursos em geral, inclusive do especial e do extraordinário), mas que não se inserem no objetivo do presente trabalho.

O insigne Theotônio Negrão, espilhando todo o Código de Processo, com vistas à identificação de decisões em que, embora comportassem o agravo de instrumento, fosse inviável, todavia, a forma *retida*, escreveu: “No processo de execução, nem sempre cabe apelação

e, neste caso, o agravo *retido* não teria como chegar à superior instância” (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 23.^a ed., nota 11 ao artigo 522, p. 353). Tenho, entretanto, a ousadia de discordar do eminente jurista. Em primeiro lugar, apesar de o agravo *retido* diferir o julgamento da matéria ao Tribunal, não perde a sua natureza de *agravo*, possibilitando o juízo de retratação. Ao depois, o processo de *execução*, ainda quando não forem opostos os *embargos* (se não ultimado sem o julgamento do mérito), só se extingue por uma das motivações previstas no artigo 794 do CPC, e a extinção só produz efeito quando declarada por *sentença*, sendo esta *apelável* (artigo 795 do Código de Processo Civil).

J. C. Barbosa Moreira, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, alinhou, casuisticamente, a quase totalidade das decisões que, no processo de execução, estão sujeitas ao *agravo* (obra citada, p. 462).

Até mesmo na hipótese do artigo 558 e seu parágrafo único do CPC – quando, ao agravo, poder-se-á conferir efeito de suspender a execução de certas medidas judiciais –, nada impede que a parte faça a opção pelo agravo *retido*. Em casos expressamente definidos em lei, o juiz perante o qual se interpôs o agravo, ou o relator, pode, a requerimento da parte, “suspender a execução da decisão agravada”, até o julgamento do recurso, pelo Tribunal. A competência, esclarece Barbosa Moreira, “para decretar a suspensão antes da subida, remanesce no órgão *a quo*, ainda que o agravo fique *retido nos autos* e só venha a subir com a *apelação* porventura interposta contra a *sentença*; neste caso, pois, o agravante pode requerer a suspensão em qualquer momento anterior à execução da medida, ou mesmo em se tratando de providência que se protraia (como a prisão do depositário infiel) enquanto ela perdure. É intuitivo, contudo, que normalmente optará o agravante, em hipóteses tais, pela subida imediata” (ob. e v. cit., p. 472).

Pois bem: ficando o agravo *inserido* nos autos, a requerimento da parte, e uma vez encerrado o procedimento, no primeiro grau de jurisdição (com ou sem conhecimento do mérito), se da *sentença* se interpuser *apelação* (ou ela estiver submetida ao obrigatório duplo grau de jurisdição), ao Tribunal *ad quem* competirá, ao ensejo do respectivo julgamento, apreciar as questões objeto do agravo *retido*. E, portanto, este último *decisório* (proferido em última

instância), aí, já abrangente das matérias discutidas nas decisões monocráticas de primeiro grau e daquelas que motivaram a *apelação*, que se deve atacar pela via do recurso especial.

Esta é a conclusão que me parece mais racional, com base em interpretação sistemática. Se prevalecente, reduzirá, em média, *vinte e cinco por cento dos recursos especiais*, na área de direito público (e quiçá, percentual muito mais elevado, na Seção de direito privado, em que são numerosas as questões processuais embutidas em agravos), sem nenhum prejuízo para as partes, porque delas não se retira a possibilidade do reexame de matérias – desde que contidas em agravo *retido* – pela instância superior, nem cria óbice intransponível que impeça esse reexame, nem configura, por isso mesmo, restrição ilegal ao direito de recorrer.

Ao revés: em prevalecendo esse entendimento, direcionar-se-á a atividade das partes para o uso das formas recursais adequadas e cônsonas com a economia processual, impedindo o manejo de recursos inúteis, que postergam, indefinidamente, a prestação jurisdicional e afogam os Tribunais Superiores com incidentes protelatórios (e numeroso acervo de processos), dificultando ou impedindo-os, até, de cumprir a sua destinação constitucional, que é a de proferir juízo, em definição derradeira e irrefragável, sobre questões jurídicas de proeminente relevância, na interpretação da legislação federal.

6. A interpretação que defendo não incorre na censura impetuosa de alguns juizes:

“Não podemos, de forma alguma sufragar interpretações que cerceiem a competência do STJ quanto à salvaguarda da inteireza do direito público federal. As decisões dos Tribunais de *apelação*, mesmo proferidas em *agravo*, desde que apliquem lei federal, não podem nunca ficar sem a possibilidade de reexame deste Tribunal. Caso contrário, passaríamos a ter Tribunais de última instância espalhados por todo o território nacional, cada um dando a última palavra, em termos de interpretação e aplicação de lei federal” (Embargos de Divergência n.º 19.481-1).

O equívoco em que incorrem os que são avessos ao entendimento aqui defendido, sobre vislumbrarem a possibilidade de “cerceio à competência do STJ e da transformação de Tribunais ordinários em instâncias especiais”, re-

sulta de inexacta compreensão da tese e da inexistência de discussão mais profunda sobre o alcance do tema.

Todavia, o entendimento que preconizo não me veio ao acaso, sem a devida meditação e sem que me debruçasse, ao longo do tempo, no estudo comparativo da Constituição e da legislação processual.

A apreensão dos que dele discordam, como se ouviu da exposição, não tem razão de ser. Não há restrição de competência do STJ. Não se quis, em momento algum, afastar as decisões interlocutórias do crivo do Superior Tribunal de Justiça. O que se pretende é racionalizar o uso do agravo.

Não é demais repetir, com apoio nas lições dos juristas, que o agravo de instrumento, hoje considerado recurso anacrônico e superado, não surte, na grande maioria das vezes, outro efeito prático, senão o da procrastinação (Theotônio Negrão, ob. cit., p. 354). Tanto que alguns juristas sugerem, ainda que *de lege lata*, que se reconheça ao juiz o poder de indeferir, por falta de interesse, a formação do instrumento, impondo ao agravante o caminho da *retenção* (Moniz Aragão, Considerações Práticas sobre o Agravo, *Revista Forense*, 246/65).

Adverte Barbosa Moreira, que negar a viabilidade da *retenção* é atitude que contravém de frente a uma aspiração generalizada e justa. A tendência que vai predominando é exatamente a oposta: prestigiar mais o agravo *retido*, cercceando o emprego da outra modalidade para evitar delongas a que costuma dar ensejo (*Revista de Processo* 31/269).

Interposto o agravo na sua forma *retida* contra decisão interlocutória, as questões nela suscitadas não *precluem*, mas ficam no aguardo do julgamento pelo Tribunal ordinário, conjuntamente com as demais matérias que objetivaram a demanda. Esse último julgamento fica sob a censura do Superior Tribunal de Justiça, acaso manifestado o *especial*. Não haverá, pois, nenhuma questionável, decidida no curso do processo, imune ao reexame da instância derradeira.

Do exposto, conclui-se:

a) o legislador constituinte, ao atribuir ao STJ competência para julgar, em *recurso especial*, as *causas decididas*, em única ou última instância, pelos Tribunais (artigo 105, III), conferiu à palavra *causa* o sentido *científico, técnico-jurídico*, inscrevendo-a na acepção de “ação”, “demanda”, “litúgio”, tanto quanto o

fez com outros vocábulos, ao fixar o elenco de competências de juízos e Tribunais de Instância Especial (artigos 102, 105 e 109), por cuidar de assunto essencialmente *técnico*;

b) se o constituinte pretendesse imprimir, ao dispositivo (artigo 105, III), um conteúdo mais amplo, tê-lo-ia feito, escrevendo, em seu contexto: “*julgar*, em recurso especial, as *questões* decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais”, sem dificuldade semântica e sem prejuízo à clareza e precisão do texto – *quod lex non distinguit, non distinguere possumus*;

c) ao conferir competência aos órgãos judiciários (em todo o capítulo III do Título IV da Constituição), o constituinte não se desbordou uma única vez – apesar de abusar da palavra “causa” – para o emprego de termos ou expressões de significação vulgar, usando exclusivamente de terminologia jurídica, com o espírito preconcebido de evitar a confusão de conceitos ou dúvidas na aplicação de seus dispositivos;

d) de uma interpretação *sistemática* resultante do confronto entre a expressão constitucional – *julgar causas decididas* – e a disciplina da interposição, do processamento e dos efeitos do agravo de instrumento (Código de Processo Civil, artigo 522 e § 1.º), a conclusão que me parece mais correta – entendendo-se esta em função do que a ordem jurídica considera como sentido de justiça – é a de que o STJ não deve conhecer de recurso especial manifestado em agravo de instrumento que desafia decisão interlocutória de juiz de primeiro grau, por ser a única condizente, a meu sentir, com os interesses da justiça e o princípio da economia processual;

e) essa conclusão – a mais racional – não acarretará prejuízo às partes, porque destas não retira a possibilidade do reexame de matérias – desde que contidas em agravo *retido* – pelo Superior Tribunal de Justiça, nem cria óbice intransponível que impeça esse reexame e não configura, por isso mesmo, restrição *ilegal* (ou inconstitucional) ao direito de recorrer; essa interpretação, ao revés, direcionará a atividade das partes para o uso racional das formas recursais adequadas (preferindo sempre o manuseio do agravo *retido*) e congruentes com a economia processual, impedindo o manejo de recursos inúteis, que postergam, injustificadamente, a prestação jurisdicional e afogam as instâncias *especiais* com incidentes protelatórios, dificultando ou impedindo até o STJ de

cumprir sua destinação constitucional, que é a de proferir juízo, em definição derradeira, sobre questões jurídicas de proeminente relevância, na interpretação da legislação infraconstitucional;

f) essa orientação não restringe o uso do agravo de instrumento, ao ponto de fazer letra morta do dispositivo do Código, que o instituiu (mesmo porque poderá ser manejado livremente na esfera das instâncias ordinárias); a parte continua com o direito de opção entre o agravo de instrumento e a sua forma *retida*; mas não lhe atribuisse poderes *absolutos* na escolha do recurso – ou *instrumentado* ou *retido*; o limite do direito à opção da parte está em que deve obedecer o *princípio da economia processual*, que é o que consulta, prevalentemente, os interesses da justiça e da coletividade.

Há de incidir, aqui, a vetusta parêmia: o direito não dá todo direito, nem o seu uso confere arbitrariedade. Levado a suas últimas consequências, já não se teria o uso regular, mas o *abuso* do direito, o que já os romanos profligavam com *veemência com argumentis sintetizados* no conhecido apotegma: *sumum jus, summa injuria*.

No preâmbulo da Constituição, ao se constituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, se elegeu a *Justiça* como um dos valores supremos da sociedade. Torna-se curial que, ao exercer o seu direito, o titular terá que se amoldar aos interesses maiores do ideário da *Justiça* – em seu sentido mais abrangente – e que condiz com a realização do bem coletivo.

O processo, que é um meio, não pode exigir um dispêndio superior ao valor dos bens – ou da relevância da matéria – que estão em debate, que são o seu fim; uma necessária proporção entre o fim e os meios deve orientar a economia do processo e, conseqüentemente, a atividade das partes, no âmbito do processo (conf. Eduardo Couture, *Fundamentos de Direito Processual Civil*, p. 188);

g) excepcionalmente, para os casos (aliás, ainda não identificados pelos processualistas) em que a *jurisprudência vier a entender que não cabe*, das decisões monocráticas de primeiro grau, o agravo em sua forma *retida*, aí, nada impede que o STJ conheça do *recurso especial* em agravo de instrumento (Código de Processo Civil, artigo 558);

h) o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao conferir ao termo *causa* (na vigência de Constituições revogadas) o sentido am-

plio de *questão*, resultou de jurisprudência, em princípio com profundas divergências – entre Ministros e Turmas – construída em décadas anteriores a 1970, quando a composição do Excelso Pretório era inteiramente outra e legislação processual (Código de 1939) – na parte pertinente aos recursos – tinha disciplina diferente; promulgada a Constituição de 1988, revogado o Código de Processo Civil de 1939 e tendo em vista as alterações previstas na Lei n.º 8.038/90, artigo 44, a egrégia Suprema Corte de Justiça ainda não enfrentou a controvérsia, analisando o texto constitucional sob o pálio de uma interpretação sistemática, com as regras do Código de Processo Civil em vigor,

i) embora nas *causas* em que forem parte Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município, julgadas, em primeiro grau de jurisdição, pelos juizes federais, o recurso seja o ordinário para o STJ, o sistema de recursos é o do CPC (artigos 36 e 37 da Lei n.º 8.038); pelo princípio da economia processual, a parte deve usar do agravo, na sua forma *retida*, para desafiar as decisões do juiz de primeiro grau (Lei n.º 8.038/90, artigo 36, II); o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o recurso ordinário (CF, artigo 105, II, c), decidirá, em conjunto, todas as questões fragmentárias inseridas nos agravos *retidos* e as demais motivadoras do litígio; desse decisório do STJ, proferido em última instância, é que poderá caber, nas hipóteses previstas na Constituição, recurso *extraordinário*; optando, a parte, pelo manejo do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias dos juizes federais de primeira instância, se apreciados pelo STJ, poderão surgir tantos recursos extraordinários quantos forem os agravos instrumentados; entretanto, se se deve ou não conhecer desses recursos, é tarefa privativa do colendo Supremo Tribunal Federal;

j) a expressão constitucional *causas decididas* não pode ter compreensão dilargante a ponto de abranger, para justificar o conhecimento do apelo especial, arestos decorrentes de agravos instrumentados contra decisões do juiz de primeiro grau.

O conhecimento do recurso especial, em agravo de instrumento, exige que este se origine de uma decisão (em primeiro grau de jurisdição), que extinga o processo, com ou sem julgamento de mérito.

Consulta e parecer

RENÉ ARIEL DOTTI

1. O Doutor Ricardo Sampaio, na qualidade de Presidente do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, formula *Consulta* e solicita *Parecer* a propósito de aspectos jurídicos relacionados com as requisições que recebeu em data de 9 do corrente mês, oriundas do Senhor Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho no Paraná.

2. As aludidas requisições, após as indicações das autoridades requisitante e requisitada e de seus endereços, têm, respectivamente, o seguinte conteúdo:

“Assunto: *Requisição (faz)*

Senhor Presidente,

Tendo em vista as atribuições constitucionais conferidas ao Ministério Público da União (arts. 127 e seguintes); considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 163204-6, com voto do Ministro Carlos Veloso, segundo a qual “a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição (CF, art. 37, XVI, XVII; art. 95, parágrafo único)” e com fundamento no inciso XXXIII do art. 5.^o da Constituição Federal e no inciso II do art. 8.^o da Lei Complementar n.^o 75/93, requisito de Vossa Excelência, no prazo de 10 (dez) dias, as seguintes informações:

1. Nome de servidores aposentados em cargos públicos que estejam exercendo cargo em comissão ou de provimento efetivo do quadro de pessoal desse egrégio TRT ou que estejam no exercício de cargo de juiz nesta Região da Justiça do Trabalho, com a especificação das res-

René Ariel Dotti é professor de Direito Penal.

pectivas funções.

2. Nome de juizes aposentados que se encontrem na mesma situação referida no item anterior.

3. Quais as providências que estão sendo tomadas pela Administração do TRT da 9.^a Região no sentido de fazer cessar a acumulação inconstitucional, acaso existente.

Observe que “nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido” (Lei Complementar n.º 75/93, art. 8.º, § 2.º) e alerta que “a falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa” (LC n.º 75/93, art. 8.º, § 3.º).

Cordialmente,

Cliceu Luis Bassetti

Procurador-Chefe da PRT do Paraná”.

Assunto: *Requisição (faz)*

Senhor Presidente,

Tendo em vista as atribuições constitucionais conferidas ao Ministério Público da União (arts. 127 e seguintes); considerando recentes manifestações do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de serem inaplicáveis aos magistrados os dispositivos da Lei n.º 8.112/91, que tratam de permuta, tendo em vista a ausência de previsão para tanto na lei própria dos juizes (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), em especial o OF. TST.GP.CIRC. N.º 248/93, endereçado pelo então presidente do TST, Ministro Orlando Teixeira da Costa, a todos os Tribunais Regionais do Trabalho; e com fundamento no inciso XXXIII do art. 5.º da Constituição Federal e no inciso II do art. 8.º da Lei Complementar n.º 75/93, requisito de Vossa Excelência, no prazo de 10 (dez) dias, as seguintes informações:

1. Se existe algum magistrado que tenha prestado concurso, sido nomeado e empossado na 9.^a Região da Justiça do Trabalho e que esteja vinculado a outro regional, por conta de “permuta”, e desde quando.

2. Se há algum magistrado exercendo atividades jurisdicionais na 9.^a Região da Justiça do Trabalho que tenha prestado concurso, sido nomeado e empossado em outra Região da Justiça do Trabalho, e desde quando.

3. Quais as providências que estão sendo tomadas pela Administração do TRT da 9.^a Região, caso positivas as respostas aos itens anteriores, no sentido de fazer cessar tal irregularidade.

“Observe que “nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido” (Lei Complementar n.º 75/93, art. 8.º, § 2.º) e alerta que “a falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa” (LC n.º 75/93, art. 8.º, § 3.º).

Cordialmente,

Cliceu Luis Bassetti

Procurador-Chefe da PRT do Paraná.”

3. *Indaga-me o ilustre Consulente quanto à validade da forma utilizada pelo autor das requisições e sobre a legalidade da advertência constante do final dos expedientes.*

Passo a responder.

4. Estabelece o art. 8.º, II, da Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, que “para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I – (...); II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta.”

O ato de requisição é vinculado às exigências da forma, do motivo e da competência, como se procurará demonstrar adiante.

5. O exercício regular do poder-dever da requisição tem a sua base fundamental no inciso VI do art. 129 da Constituição. Declara o texto que, entre as funções institucionais do Ministério Público, está a de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”.

É certo que a fonte normativa decorre da Lei

Complementar n.º 40, de 14 de dezembro de 1981, art. 15, I, e foi reafirmada, em caráter específico, pelo § 1.º do art. 8.º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico¹. Neste último texto se declara que o Ministério Público “poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”.

6. A importância da requisição e do inquérito civil como instrumentos necessários à preservação dos bens e interesses perseguidos pela ação civil pública é incontestável. A propósito da missão do Ministério Público na defesa dos interesses difusos, e, especialmente, quanto aos novos mecanismos de ação, já tive oportunidade de salientar: “A Lei Orgânica do Ministério Público alargou o âmbito das atribuições funcionais dos membros da Instituição que, sob o comando das regras do Código de Processo Penal, eram muito limitadas. Assim, além da promoção de diligências e requisição de documentos, certidões e informações junto a qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, tanto da administração direta como indireta: além de poder dirigir-se diretamente a qualquer autoridade; de expedir notificações; de acompanhar atos de investigação junto a organismos policiais ou administrativos; de assumir a direção de inquérito policial, etc., (arts. 15 e outros), poderá o Ministério Público agora instaurar, sob a sua presidência, inquérito civil para o fim de reunir documentos, testemunhos e declarações e outros elementos de prova, inclusive periciais. A revolucionária medida estabelece um procedimento investigatório a exemplo de outros já consagrados em nossa experiência (inquérito policial, inquérito administrativo, inquérito parlamentar, etc.) e resgata a melhor imagem do Ministério Público,

¹ O poder-dever de requisição de caráter geral em matéria criminal já consta do Código de Processo Penal: “Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: - I (...); II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público”. “Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los”.

oferecendo-lhe maior possibilidade de ação e evitando o constrangimento de se conservar – tal qual ocorre com a apuração criminal rotineira – como estação repetidora de prova que já lhe vem defeituosa pelos vícios da má colheita e amarelecida no tempo pela força dos entraves burocráticos quando não o seja pelas pressões ilegítimas. O inquérito civil constitui-se na bússola a guiar o órgão do Ministério Público em direção ao rumo norte da verdade material. Sob outro aspecto, é um instrumento ágil e eficiente a salvo de fórmulas barrocas e de expedientes protelatórios que não mais se podem admitir num processo moderno. O inquérito civil deve ser considerado também como um dos meios de prevenção de futuros danos ecológicos, além de se constituir em procedimento adequado para instruir a própria ação penal, dispensando o inquérito policial assim como o permite o § 5.º do artigo 39 do Código de Processo Penal.”²

7. Na espécie da consulta, estão em destaque dois aspectos essenciais inerentes às relações administrativas e funcionais entre o Ministério Público e o Poder Judiciário. O primeiro deles diz respeito à *forma* utilizada pelo Procurador para obter as informações; o segundo, ao *alerta* de que “a falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa”. Tal advertência é ditada pelo § 3.º do art. 8.º da Lei Complementar n.º 75/93, que foi transcrito nos expedientes.

8. A *requisição*, para adquirir validade (e eficácia), deve reunir os três elementos de constituição do ato jurídico em geral: a) agente capaz; b) objeto lícito; c) forma prescrita ou não-defesa em lei (Cód. Civil, art. 82).

Diante de tal premissa, formula-se a pergunta: na situação concreta, a requisição seria a *forma adequada* para atender ao objetivo visado?

E quanto ao *conteúdo* do ato, ou seja, a advertência de responsabilizar o destinatário da requisição pela tardança ou omissão, indaga-se: a ameaça de responsabilização (administrativa, penal, civil, etc.) é juridicamente possível?

Finalmente, teria a autoridade requisitante a *competência* para dirigir a ordem?

O assunto comporta considerações pre-

² “A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos”, trabalho publicado na coletânea *Ação Civil Pública (Tutela dos interesses difusos)*, através da *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 1986, n.º 19, pp. 85/86.

liminares.

9. A clássica doutrina de Direito Administrativo salienta que a *requisição* é um instituto que, embora redutível a uma unidade conceitual, desenvolve-se em duas direções distintas, estabelecendo relações disciplinadas pelo direito positivo. Tais relações diferem quanto ao objeto e ao conteúdo, dividindo-se, pois, em *requisições de coisas e requisições de serviços*. Ensina Guido Lanzi que, "malgrado tale suo diverso atteggiarsi, la *requisizione* é tuttavia un unico istituto, il quale s'inquadra nel complesso delle norme di diritto pubblico, che hanno la finalità d'imporre ai soggetti passivi della Pubblica amministrazione una *contribuzione coattiva*, con il proprio patrimonio o con la propria attività personale, per il conseguimento di fini d'interesse generale"³.

10. Em seu sentido genuíno a *requisição* caracteriza-se pela utilização de bens ou serviços *particulares* e assim vem conceituada pelos nossos mais eminentes doutores de Direito Administrativo⁴. Trata-se de uma das possibilidades de restrição à propriedade privada. A sua utilização, no entanto, passou a integrar os usos e os costumes nas relações entre os próprios agentes da Administração Pública. Mas, sem perder, entre outras, duas peculiaridades essenciais: a *coatividade* e a *urgência*. A propósito, entre muitos, Hely Lopes Meirelles⁵ e Brandão Cavalcanti⁶.

11. Independentemente da condição dos agentes (ativo e passivo), da *forma* (a configuração externa da manifestação de vontade) e de seu *objeto* (coisa ou serviço), a *requisição* é, por natureza, *coercitiva*. Trata-se de uma *contribuzione coattiva*, como sinteticamente revela uma de suas faces.

Aliás, a *origem bélica* do instituto é mencionada por todos os autores quando aludem ao

³ "Requisizioni", verbete em *Novissimo Digesto Italiano*, ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1957, v. XV, p. 487. (Grifos do original).

⁴ BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles, *Curso de Direito Administrativo*, Livraria Freitas Bastos S/A, 5.ª ed., p. 516; J. CRETELLA JUNIOR, *Comentários à Constituição de 1988*, ed. Forense Universitária, RJ, 1990, v. I, p. 381; MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1985, p. 527 e GASPARI, Diogenes, *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, SP, 1992, p. 438.

⁵ Ob. e loc. cit.

⁶ Ob. e loc. cit.

nascimento e à evolução do mesmo. Informa Brandão Cavalcanti, louvando-se em Pimenta Bueno⁷, que entre nós, "a tradição é de que somente em tempo de guerra ou de grave emergência justifica-se a *requisição*"⁸.

12. Também analisando a etimologia da expressão e o seu curso histórico, o nosso De Plácido e Silva nos diz:

"*REQUISIÇÃO*. Do latim *requisitio*, de *requirere* (requerer, pedir), originariamente exprime o mesmo sentido de *requerimento*, *pedido* ou *solicitação*.

Mas, na linguagem jurídica, *requisitar* significa *pedir com autoridade* ou *exigir*.

E a *requisição*, neste sentido, é a *exigência legal* ou a *ordem emanada da autoridade* para que se cumpra, para que se faça ou para que se preste o que é exigido, ordenado ou pedido."⁹

13. Em situação que guarda identidade com o caso presente, Geraldo Ataliba emitiu Parecer no qual analisa o alcance das normas previstas no art. 8.º, *caput*, e seu § 1.º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Tais dispositivos têm a seguinte redação:

"Art. 8.º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.

§ 1.º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis".

E, interpretando-as, o prestigiado mestre de Direito Público sustenta:

"Ora, as *requisições* de que cuida o § 1.º do art. 8.º da Lei n.º 7.347/85 ficam em posição intermediária: têm natureza administrativa, mas eficácia igual à das *requisições* judiciais. Seu controle de legalidade (dos atos que as veiculam) é o de qualquer ato administrativo, isto é, realiza-se pelo Judiciário.

⁷ *Direito Público Brasileiro*, p. 430.

⁸ Ob. cit., p. 517.

⁹ *Vocabulário Jurídico*, ed. Forense, RJ, 1990, vols. 3/4, pp. 108/109, (grifos do original).

Ora, da simples circunstância de ser controlável pelo Judiciário – e disso não há como escapar, à vista do princípio da universalidade da jurisdição (art. 5.º, XXV¹⁰) – já se vê a impossibilidade de a ele, Judiciário, voltar-se uma requisição (por qualquer dos outros órgãos estatais) concernente a suas funções jurisdicionais.

Aliás, se os próprios órgãos da soberania nacional – postos constitucionalmente no vértice das instituições e investidos diretamente pelo titular da soberania, o povo – não podem dirigir injunções ou requisições ao Judiciário, com maior razão não poderá fazê-lo outro órgão ou agente, por mais qualificado que seja.”¹¹

14. Em outra passagem de seu Parecer – assinado em 3 de fevereiro de 1992 – Geraldo Ataliba destaca:

“Se Legislativo e Executivo são órgãos da soberania nacional, traduzida na Constituição, e assim mesmo não podem praticar ato de aplicação normativa relativamente ao Judiciário, não podem formular-lhe, por isso mesmo, requisição, com maior razão não pode fazê-lo o MP, órgão constitucional autônomo, mas não designado diretamente pelo povo, nem detentor da qualidade de órgão de soberania, Poder do Estado.”¹²

15. E, entre as conclusões finais, o eminente jurista afirma:

“a) o preceito do § 1.º do art. 8.º da Lei n.º 7.347/85 não se aplica ao Judiciário;
b) logo, a sua sanção (art. 10) tam-

bém não;

c) onde não há o dever jurídico específico, não há transgressão e conseqüentemente não há sanção;

d) é impossível, juridicamente impossível, órgão ou agente do Judiciário cometer o crime previsto no art. 10 da Lei n.º 7.347/85.”¹³

16. No caso em exame, a forma utilizada para a obtenção das informações atenta contra a letra e o espírito da Constituição no que concerne à independência e à autonomia do Poder Judiciário (art. 2.º).

A nova Carta Política brasileira destaca o Ministério Público no quadro da organização dos poderes do Estado, ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, e não mais *incluído* no primeiro, assim como estabeleciam as Constituições anteriores (1934, 1946 e 1969). Desapareceu, portanto, aquela *relação de subordinação* que atrofiava as possibilidades de ação institucional. Com muita propriedade, Pontes de Miranda, à luz do texto constitucional de 1969, afirma que o Ministério Público “é um dos ramos heterotópicos do Poder Executivo (...)”¹⁴.

A propósito das considerações acima e antes mesmo do advento da Carta de 1988, Hely Lopes Meirelles incluiu os membros do Ministério Público em posição de equivalência aos demais *agentes políticos*, como os chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Casas legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos “e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário”¹⁵. E lembra que, “em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com

¹⁰ Há erro de impressão. O texto quer se referir ao inciso XXXV, do art. 5.º, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹¹ “PODER JUDICIÁRIO – MINISTÉRIO PÚBLICO – REQUISIÇÃO DE DADOS. Não se aplica ao Poder Judiciário o dever de atendimento a requisição de dados, pelo Ministério Público, na forma do art. 8.º, § 1.º, da Lei n.º 7.347/85”, Parecer publicado em *Revista de Direito Administrativo*, n.º 187, jan./mar., 1992, Livraria e Editora Renovar Ltda., p. 338. O referido trabalho foi também divulgado pela *Revista Trimestral de Direito Público*, 2/124, com o título “Requisição do Ministério Público a Juiz – Relações entre órgãos constitucionais autônomos”. (Os grifos estão neste original.)

¹² Ob. cit., p. 340.

¹³ Ob. cit., p. 342.

¹⁴ *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1, de 1969*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1970, tomo III, p. 407.

¹⁵ Ob. cit., p. 51.

culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder¹⁶.

17. Perante os juízes e tribunais o pretendente à satisfação de um interesse – como a obtenção de informações – *pede, requer*. A petição ou o requerimento é submetido ao controle de legalidade e pode ser indeferida se desatender qualquer exigência legal (legitimidade, possibilidade jurídica, etc.). Tal controle tem como parâmetros o disposto nos incisos XXXIII e XXXIV do art. 5.º da Constituição. Se houver o retardamento ou a omissão, a parte dispõe do recurso administrativo e do mandado de segurança.

18. O uso indevido do poder-dever de requisição, quer quanto à forma quer quanto ao conteúdo, caracteriza uma das modalidades do fenómeno geral do *abuso de direito*. A Lei Complementar n.º 75/93 estabelece uma das hipóteses de *desvio de poder, como se verifica pelo § 1.º do art. 8.º*, declarando que o membro do Ministério Público “será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar (...)”.

A propósito do tema, vale invocar o Código Civil português, que fornece a noção do abuso de direito através de um preceito incluído entre as disposições gerais que regulam o exercício e a tutela dos direitos.

Diz o art. 334.º que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Conforme a lição de Fernando Augusto Cunha de Sá, “o abuso de direito traduz-se, pois, num acto ilegítimo, consistindo a sua ilegitimidade precisamente num excesso de exercício de um certo e determinado direito subjectivo: hão-de ultrapassar-se os limites que ao mesmo direito são impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo próprio fim social ou económico do direito exercido¹⁷”.

19. O Código Civil brasileiro não tem uma regra específica sobre o abuso de direito. Porém, a exegese do art. 160 permite a conclusão de que o princípio foi implicitamente reconhecido. Reza o mencionado dispositivo: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo

iminente (arts. 1519 e 1520)”.

20. O Anteprojeto de Lei Geral de aplicação das normas jurídicas (1964), de autoria de Haroldo Valladão, previa a “condenação do abuso de direito”, nos termos seguintes: “não será protegido o direito que for ou deixar de ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social” (art. 11).

21. O Anteprojeto (revisto) do Código Civil brasileiro (1973) trata de modo implícito o *abuso de direito como uma espécie do gênero ato ilícito*. Declara o art. 186: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

22. Tais considerações revelam que é ilícito, *data venia*, o procedimento da requisição adotado na espécie, posto colocar em posição hierarquicamente inferior o Poder Judiciário perante o Ministério Público, hipótese que atenta contra a independência e a autonomia dos poderes e subverte o princípio-garantia do controle de legalidade dos atos administrativos, exercido pelo Judiciário. Outro raciocínio implicaria em admitir que o Procurador-Geral da República pode “requisitar”, compulsivamente, do Presidente do Supremo Tribunal Federal informações de cunho administrativo para instruir procedimento sob sua responsabilidade. O paradoxo seria irremediável, já que ao Judiciário compete o exame da legalidade do próprio ato requisitório, cuja ameaça de responsabilidade (pelo retardamento ou falta) perde eficácia se for declarada a ilegalidade.

23. A Constituição estabelece que o poder-dever de requisição é sempre vinculado ao *motivo* e à *competência*. O inciso VI do art. 129 declara ser função institucional do Ministério Público, entre outras, requisitar informações e documentos para instruir *procedimentos administrativos de sua competência*. No mesmo sentido é o texto do art. 8.º da Lei Complementar n.º 75/93, invocado, aliás, como suporte jurídico da requisição: “Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência...”.

Interpretando disposições da Lei n.º 7.347/85, Hugo Nigro Mazzilli, um dos mais qualificados membros do Ministério Público e autor de notável prestígio, escreveu: “Desde que esteja o órgão do Ministério Público atuando dentro de sua área de atribuições, terá ele o poder de requisição, pouco importa seja federal, estadu-

¹⁶ Ob. e loc. cit.

¹⁷ *Abuso de direito*, ed. Ministério das Finanças, Lisboa, 1973, p. 103.

al ou municipal a autoridade, a repartição pública ou o órgão público destinatário da Constituição (Lei Complementar federal n.º 40/81, art. 15, I e IV); poderá dirigir-se a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou particular (Lei n.º 7.853/89, art. 6.º; Lei n.º 8.069/90, art. 201, VI, b e c)¹⁸. Não obstante ter sido feito antes da Carta Política de 1988 e da Lei Complementar n.º 75/93, o aludido comentário guarda a maior atualidade porquanto analisa a requisição como um ato administrativo vinculado ao motivo e à competência.

Os expedientes de requisição transcritos no início deste parecer não indicam a existência de qualquer procedimento afeto ao ilustre autor da requisição. Abstraida a hipótese de pretender as informações para documentar uma eventual ação popular – para a qual estaria a legitimidade como cidadão¹⁹ –, qual seria o “procedimento administrativo” de competência do ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho no Paraná, capaz de “justificar” o uso da requisição?

Obviamente não seria uma investigação criminal, posto que o consultante, na qualidade de membro do Tribunal Regional do Trabalho, tem a prerrogativa de somente ser processado e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, a), Corte onde o requisitante não atua.

Seria um “procedimento administrativo” no interesse da categoria profissional a que pertence o requisitante? Também esta hipótese deve ser eliminada, pois a atribuição para representar o Ministério Público Federal é do Procurador Geral da República, como chefe da instituição (LC n.º 75/93, art. 26, I).

Seria um “procedimento administrativo” com a finalidade censória de funcionários e magistrados do Tribunal ou da 9.ª Região da Justiça do Trabalho? Igualmente esta cogitação perde substância pela manifesta falta de competência para qualquer tipo de investigação disciplinar relativamente a pessoas que es-

tão submetidas ao controle de outros órgãos.

Conclui-se, portanto, diante do conteúdo das requisições, que inexistente um procedimento administrativo, sob a competência do ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho do Paraná, capaz de autorizar, legalmente, o uso da requisição.

24. No episódio em exame, a requisição reveste-se de uma forma defesa em lei (Cód. Civil, art. 82) para o exercício de um eventual direito à informação. Caracteriza-se, dentro das circunstâncias de um confronto institucional, como um instrumento de força a lembrar a origem bélica do instituto da *requisizione*. E, longe de compor um interesse público, o expediente utilizado estimula o litígio entre autoridades respeitáveis e expressões do Estado que devem conviver “independentes, sem conflito, sem rivalidades, sem lutas – tal como é o ideal (ou o sonho) da concepção apriorística da separação perfeita dos poderes”²⁰.

25. O alerta de que o consultante poderá ser responsável pela falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições é de todo improcedente. A norma do art. 8.º, § 3.º, da Lei Complementar n.º 75/93, prevendo a responsabilidade em geral (administrativa, criminal e cível) do omissor ou retardatário, pressupõe a validade (e a eficácia) do ato jurídico da requisição, o que não ocorre, em meu entender.

Por outro lado, a ameaça penal, por exemplo, somente pode ser irrogada quando o retardamento ou a omissão ofenderem um interesse de ordem *geral*, relativo à sociedade inteira, e não de caráter *especial*, isto é, limitado a uma categoria profissional. Naquela hipótese, o Ministério Público atua como defensor da comunidade de indivíduos, razão pela qual se justifica que, em nome da coletividade, se imponha a mais severa das sanções jurídicas: a pena criminal.

26. Em consequência do exposto, respondo à consulta, afirmando que:

26.1. No caso da consulta, a requisição é um ato jurídico *inválido* porque se reveste de forma defesa em lei.

26.2. A requisição não pode ser utilizada contra um agente político que desfruta de independência e autonomia em relação ao órgão requisitante.

26.3. Perante os órgãos do Poder Judiciário

²⁰ PONTES DE MIRANDA, ob. cit., tomo I, p. 558.

¹⁸ *A defesa dos interesses difusos em juízo*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1991, p. 167, (grifos do original).

¹⁹ Tal hipótese é descartada por duas razões. Primeiro, porque as hipóteses de requisição previstas pelo art. 8.º da LC n.º 75/93 são previstas para o exercício das atribuições do Ministério Público e não do cidadão, isoladamente considerado. Segundo, porque a Lei n.º 4.717/65 resolve a dificuldade da obtenção de informações com a requisição determinada pelo juiz às entidades sonegadas.

nenhuma autoridade de outro órgão ou poder do Estado tem legitimidade e competência para requisitar informações ou documentos.

26.4. Tratando-se de ato viciado em sua forma, a ameaça de responsabilização pela demora ou falta das informações é inócua pela ausência do dever jurídico de agir por parte do destinatário da requisição.

É o Parecer, s.m.j.

27. Mas, para muito além do conteúdo deste Parecer, vai a esperança em ver resolvido o conflito funcional.

O tema da convivência necessária e harmô-

nica entre poderes e órgãos do Estado, independentes entre si, tem suscitado os mais extensos e profundos comentários dos mais notáveis escritores. João Barbalho, por exemplo, aludia ao sistema de *freios e contrapesos* para a satisfação dos altos objetivos visados pela Administração Pública.

E o imortal Pontes de Miranda proclamou: "Em vez, pois, de poderes rivais e vivendo em conflito, a Constituição os estatui *harmônicos*, devendo cada um respeitar a esfera das atribuições dos outros e exercer as próprias, de modo que nunca de embaraços, mas de facilidade e coadjuvação sirvam às dos demais, colaborando todos, assim, a bem da comunhão"²¹.

²¹ Ob. cit., tomo I, p. 559, (grifo do original).

A exoneração tributária dos aposentados e pensionistas

OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A exoneração tributária das pessoas idosas. 3. Conclusão.

1. Introdução

Um bom número de aposentados e pensionistas com mais de sessenta e cinco anos têm advogado a tese de que o preceito constitucional do art. 153, § 2.º, II, teria agasalhado uma imunidade tributária de aplicação imediata. Admitem, contudo, que somente lei complementar teria o condão de conter a eficácia da supracitada norma da Lei Maior, pelo fato da Carta Magna, no inciso II, do art. 146, exigir lei complementar para regular as limitações constitucionais do poder de tributar. Como a cogitada lei qualificada inexistente, consideram-se com o direito ao benefício constitucional integral, excluído o limite fixado em lei ordinária, até o surgimento da lei complementar.

Vejamos um outro critério jurídico sobre a questão.

2. A exoneração tributária das pessoas idosas

O art. 153, § 2.º, inciso II, da Constituição Federal dispõe que o imposto de renda e proventos de qualquer natureza “não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho”.

Impende esclarecer que a exoneração do imposto de renda na fonte e na declaração só

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho é Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional e Coordenador da Representação Judicial da Fazenda Nacional – Advogado em Brasília.

atinge os proventos de aposentadoria e pensão, de modo que, existindo demais rendimentos do trabalho, alcançando estes o limite mínimo, o imposto de renda incidirá, indubitavelmente, apenas sobre estes.

Embora a norma constitucional, em comento, exija que a renda total do aposentado e pensionista seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho, para o gozo do benefício, sob a justificativa de indevida omissão da legislação infraconstitucional, a Receita Federal, na prática, não tem exigido que a pessoa com mais de sessenta e cinco anos comprove não possuir qualquer rendimento de capital, como o proveniente de uma locação de imóvel, para a fruição da exoneração.

Colime-se que o retromencionado preceptivo da Carta Magna de 1988 não estabelece diretamente uma imunidade tributária com os seus termos e limites constitucionalmente definidos (como ocorre, por exemplo, com o preceito do art. 153, § 3.º, III, da CF, hipótese em que lei complementar, prevista no art. 146, II, da CF, pode, apenas, declarar o sentido da imunidade), mas, apenas, prevê a possibilidade dessa exoneração se dar nos termos e nos limites fixados em lei ordinária federal.

Iniludivelmente, o preceito programático do art. 153, § 2.º, inciso II, da Lei Suprema não tem aplicabilidade imediata, posto que o direito a exoneração do pagamento do imposto de renda sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos a pessoas idosas, haverá de ser exercido "nos termos e limites fixados em lei".

Se o escopo do constituinte fosse o de excluir da tributação a totalidade desses rendimentos, seria outra a redação do texto constitucional, como "não incidirá o imposto de renda sobre os rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão" pois, como se sabe, é regra hermenêutica que a lei não contém palavras inúteis.

Trata-se, pois, de regra constitucional não auto-executável e condicionada, isto porque ela não pode ser aplicada enquanto não for editada lei, prevista pelo constituinte, que precise os seus elementos e limites.

Observe-se que o constituinte indica, expressamente, as hipóteses em que entende necessária a disciplina de determinada matéria por lei complementar, o que não sucede no caso em tela, quando deixa a critério de lei ordinária a fixação dos termos e dos tetos sobre os quais

não incidirá o imposto de renda sobre proventos da aposentadoria e pensão.

É bem verdade que a norma do art. 150, VI, e, do Estatuto Político determina serem imunes à incidência de impostos as instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, "atendidos os requisitos da lei", sendo que, neste caso, a lei cogitada é, claramente, a complementar nacional, uma vez que vincula todos os entes políticos tributantes, diferentemente do que sucede com o dispositivo constitucional do art. 153, § 2.º, II, o qual se liga apenas à União.

A Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988, disciplinou a matéria em seu art. 6.º, inciso XV, tendo fixado um limite para a fruição do benefício que não abrangia a totalidade dos proventos de aposentadoria.

A partir de 1.º de janeiro de 1992, data da vigência da Lei n.º 8.383/91, esse limite mensal passou a mil Ufir, correspondente à parcela dos rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, transferência para reserva remunerada ou reforma pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou qualquer pessoa jurídica de direito público interno, a partir do mês em que o contribuinte completar sessenta e cinco anos de idade. Na declaração, o limite correspondente à soma dos valores mensais.

Atualmente, vigora o limite mensal de R\$ 676,70 para os rendimentos recebidos a partir de 1.º de janeiro de 1995 (art. 9.º, inciso V, da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995).

Como arremate, insta noticiar que, nos autos do Mandado de Injunção n.º 3858/400-RJ, onde os impetrantes reclamavam a falta de lei complementar que garantisse o gozo da exoneração prevista no art. 153, § 2.º, inciso II, da Superlei, o Ministro Moreira Alves exarou V. Despacho nos seguintes termos:

**"MANDADO DE INJUNÇÃO N.º
00003858/400**

Origem: RIO DE JANEIRO

Relator: MINISTRO MOREIRA ALVES

Impetrantes: Augusto Villas Boas e outro
(Adv.: Bento Gonçalves Ferreira Gomes).

Impetrados: Presidente da República e Mesa do Congresso Nacional.

Despacho: 1. O inciso II, § 2.º, do artigo 153 da Constituição Federal deferiu à legislação ordinária o estabelecimento dos

termos e dos limites em que não incidirá sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho.

Sucedeu que a Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988, em seu artigo 6.º, XV, regulamentou os termos e os limites desse benefício, com a alteração introduzida pela letra *b* do § 3.º do artigo 12 da Lei n.º 8.383.

Ora, se a hipótese prevista no citado dispositivo constitucional está abarcada por essas disposições legais, inexistente omissão regulamentadora a inviabilizar o exercício do direito conferido pela Constituição, não cabendo o mandado de injunção para se atacar essa regulamentação por eventuais excessos (extensão do benefício a outros que não os estritamente referidos no texto constitucional) em que tenha incidido, a juízo dos impetrantes. Tem, pois, razão, o parecer da Procuradoria-Geral da República, ao acentuar, depois de transcrever os defeitos que os impetrantes arrolaram sobre as referidas disposições legais.

“Ademais, se procedentes fossem as críticas feitas às Leis federais sob exame, na linha de raciocínio adotada pela impetração, haver-se-ia, antes de encontrar qualquer FALTA de norma regulamenta-

dora do texto constitucional, de lhe censurar OS EXCESSOS apontados na argumentação dos impetrantes.

Em tal caso, entretanto, resultaria absolutamente imprópria a via processual eleita, porque a tanto não está autorizada, pelo artigo 5.º, LXXI, da Constituição Federal.”

2. Em face do exposto, e acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, nego seguimento ao presente mandado de injunção (artigo 38 da Lei n.º 8.038/90).

Brasília, 24 de abril de 1992.

Ministro MOREIRA ALVES

Relator”

(Publ. in *DJ* de 4.5.92, s. I, p. 5833)

3. Conclusão

Isto posto, forçoso é concluir:

a) a exoneração tributária aventada pelo art. 153, § 2.º, II, da Carta Magna, além de ambígua, mostra-se tênue, ao permitir o texto constitucional que lei ordinária fixe os termos e estabeleça os limites desse benefício;

b) assim, tal preceptivo constitucional mostra-se como uma norma não auto-executável e condicionada;

c) diante da inexistência da vislumbrada lei complementar, caso não fosse válida a legislação ordinária federal vigente e aplicável à espécie, mesmo com toda a sua reconhecida deficiência, os aposentados e pensionistas não poderiam reivindicar o benefício.

Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei

GILMAR FERREIRA MENDES

SUMÁRIO

1. Considerações preliminares: A Constituição imperial. 2. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1891. 3. A Constituição de 1934 e o controle de constitucionalidade. 4. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937. 5. A Constituição de 1946 e o sistema de controle de constitucionalidade. 6. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1967/1969. 7. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988. 8. A Emenda Constitucional n.º 3, de 1993: A ação declaratória de constitucionalidade. 9. Conclusão.

1. Considerações preliminares: a Constituição imperial

A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n.º 8.º e 9.º).

Nessa linha de raciocínio, o insigne Pimenta Bueno lecionava, com segurança, que o conteúdo da lei somente poderia ser definido pelo órgão legiferante:

“Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse.

Gilmar Ferreira Mendes é Procurador da República. Professor da UnB. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade de Münster (RFA)

Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o juriconsultor formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório.

Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir por um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição obrigatória, ou por via de autoridade, é não só fazer a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ela”¹.

Era a consagração de dogma da soberania do Parlamento.

Por outro lado, a instituição do Poder Moderador assegurava ao Chefe de Estado o elevado mister de velar para “a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes” (art. 98). “É a faculdade (...) – dizia Pimenta Bueno – de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente como outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão (...)”².

Não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade³.

¹ PIMENTA BUENO, José Antonio, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, Brasília, Senado Federal, 1978, p. 69.

² PIMENTA BUENO, op. cit., p. 203.

³ Cf., a propósito, LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, pp. 27-8; BARBI, Celso Agrícola, *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*, RDP, I (4):36; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Teoria das Constituições rígidas*, 2.ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1980, p. 155.

2. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1891

O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do Direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1.º, *a e b*).

O Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, estabeleceu, no seu art. 3.º, que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. “Esse dispositivo (...) – afirma Agrícola Barbi – consagra o sistema de controle por via de exceção, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação de parte”⁴. Estabelecia-se assim, o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. E tal qual prescrito na Constituição Provisória, o art. 9.º, parágrafo único, *a e b*, do Decreto n.º 848, de 1890, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais.

A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1.º, *a e b*).

Não obstante a clareza dos preceitos, impediu alguma perplexidade diante da inovação. E o gênio de Rui destacou, com peculiar proficiência, a amplitude do instituto adotado pelo regime republicano, como se vê na seguinte passagem de seu magnífico trabalho elaborado em 1893:

“O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2.º, cujo teor reza assim: ‘O Poder Judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos’.

⁴ BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. 37; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., p. 156.

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que

‘Compete aos juizes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal (art. 60, a)’;

como, ainda, que ‘Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1.º, a)’.

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o principio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito⁵.

A Lei de n.º 221, de 20 de novembro de 1894, veio a explicitar, ainda mais, o sistema judicial de controle de constitucionalidade, consagrando no art. 13, § 10, a seguinte cláusula:

“Os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as

⁵ RUI BARBOSA, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1962, pp. 54-5.

leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”

Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade. A reforma constitucional de 1926 procedeu a algumas alterações, sem modificar, no entanto, a substância.

Consolidava-se, assim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro. Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto*. “Os tribunais – dizia Rui – não intervem na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração (...)”⁶. E, sintetizava, ressaltando que a *judicial review* “é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”⁷.

3. A Constituição de 1934 e o controle de constitucionalidade

A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações no nosso sistema de controle de constitucionalidade. A par de manter, no art. 76, III, *b e c*, as disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais. Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179)⁸.

⁶ RUI BARBOSA, op. cit., p. 83.

⁷ RUI BARBOSA, op. cit., p. 83.

⁸ MANGABEIRA, João, *Em torno da Constituição*, São Paulo, Ed. Nacional, 1934, pp. 115-7; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., pp. 159-65. Cumpre notar que o anteprojeto continha, no art. 57, a seguinte regra: “Não se poderá arguir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos. O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de seus ministros. Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou ato do Presidente da República. Sempre que qualquer Tribunal não aplicar uma lei federal ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá *ex officio*, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal. Julgado inconstitucional qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do liti-

Por outro lado, a Constituição consagrava a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV, e 96)⁹.

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”, tal como a denominou Bandeira de Mello¹⁰, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7, I, *a a h*, da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3.º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2.º). Assinale-se, por oportuno, que, na Assembléia Constituinte, o Deputado Pereira Lyra apresentou emenda destinada a substituir, no art. 12, § 2.º, a expressão “tomar conhecimento da lei que a decretar e lhe declarar a constitucionalidade” por “tomar conhecimento da lei local argüida de infringente desta Constituição e lhe declarar a inconstitucionalidade”¹¹.

Esse controle judicial configurava, segundo Pedro Calmon, um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual¹². Advirta-se, po-

gante vitorioso, o remédio judiciário instituído para a garantia de todo direito certo e incontestável”. Tal disposição acabaria por consolidar, entre nós, um modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Não prevaleceu, todavia, essa orientação, predominando o entendimento que assegura o poder de *inaplicar* a lei tanto ao juiz singular quanto aos tribunais. Anote-se, ademais, que a cláusula inicial importava na *constitucionalização* dos preceitos aplicados há mais de cinco anos.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., p. 170; ARAÚJO CASTRO, *A nova Constituição brasileira*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1935, pp. 246-7.

¹⁰ Op. cit., p. 170.

¹¹ ARAÚJO CASTRO, op. cit., pp. 107-8.

¹² CALMON, Pedro, *Intervenção federal*, o art. 12 da Constituição de 1934, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1936, p. 109.

rém, que não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de exame puramente jurídico¹³.

Não obstante a breve vigência do Texto Magno, ceifado pelas vicissitudes políticas que marcaram aquele momento histórico, não se pode olvidar o transcendental significado desse sistema para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no Direito brasileiro¹⁴.

Não se deve omitir, ainda, que a Constituição de 1934 continha expressa ressalva à judicialização das questões políticas, dispondo o art. 68 que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”.

Manifesta-se digna de menção a competência atribuída ao Senado Federal para “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais” (art. 91, II). Em escólio ao art. 91, II, da Constituição de 1934, Pontes de Miranda destacava que “tal atribuição outorgava ao Senado Federal um pouco função de Alta Corte Constitucional (...)”¹⁵. A disposição não foi incorporada, todavia, pelas Constituições que sucederam ao Texto Magno de 1934.

Finalmente, afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente ao *Referat* de Kelsen sobre a essência e o desen-

¹³ MIRANDA, Pontes de, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1938, v. 1, p. 364.

¹⁴ POLETTI, Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 93. Afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentada proposta de instituição de um Tribunal especial, dotado de competência para apreciar questões constitucionais suscitadas no curso dos processos ordinários, bem como para julgar pedido de argüição de inconstitucionalidade formulado por “qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto (...)”. O projeto de autoria do Deputado Nilo Alvarenga criava uma Corte Constitucional, inspirada na proposta de Kelsen, e confiava a sua provocação a qualquer sujeito de direito (cf. Ana Valdeaz Ayres Neves de Alencar, A Competência do Senado Federal para Suspender a Execução dos Atos Declarados Inconstitucionais, *Revista de Informação Legislativa*, 15(57):237-45).

¹⁵ MIRANDA, Pontes de, op. cit., p. 770.

volvimento da jurisdição constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*)¹⁶.

4. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937

A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, *b e c*), preservando-se, inclusive, a exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Instituiu-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso Bastos, a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição¹⁷.

É bem verdade que o novo instituto não colheu manifestações unânimes de repulsa. Cândido Mota Filho, por exemplo, saudava a inovação, ressaltando que:

“A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despedido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua *Teoria de la política*, mostra com surpreendente clareza, como a tendência para controlar a constituio-

nalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei *sui generis*, de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais”¹⁸.

No mesmo sentido, pronunciaram-se Francisco Campos¹⁹, Alfredo Buzaid²⁰ e Genésio de Almeida Moura²¹.

Impende assinalar que, do ponto de vista doutrinário, a inovação parecia despida de significado, uma vez que, como assinalou Castro Nunes, “podendo ser emendada a Constituição pelo voto da maioria nas duas Casas do Parlamento (art. 174), estaria ao alcance deste elidir, por emenda constitucional, votada como qualquer lei ordinária, a controvérsia sobre a lei que se houvesse por indispensável”²². Mas, em verdade, buscava-se, a um só tempo, “validar a lei e cassar os julgados”²³.

Todavia, quando em 1939 o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei n.º 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a reação nos meios judiciários foi intensa²⁴. Considerou Lúcio Bittencourt que as críticas ao ato presidencial não tinham procedência, porque, no seu entendimento, o Presidente nada mais fizera do que “cumprir, como era de seu dever, o prescrito no art. 96 da Carta Constitucional”²⁵. Concede, porém, o insigne publicista que a celeuma suscitada nas oportunidades em que atos judiciais foram desautorizados, entre nós, “está a demonstrar como se encontra arraigado em nosso pensamento jurídico o princípio que confere à declaração judicial caráter incontestável, em relação ao caso concreto”²⁶.

¹⁸ MOTTA FILHO, Cândido, A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil, *RF*, 86:277.

¹⁹ Op. cit., pp. 246 e s.

²⁰ *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 32.

²¹ Inconstitucionalidade das leis, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 37:161.

²² CASTRO NUNES, José de, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 593, nota 25.

²³ NUNES, op. cit., p. 593, nota 25.

²⁴ BITTENCOURT, op. cit., pp. 139-40.

²⁵ BITTENCOURT, op. cit., p. 139.

²⁶ BITTENCOURT, op. cit., pp. 139-40.

¹⁶ Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20.12.1933, in: *Annaes da Assembléa Constituinte*, Rio de Janeiro, 1935, pp. 33-35.

¹⁷ BASTOS, Celso, *Curso de direito constitucional*, 5.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, p. 63; cf., Francisco Luiz da Silva Campos, Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro, *RF*, 73:246-9.

Por outro lado, cumpre notar que a Carta de 1937 vedou, expressamente, ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94), e o mandato de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o Código de Processo Civil, de 1939, excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).

5. A Constituição de 1946 e o sistema de controle de constitucionalidade

O Texto Magno de 1946 restaura a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, *a, b e c*), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: "a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato". Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para *suspender a execução* da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64).

§ 1.º A representação interventiva

A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8.º, parágrafo único, c/c o art. 7.º, VII).

A intervenção federal subordinava-se, nesse caso, à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal (art. 8.º,

parágrafo único).

Deve-se ressaltar que, embora o constituinte tenha outorgado a titularidade da ação direta ao Procurador-Geral da República, a disciplina da chamada representação interventiva configurava, já na Constituição de 1934, uma peculiar modalidade de composição de conflito entre a União e o Estado. Cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado. E o poder atribuído ao Procurador-Geral da República, que, na Constituição de 1946, exercia a função de chefe do Ministério Público Federal – a quem competia a defesa dos interesses da União (art. 126) –, deve ser considerado, assim, uma simples representação processual²⁷.

A arguição de inconstitucionalidade direta teve ampla utilização no regime constitucional instituído em 1946. A primeira ação direta, formulada pelo Procurador-Geral da República, na qual se argüia a inconstitucionalidade de disposições de índole parlamentarista contidas na Constituição do Ceará, tomou o n.º 93²⁸. A denominação emprestada ao novo instituto – representação – segundo esclarece Themístocles Cavalcanti, se deveu a uma escolha entre a reclamação e a representação, "processos conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal"²⁹. A análise do sentido de cada um teria conduzido à escolha do termo *representação*, "já porque tinha de se originar de uma representação feita ao Procurador-Geral, já porque a função deste era o seu encaminhamento ao Tribunal, com o seu parecer"³⁰.

A ausência inicial de regras processuais permitiu que o Supremo Tribunal Federal desenvolvesse os mecanismos procedimentais que viriam a ser consolidados, posteriormente, pela legislação processual e pela praxis da Corte³¹. E, por isso, colocaram-se, de plano, ques-

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., p. 192.

²⁸ Rp. n.º 93, de 16.7.1947, Rel. Min. Annibal Freire, *AJ*, 85:3; BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles, *Do Controle da Constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 110.

²⁹ BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles, op. cit., p. 112.

³⁰ BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles, op. cit., p. 112; cf., também, Rp. n.º 94, de 17.7.1947, Rel. Min. Castro Nunes, *AJ*, 85:31.

³¹ BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles, op. cit., pp. 111-12.

tões relativas à forma da arguição e à sua própria caracterização processual. Questionava-se, igualmente, sobre a função do Procurador-Geral da República e sobre os limites constitucionais da arguição.

Na Rp. 94, que argüia a inconstitucionalidade dos preceitos consagradores do regime parlamentarista na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, indagou-se sobre a necessidade de se formular requerimento ao Procurador-Geral. E esse entendimento foi acolhido, tendo o chefe do Ministério Público Federal solicitado "que a medida fosse provocada, o que foi feito através de pedido devidamente justificado"³².

Na opinião do insigne publicista, que exercia o cargo de Procurador-Geral da República, a arguição de inconstitucionalidade não poderia ser arquivada, mas, ao revés, deveria ser submetida ao Supremo Tribunal, ainda que com parecer contrário do Ministério Público³³.

Essa orientação tornou-se ainda mais evidente na Rp. 95 (Rel. Min. Orozimbo Nonato), na qual o Procurador-Geral da República manifestou-se pela constitucionalidade do preceito impugnado, justificando, no entanto, a propositura da ação, pelas seguintes razões:

"Não tem esta Procuradoria Geral nenhuma dúvida em opinar a respeito, reafirmando conceitos já emitidos em outro parecer, no sentido de prestigiar o texto votado pelas Constituintes estaduais, cuja validade se presume, quando não colida com princípios fundamentais e expressos na Constituição Federal.

Esta colisão não se verifica, a meu ver, na hipótese, porquanto a norma impugnada nada mais fez do que concretizar o princípio da hierarquia dos poderes no chamamento ao exercício do Poder Executivo.

Na Constituição Federal, também é o Presidente da Câmara o imediato na substituição do Presidente e Vice-Presidente da República, e esta é uma tradição do nosso Direito constitucional.

Pouco importa que o poder não esteja ainda constituído porque o mesmo princípio se aplica a todos os casos de vaga.

Subsiste, entretanto, a impugnação

³² BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles, op. cit., p. 110.

³³ BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles, op. cit., p. 111.

ao preceito invocado e basta esta controvérsia para que 'o ato argüido de inconstitucionalidade' seja submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal. E a dúvida é de tanto maior relevo quanto é o próprio Poder Executivo quem vacila na aplicação do texto constitucional, no momento em que se integra o Estado na plenitude de sua autonomia política.

Grave é a responsabilidade do Governo diante da contingência de pôr termo à intervenção no Estado, entregando o Poder Executivo, não ao seu detentor eleito pelo povo mas a um representante eventual eleito pela Assembléia.

Cumprido, por isso mesmo, o Procurador-Geral da República, um dever imposto não só pela alta consideração que merece o Aviso do Exmo. Sr. Ministro da Justiça, mas ainda pelos altos propósitos que o inspiram trazendo questão de tanta relevância ao conhecimento deste E. Tribunal, esperando que este se pronuncie sobre a legitimidade do artigo 2.º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado diante da Constituição Federal, bem como sobre a constitucionalidade da intervenção federal depois de promulgada a Constituição Federal.

Requer, por isso, a Vossa Excelência que distribuída a presente como reclamação, seja a mesma processada como de direito"³⁴.

O Supremo Tribunal Federal ressaltou que não se tratava de simples consulta, mas de "exposição de um conflito de natureza constitucional, elementarmente constitucional, não ocultando a forma algo dubitativa das comunicações a ocorrência do tumulto (...)"³⁵. E, concluiu, a final, pela constitucionalidade do art. 2.º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de Pernambuco³⁶.

³⁴ Rp. n.º 95, de 30.7.1947, Rel. Min. Orozimbo Nonato, *AJ*, 85:55-6. Não obstante, convém assinalar que o Ministro Edgar Costa não conheceu da Representação, uma vez que esta tinha, "não apenas a aparência, mas incontestável caráter de consulta" (*AJ*, 85:68-9).

³⁵ Rp. n.º 95, de 30.7.1947, Rel. Min. Orozimbo Nonato, *AJ*, 85:58.

³⁶ Rp. n.º 95, de 30.7.1947, Rel. Min. Orozimbo Nonato, *AJ*, 85:55-75.

Desde o início, firmou-se no Supremo Tribunal Federal a orientação de que se cuidava de uma controvérsia de índole constitucional. O Poder Judiciário não se limitava a opinar. A sua decisão configurava “um aresto, um acórdão”, que punha “fim à controvérsia como árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade”³⁷. A propósito, vale registrar a seguinte passagem do voto proferido por Castro Nunes, na Rp. n.º 94:

“Consiste a intervenção, nas hipóteses do n.º VII, na suspensão, importa dizer, na decretação pelo Congresso da não-vigência do ato legislativo.

São duas atribuições distintas, de índole diversa, mas articuladas: a decisão do Supremo Tribunal situa-se no terreno jurídico; a do Congresso, no plano político, mas a título de sanção daquela.

Vem aqui, a propósito, esclarecer que, nos termos do assento constitucional e dos motivos de sua inspiração, o Supremo Tribunal não é provocado como órgão meramente consultivo, o que contrariaria à índole do Judiciário; não se limita a opinar, *decide*, sua decisão é um aresto, um acórdão; põe fim à controvérsia como árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade. É nessa função de árbitro supremo que ele intervém, se provocado, no conflito aberto entre a Constituição, que lhe cumpre resguardar, e a atuação deliberante do poder estadual.

Dai resulta que, declarada a inconstitucionalidade, a intervenção sancionadora é uma decorrência do julgado”³⁸.

O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de “árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade”. Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia da inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada, como se pode ler no magnífico voto de Castro Nunes:

“Atribuição nova, que o Supremo Tribunal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e, se

necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada com a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado.

Na declaração em espécie, o Judiciário arreda a lei, decide o caso por inaplicação dela, e executa, ele mesmo, o seu aresto.

Trata-se, aqui, porém, de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição.

Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei.

Nos julgamentos em espécie, o Tribunal não anula nem suspende a lei, que subsiste, vige e continuará a ser aplicada até que, como, entre nós, estabelece a Constituição, o Senado exercite a atribuição do art. 64.

Na declaração em tese, a suspensão redundava na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, segundo as diretivas do prejudicado; é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; foi cessada para todos os efeitos”³⁹.

Com essa colocação, o eminente jurista e magistrado logrou fixar princípios do próprio controle abstrato de normas, que viria a ser introduzido, entre nós, pela Emenda n.º 16, de 1965.

Os limites constitucionais da ação direta também mereceram a precisa reflexão de Castro Nunes. Na Rp. n.º 94, enfatizou-se o caráter excepcional desse instrumento. “Outro aspecto, e condizente com a atitude mental do intérprete, em se tratando de intervenção – ensinava – é o relativo ao caráter excepcional dessa medida, pressuposta neste regímen a autonomia

³⁷ Rp. n.º 94, de 17.7.1947, Rel. Min. Castro Nunes, *AJ*, 85:33.

³⁸ *AJ*, 85:33.

³⁹ Rp. n.º 94, de 17.7.1947, *AJ*, 85:33.

constituente, legislativa e administrativa dos Estados-Membros, e, portanto, a preservação dessa autonomia ante o risco de ser elidida pelos Poderes da União⁴⁰. E Castro Nunes aduzia que a enumeração contida no art. 7.º, VII, da Constituição de 1946, “é taxativa, é limitativa, é restritiva e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal Federal”⁴¹.

Na Rp. n.º 95, o tema voltou a ser apreciado, tendo pontificado, uma vez mais, o magistério de Castro Nunes:

“Devo dizer ao Tribunal que considero a atribuição hoje conferida ao Supremo Tribunal excepcionalíssima, só quando for possível entroncar o caso trazido ao nosso conhecimento a algum dos princípios enumerados no art. 7.º, n.º 7, será possível conhecer da arguição. Não basta ser levantada uma dúvida constitucional, não basta que exista uma controvérsia constitucional. Se não for possível entroncá-la com um dos princípios enumerados, penso que o Tribunal deverá abster-se de qualquer deliberação. Nesse sentido, aliás, foi o voto do eminente Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, que salientou também esse aspecto, igualmente ressaltado pelo eminente Sr. Ministro Relator, em seu voto.

No caso de dúvida, ou quando duvidosa ou remota aquela articulação, o Tribunal não deverá conhecer da representação que poderia transformar em expediente de rotina ou meio de consulta do Governo em todos os casos em que lhe conviesse provocar uma manifestação do Supremo Tribunal. Aliás o caráter excepcional da atribuição decorre da sanção mesma, que é a intervenção”⁴².

Assentaram-se, assim, as linhas fundamentais da representação interventiva. A Lei n.º 2.271, de 22 de julho de 1954, determinou que se aplicasse à arguição de inconstitucionalidade o processo do mandado de segurança (art. 4.º). A primeira fase continuou a ser processada, porém, na Procuradoria-Geral da República, tal como no período anterior ao advento da disciplina legal (art. 2.º). “Era o Procurador-Geral — diz Themístocles Cavalcanti — quem recebia a representação da parte e, no prazo de 45 dias

improrrogáveis, contados da comunicação da respectiva assinatura, ouvia, sobre as razões da impugnação do ato, os órgãos que o tivessem elaborado ou praticado”⁴³. A Lei n.º 4.337, de 1964, modificou o procedimento então adotado, determinando que, após a arguição, o relator ouvisse sobre as razões de impugnação do ato, no prazo de trinta dias, os órgãos que o tivessem elaborado ou expedido. Admitia-se, contudo, o julgamento imediato do feito, em caso de urgência e relevância do interesse de ordem pública, dando-se ciência da supressão do prazo às partes.

§ 2.º A Emenda n.º 16, de 1965, e o controle de constitucionalidade abstrato

A Emenda n.º 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. A reforma realizada, fruto dos estudos desenvolvidos na Comissão composta por Orozimbo Nonato, Prado Kelly (Relator), Dario de Almeida Magalhães, Frederico Marques e Colombo de Souza, visava a imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. Parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República, ressalta que “a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos”. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal houve por bem sugerir a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional, tal como descrito na referida Exposição de Motivos:

“a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8.º, parágrafo único, da Constituição Federal);

b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo.”

“A representação, limitada em sua

⁴⁰ AJ, 85:34.

⁴¹ Rp. n.º 94, de 17.7.1947, AJ, 85:34.

⁴² Rel. Min. Orozimbo Nonato, AJ, 85:70-1.

⁴³ BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles, op. cit., p. 127.

iniciativa, tem o mérito de facultar desde a definição da 'controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres'. Afeiçoa-se, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos princípios que integram a lista do inciso VII do art. 7.º. De algum modo, a inovação, estendendo a vigilância às 'leis federais em tese', completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos.

Já a prejudicial agora proposta, modalidade de advocatória, utilizável em qualquer causa, de qualquer instância, importaria em substituir aos juízos das mais diversas categorias a faculdade, que lhes pertence, no grau da sua jurisdição, de apreciar a conformidade de lei ou de ato com as cláusulas constitucionais. Ao ver da Comissão, advocatória só se explicaria para corrigir omissões de outros órgãos judiciários, se vigorasse entre nós, como vigora por exemplo na Itália, o privilégio de interpretação constitucional por uma Corte especializada, a ponto de se lhe remeter obrigatoriamente toda questão daquela natureza, levantada de ofício ou por uma das partes em qualquer processo, desde que o juiz ou tribunal não a repete manifestamente infundada.

Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito *erga omnes* de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto — expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingressou em nossa legislação, mas recentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: 'Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione'⁴⁴.

⁴⁴Brasil. *Constituição* (1946): Emendas. Emendas à Constituição de 1946, n.º 16: reforma do Poder Judiciário, Brasília, Câmara dos Deputados, 1968, p. 24.

Nos termos do Projeto de Emenda à Constituição, o art. 101, I, *k*, passava a ter a seguinte redação:

"k) a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República".

E o art. 5.º do Projeto acrescentava os seguintes parágrafos ao art. 101:

"§ 1.º Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento das causas de competência originária (inciso I), das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas, dos recursos interpostos de decisões delas, se divergirem entre si na interpretação do direito federal, bem como dos recursos ordinários nos crimes políticos (inciso II, *c*) e das revisões criminais (inciso IV).

§ 2.º Incumbe às Turmas o julgamento definitivo das matérias enumeradas nos incisos II, *a e b*, e III deste artigo.

§ 3.º As disposições de lei ou ato de natureza normativa, consideradas inconstitucionais em decisão definitiva, perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União".

E o art. 64 da Constituição passava a ter a seguinte redação:

"Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3.º), fazer publicar no *Diário Oficial* e na *Coleção das leis*, a conclusão do julgado que lhe for comunicado".

O parecer aprovado pela Comissão Mista, da lavra do Deputado Tarso Dutra, referiu-se, especificamente, ao novo instituto de controle de constitucionalidade:

"A letra *k*, propondo a representação a cargo da Procuradoria-Geral da República, contra a inconstitucionalidade em tese da lei, constitui uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do art. 8.º, para tornar igualmente vulneráveis as leis federais por essa medida. Ao anotar-se a conveniência da modificação alvitrada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das

leis, não será inútil configurar o impróprio de uma redação, que devia conferir à representação a idéia nítida de oposição à inconstitucionalidade e o impreciso de uma referência a atos de natureza normativa de que o nosso sistema de poderes indelegáveis (art. 36, §§ 1.º e 2.º) conhece apenas uma exceção no § 2.º do art. 123 da Constituição⁴⁵.

A proposta de alteração do disposto no art. 64 da Constituição, com a atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi rejeitada⁴⁶. Consagrou-se, todavia, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade.

A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípuo de "preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconcipientes"⁴⁷ veio somar, aos mecanismos já existentes, um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.

Finalmente não se deve olvidar que, no tocante ao controle de constitucionalidade da lei municipal, a Emenda n.º 16 consagrou, no art. 124, XIII, regra que outorgava ao legislador a faculdade para "estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado".

6. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1967/1969

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda n.º 16, de 1965.

A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1.ª parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2.º). Preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como estabelecido pela Emenda n.º 16, de 1965 (art. 119, I, f).

⁴⁵ Brasil. *Constituição* (1946), cit., p. 67.

⁴⁶ Brasil. *Constituição* (1946), cit., pp. 88-90.

⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 65.

A Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda n.º 16, que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. A Emenda n.º 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município (art. 15, § 3.º, d).

A Emenda n.º 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, e). E, segundo a Exposição de Motivos apresentada ao Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei⁴⁸.

Finalmente, deve-se assentar que a Emenda n.º 7, de 1977, pôs termo à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF 1967/1969, art. 119, I, p)⁴⁹.

7. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil de constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988 dispõem de legitimidade para propor a ação

⁴⁸ Mensagem n.º 81, de 1976, *Diário do Congresso Nacional*. O Texto Magno de 1988 não manteve esse instituto no ordenamento constitucional brasileiro.

⁴⁹ A Constituição de 1988 manteve a competência do Supremo Tribunal para conceder liminar na ação de inconstitucionalidade (art. 102, I, p).

de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Com isso satisfaz o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, *v.g.*, dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade⁵⁰.

Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, de que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciar-lo dos demais sistemas *difusos* ou *incidentes* de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Su-

⁵⁰ Cf., a propósito, as propostas de Wilson Souza e Vivaldo Barbosa à Comissão de Organização de Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Constituinte, in: Assembléia Nacional Constituinte, Emendas oferecidas à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, 1988, pp. 214 e 342.

premo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias⁵¹.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que essa alteração não se operou de forma ainda profunda porque o Supremo Tribunal manteve a orientação anterior, que considerava inadmissível o ajuizamento de ação direta contra direito *pré-constitucional em face* da nova Constituição.

A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

A particular conformação do processo de controle abstrato de normas confere-lhe, também, novo significado como instrumento federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um Governador de Estado e a aferição da

⁵¹ ANSCHÜTZ, Gerhard, Verhandlungen des 34. Juristentags, Berlin e Leipzig, 1927, v. II, p. 208.

constitucionalidade das leis estaduais, mediante requerimento do Presidente da República.

A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a ideia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade de lei.

Ressalte-se que não são numericamente significativas as ações propostas pelas organizações partidárias. É verdade, porém, que muitos dos temas mais polêmicos submetidos ao Supremo Tribunal, no processo de controle abstrato, foram trazidos à baila mediante iniciativa dos partidos políticos. Assim, a discussão sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 2, de 1992, que antecipou o plebiscito sobre a forma e sistema de governo previsto no art. 2.º do ADCT³², o questionamento da legitimidade da lei do salário-mínimo³³, a controvérsia sobre a legitimidade do pagamento mediante precatório para os créditos de natureza alimentícia³⁴. Isto para não falar das diversas ações propostas contra a política econômica do Governo³⁵.

Ao lado desta ampla legitimação para a provocação do controle abstrato de normas, cuidou o constituinte de instituir mecanismo (art. 5.º, LXXI) para a tutela de direitos subjetivos lesados em decorrência da omissão normativa. No mesmo passo, instituiu-se ainda processo de controle abstrato da omissão normativa inconstitucional (art. 103, § 2.º), instituto – a exemplo do anterior – ainda carente de conformação definitiva.

8. *A Emenda Constitucional n.º 3 de 1993: A ação declaratória de constitucionalidade*

No bojo da reforma tributária de emergência, introduziu-se no sistema brasileiro de con-

trole de constitucionalidade a *ação declaratória de constitucionalidade*.

A Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto firmando a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República. Considerando a súbita repercussão da introdução do instituto, cumpre agora cogitar se representa ele um *novum* no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em verdade, o dispositivo não inova. A imprecisão da fórmula adotada na Emenda n.º 16 – *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral* – não conseguia esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir desde logo, a *definição da controvérsia constitucional sobre leis novas*.

Não se fazia mister, portanto, que o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma. Era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de *controvérsia constitucional*. Dai ter o constituinte utilizado a fórmula equívoca – *representação contra a inconstitucionalidade da lei, encaminhada pelo Procurador-Geral da República* – que explicitava, pelo menos, que a dúvida ou a eventual convicção sobre a inconstitucionalidade não precisava ser por ele perfilhada.

Se correta essa orientação, parece legítimo admitir que o Procurador-Geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípuo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (*ação declaratória de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade*), como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (*ação declaratória de constitucionalidade*).

A cláusula sofreu pequena alteração na Constituição de 1967 e de 1967/69 (*representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* – CF, 1967, art. 115, I, I;

³² Cf. ADIN n.º 829, 830 e 831, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 20.4.93, p. 6.758.

³³ ADIN n.º 737, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 22.10.93, p. 22.252.

³⁴ ADIN n.º 672, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 4.2.92, p. 499.

³⁵ Cf., v.g., ADIN n.º 357, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 23.11.90, p. 13.622; ADIN n.º 562, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ 10.9.91, p. 12.254; ADIN n.º 605, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 5.3.93; ADIN n.º 931, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ 2.9.93.

CF, 1967/69, art. 119, I, f).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na versão de 1970³⁶, consagrou expressamente essa idéia:

“Art. 174. ...

§ 1º. Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário”.

Essa disposição, que, como visto, consolidava tradição já velha no Tribunal, permitia ao titular da ação encaminhar a postulação que lhe fora dirigida por terceiros, manifestando-se, porém, em sentido contrário.

Assim, se o Procurador-Geral encaminhava súplica ou representação de autoridade ou de terceiro, com parecer contrário, estava simplesmente a postular uma declaração (positiva) de constitucionalidade. O pedido de representação, formulado por terceiro e encaminhado ao Supremo, materializava, apenas, a existência da *controvérsia constitucional* apta a fundamentar uma *necessidade pública de controle*.

Essa cláusula foi alterada, passando o Regimento Interno a conter as seguintes disposições:

“Art. 169. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade.

§ 1º. Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência.”

Parece legítimo supor que essa modificação não alterou, substancialmente, a idéia básica que norteava a aplicação desse instituto. Se o titular da iniciativa manifestava-se, afinal, pela constitucionalidade da norma impugnada, é porque estava a defender a declaração de constitucionalidade.

Na prática, continuou o Procurador-Geral a oferecer *representações de inconstitucionalidade*, ressaltando a relevância da questão e manifestando-se afinal, muitas vezes, em favor da *constitucionalidade da norma*.

A falta de maior desenvolvimento doutrinário e a própria balbúrdia conceitual instaurada

em torno da *representação interventiva*³⁷ – confusão essa que contaminou os estudos do novo instituto – não permitiram que essas idéias fossem formuladas com a necessária clareza.

Sem dúvida, a disciplina específica do tema no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal serviria à segurança jurídica, na medida em que afastaria, de uma vez por todas, as controvérsias que marcaram o tema no direito constitucional brasileiro.

Entendida a *representação de inconstitucionalidade* como instituto de *conteúdo duplice* ou de *caráter ambivalente*, mediante o qual o Procurador-Geral da República tanto poderia postular a declaração de inconstitucionalidade da norma, como defender a declaração de sua constitucionalidade, afigurar-se-ia legítimo sustentar, com maior ênfase e razoabilidade, a tese relativa à obrigatoriedade de o Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, quando isto lhe fosse solicitado.

A controvérsia instaurada em torno da recusa do Procurador-Geral da República³⁸ de

³⁷ BUZAID, op. cit., p. 107; Barbosa Moreira, As Partes na ação declaratória de inconstitucionalidade, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, n.º 13 (1964), p. 67 (75-76); BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles, op. cit., pp. 115 s.

³⁸ É certo que uma avaliação desse modelo brasileiro de controle abstrato de normas não pode deixar de considerar as circunstâncias políticas dominantes durante todo o período de desenvolvimento desse instituto. Os pressupostos indispensáveis pensados por Kelsen para esse *advogado da Constituição* que, segundo ele, deveria ser dotado de todas as garantias imagináveis tanto em face do Governo quanto em face do Parlamento (*Wesen und Entwicklung der Staatgerichtsbarkeit*, VVDSIRL 5 (1929), p. 30 (75)), não poderiam ser assegurados sob o império de um regime de exceção.

O Procurador-Geral da República exercia, no controle abstrato de normas, o papel especial de *advogado da Constituição*, interessado exclusivamente na defesa da ordem constitucional.

Com isso logrou o constituinte brasileiro positivar proposta formulada por Kelsen quanto à instituição de um *advogado da Constituição* (*Verfassungsgesamwalt*) que deveria deflagrar o controle de normas *ex officio* sempre que uma lei se lhe afigurasse incompatível com a Constituição (*idem, ibidem*). Ao contrário da representação interventiva, que pressupõe um interesse da União na preservação de princípios fundamentais da ordem federativa, o controle abstrato de normas independe de qualquer interesse espe-

³⁶ DJ de 4 de setembro de 1970, pp. 3.971 e ss.

encaminhar ao Supremo Tribunal Federal representação de inconstitucionalidade contra o Decreto-Lei n.º 1.077, de 1970, que instituiu a censura prévia sobre livros e periódicos⁵⁹, não serviu – infelizmente – para realçar esse *outro lado* da representação de inconstitucionalidade⁶⁰.

De qualquer sorte, todos aqueles que sustentaram a obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal, ainda quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma⁶¹, somente podem ter partido da idéia de que, nesse caso, o Chefe do Ministério Público deveria, necessária e inevitavelmente, formular uma ação declaratória – positiva – de constitucionalidade.

Na Representação n.º 1.092, relativa à constitucionalidade do instituto da reclamação, contido no Regimento Interno do antigo Tribunal Federal de Recursos, viu-se o Procurador-Geral da República, que instaurou o processo de controle abstrato de normas e se manifestou, no mérito, pela improcedência do pedido, na contingência de ter de opor embargos infringentes da decisão proferida, que julgava procedente a ação proposta, declarando inconstitucional a

cífico, sendo-lhe estranha mesmo a idéia de interesse jurídico a ser protegido (Rp. n.º 700, Relator: Ministro Amaral Santos, p. 690 (714); Ação Rescisória n.º 848, Relator: Ministro Rafael Mayer, *RTJ* n.º 95, p. 49 (58); Rp. n.º 1405, Relator: Ministro Moreira Alves, *Diário da Justiça* de 1.7.88).

Por isso, dever-se-iam diferenciar, de forma clara, as competências do Procurador-Geral da República. No primeiro processo, representava ele o interesse da União em face de um determinado Estado, que, efetiva ou supostamente, desrespeitara *princípio sensível* estabelecido na Constituição. No controle abstrato, atuava como representante do interesse geral com o propósito de instaurar o controle judicial das normas estaduais ou federais (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 189; MENDES, Gilmar, *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 230 e ss.).

⁵⁹ Reclamação n.º 849, Relator: Ministro Adalício Nogueira, *RTJ* 59, p. 333.

⁶⁰ Cf., sobre o assunto, registros da discussão travada no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em março de 1971, in: Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 118 (1971), pp. 23 ss.

⁶¹ Cf., a propósito, MARINHO, Josaphat, Inconstitucionalidade de lei – representação ao STF, *RDP* 12, p. 150; PEREIRA, Caio Mário da Silva, voto proferido no Conselho Federal da OAB, Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 118, p. 25; CAVAL-

norma impugnada⁶².

Ora, ao admitir o cabimento dos embargos infringentes opostos pelo Procurador-Geral da República contra decisão que acolheu representação de inconstitucionalidade de sua própria iniciativa, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para realçar esse *caráter ambivalente* da representação de inconstitucionalidade, reconhecendo implicitamente, pelo menos, que ao titular da ação era legítimo tanto postular a declaração de inconstitucionalidade da lei, se disso estivesse convencido, como pedir a declaração de sua constitucionalidade, se, não obstante convencido de sua constitucionalidade, houvesse dúvidas ou controvérsias sobre sua legitimidade que reclamassem um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

É verdade que a Corte restringiu significativamente essa orientação no acórdão de 8 de setembro de 1988 (Rp. n.º 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ* 129, pp. 41 ss.). O Procurador-Geral da República encaminhou ao Tribunal *petição formulada por grupo de parlamentares* que sustentava a inconstitucionalidade de determinadas disposições da Lei de Informática (Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984). O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira infosismável, que perseguia outros desideratos⁶³.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República afirma, de plano, a constitucionalidade da norma⁶⁴, é certo que essa orientação, calcada numa interpretação literal do texto constitucional, não parece condizente, tal como demonstrado, com a natureza do instituto e com a sua práxis desde a sua

CANTI, Themistocles, Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei, *RDP* n.º 16, p. 169; CARDOSO, Adauto Lucio, voto na Reclamação n.º 849, *RTJ* 50, pp. 347-8; BASTOS, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, 1982, p. 69.

⁶² Embargos na Representação n.º 1092, Relator: Ministro Néri da Silveira, *RTJ* n.º 117, pp. 921 e ss.

⁶³ Rp. n.º 1349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ* n.º 129, p. 41.

⁶⁴ Representação n.º 1349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ* n.º 129, p. 41. O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira infosismável, que perseguia outros desideratos.

adoção pela Emenda n.º 16, de 1965.

Todavia, a Corte continuou a admitir as representações e, mesmo após o advento da Constituição de 1988, as ações diretas de inconstitucionalidade nas quais o Procurador-Geral limitava-se a ressaltar a relevância da questão constitucional, pronunciando-se, afinal, pela sua improcedência⁶⁵.

Em substância, era indiferente, que o Procurador-Geral sustentasse, desde logo, a constitucionalidade da norma, ou que encaminhasse o pedido, para, posteriormente, manifestar-se pela sua improcedência.

Essa análise demonstra claramente que, a despeito da utilização do termo *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de *natureza dúplice ou ambivalente*.

Se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade, poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade. Se, ao revés, estivesse convicto da legitimidade da norma, então poderia instaurar o controle abstrato com finalidade de ver confirmada a orientação questionada.

Sem dúvida, a falta de um melhor desenvolvimento doutrinário sobre essa face peculiar da representação de inconstitucionalidade e a decisão do Supremo Tribunal na Representação n.º 1.349, que, praticamente, negou a possibili-

dade de se instaurar o controle abstrato com pedido de declaração de constitucionalidade, tornaram inevitável a posituação de um instituto específico no ordenamento constitucional, consubstanciado na ação declaratória de constitucionalidade.

9. Conclusão

Pelo exposto, constata-se tendência – ainda que fragmentária – à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade. Para tanto, fazem-se necessários, entre outros, os seguintes aprimoramentos:

– criação de incidente de inconstitucionalidade, tal como acolhido no Substitutivo do Relator-Geral da Revisão Constitucional (Parecer n.º 27);

– desenvolvimento da eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal (eficácia *erga omnes*, com a conseqüente supressão do obsoleto inciso X do art. 52 da Constituição Federal), a possibilitar a redução do colossal número de feitos que ameaçam inviabilizar o funcionamento da Corte;

– adequado instrumento objetivo de controle do direito *pré-constitucional*;

– via para controle da legalidade do ato regulamentar, com a conseqüente supressão do inciso V do art. 49 da Constituição Federal.

⁶⁵ Cf., dentre outras, ADIN n.º 716-5, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 29.4.92, p. 5606.

Considerações acerca da constitucionalidade na expedição de medidas provisórias versando matéria orçamentária pública (Nota Técnica nº 1/95)

RÓBISON GONÇALVES DE CASTRO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As leis orçamentárias – sua história. 3. Manifestações do STF acerca de medidas provisórias. 4. Apresentação do problema. 5. Conclusão.

1. Introdução

Com o trabalho em epígrafe, tecem-se considerações acerca da expedição de medidas provisórias versando matéria orçamentária pública sob a Constituição Federal de 1988. Com esse fito, foi compulsada bibliografia discriminada ao término deste estudo, constituída por textos doutrinários de obras consagradas, bem assim textos de articulistas com foco específico sobre a problemática em tela. Foram, ainda, pesquisadas as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Importante contribuição foi também obtida nos pareceres do relator do processo de revisão constitucional, Deputado Nelson Jobim, pela atualidade do trabalho. Finalmente, é de se esclarecer que o posicionamento aqui estabelecido, embora alicerçado nas fontes anteriormente referidas, é de opinião do autor deste trabalho.

Será apresentado, inicialmente, breve histórico da matéria legal orçamentária na Inglaterra – berço do Direito Constitucional – e no Brasil, como forma de incitar o leitor à compreensão da relevância da matéria orçamentária nos albores do Direito Constitucional e na proteção da cidadania.

A seguir, far-se-á breve síntese das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da temática das medidas provisórias, de forma a fornecer supedâneo às afirmações que posteri-

Róbison Gonçalves de Castro é Consultor de Orçamentos.

ormente serão colocadas.

Em continuidade, realizar-se-á a explanação do assunto central desse trabalho, já fornecendo elementos que conduzem a conclusão que se encontra ao final.

2. As leis orçamentárias – sua história

As origens mais remotas do orçamento público são encontradas na Inglaterra. Lord Macaulay, nos seus *Ensaio sobre a história da Inglaterra*, de 1864, afirma que a máxima segundo a qual “todo imposto deve ser consentido pelo povo” era “tão antiga que ninguém pode precisar a origem”.

Os historiadores da Ciência das Finanças, no entanto, fixam essa origem na memorável Magna Carta, salvaguarda das liberdades inglesas, outorgada – ou mais precisamente aceita – pelo Rei João-sem-Terra (John Lackland) em junho de 1215, após a confrontação nos prados de Runnymede. Isso antes mesmo da criação do regime parlamentar, eis que a Câmara dos Comuns reuniu-se, pela primeira vez, em 1265.

Na realidade, a Magna Carta foi aceita pelo Rei, que lhe apôs o selo real, por imposição dos barões, que a redigiram, rebelados contra os excessos tirânicos de João-sem-Terra, notadamente a elevação da *scutage* – um imposto pago pelos vassalos feudais para se eximirem do serviço militar e para atender às despesas do exército real com as guerras – e outras exações tirânicas.

No item 12 da Magna Carta, ficou estabelecido que:

“No *scutage* or aid shall be imposed in the Kingdom unless by the common council of the realm, except for the purpose of ransoming the King’s person, making his first-born son knight, and marrying his eldest daughter once, and the aids for this purpose shall be reasonable in amount.”

“Nenhuma *scutage* ou taxa pode ser lançada no nosso reino sem o consentimento geral, a não ser para armar cavaleiro a nosso filho mais velho e para celebrar, uma vez, o casamento de nossa filha mais velha. E esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres.”

No *Bill of Rights*, de 7 de junho de 1628, a segunda Carta da Inglaterra, ficou estabelecido

que:

“A partir de agora, ninguém será obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benefício e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou duma forma ou doutra, molestado ou inquietado, por causa desses tributos ou da recusa em pagá-los.”

No Brasil, a Constituição do Império (1824) atribuiu à Assembléia Geral a competência para fixar anualmente as despesas públicas e repartir a contribuição direta. Prescreveu, ainda, que

“O Ministro da Fazenda, havendo recebido de outros Ministros os orçamentos relativos às despesas de suas repartições, apresentará na Câmara dos Deputados, anualmente logo que estiver reunida, um balanço geral da receita e da despesa do Tesouro Nacional do ano antecedente e igualmente o orçamento geral de todas as despesas públicas do ano futuro e da importância de todas as contribuições e rendas públicas”.

Nossa primeira lei orçamentária, contudo, somente adveio em 14 de novembro de 1827.

Alfred Buehler, professor de Finanças Públicas da Universidade da Pensilvânia, assevera, lapidarmente, que “a história do orçamento é a história de séculos de lutas pelo *controle popular* do tesouro público” (o grifo é nosso).

O Brasil, ao entrar no século XX, ultrapassou suas duas primeiras décadas sem maiores novidades na questão da organização das finanças públicas. O clima reformista e questionador que marcou a mesma época nos Estados Unidos não foi sentido aqui. A economia brasileira era caracterizadamente agroexportadora e a industrialização e a urbanização eram fenômenos tímidos, a ponto de não exigirem grande atuação do setor público.

Em 1922, por ato do Congresso Nacional, foi aprovado o Código de Contabilidade da União. Tal norma e seu regulamento logo baixado constituíram importante conquista técnica, pois possibilitaram ordenar a gama imensa de procedimentos orçamentários, financeiros, contábeis e patrimoniais que já caracterizavam a administração federal.

Para resumir, pode-se verificar que a ques-

tão orçamentária no Brasil evoluiu de conformidade às etapas políticas no País. Governos autoritários afastaram o Congresso da deliberação do orçamento, bem assim como concentraram as receitas públicas nas mãos da União. Nas etapas democráticas a tendência era justamente a situação inversa.

Convivendo com estas sístoles e diástoles da vida política nacional, chegamos a 1988, onde nova Constituição democrática é promulgada, mais uma vez descentralizando receitas para os níveis inferiores da Federação e chamando o Congresso a exercer sua atribuição de atuar sobre o orçamento, não só decidindo sobre ele, mas também encarregando-o de sua fiscalização, a que a Lei Maior denominou de controle externo.

Com este trabalho, contudo, queremos afirmar fato, que compromete todo esse processo evolutivo, dado que leis orçamentárias têm sido promulgadas em desacordo com a Norma Constitucional. Antes, contudo, de passar à análise da questão, analisar-se-á com maior profundidade o dealbar do orçamento público nas nações desenvolvidas.

É cristalino que o orçamento público é uma conquista das idéias democráticas liberais, superando o absolutismo, na defesa dos direitos do cidadão. Inicialmente, ao permitir que o povo decidisse, diretamente ou mediante seus representantes, quais tributos seriam pagos, evitando a extorsão do Estado perdulário. Depois por lhe garantir igual participação na decisão acerca dos gastos públicos e na fiscalização de sua execução. Finalmente, por lhe possibilitar a inclusão no orçamento das despesas públicas que lhes proporcionem a garantia dos seus direitos e liberdades, onde incluímos as dotações destinadas a um Poder Judiciário administrativamente independente.

Retornando à realidade de nosso País, é fácil admitir que a questão orçamentária está longe de ser resolvida. Até porque o Orçamento é o retrato de uma Nação. Nele estão espelhados o sistema tributário, as questões do endividamento interno e externo, do tamanho e das funções do Estado, da solução aplicada ao federalismo fiscal, à seguridade social, ainda os benefícios e incentivos, a distribuição dos recursos por funções, naturezas e órgãos. Todos esses problemas, vitais por sua natureza, estão longe de possuir solução adequada no Brasil. Como se poderia esperar que o orçamento fosse uma questão bem resolvida? E daí retiramos outro

questionamento: como, então, poderia a questão da cidadania, dos direitos e das liberdades do brasileiro estar solucionada?

Resta evidente, no entanto, a importância da matéria dentro da evolução do País para o que se denomina Estado democrático de direito. O Relator do Processo de Revisão Constitucional, em seu parecer sob o capítulo que abrange a matéria orçamentária, asseverou:

“O orçamento público é expressão financeira da cidadania. Sua origem remonta às primeiras lutas em favor da proteção da cidadania e do controle político do cidadão sobre o Estado, estando intimamente ligada à própria gênese das Constituições”.

Fica, assim, cristalina a relevância do problema que será discutido a seguir.

3. *Manifestações do STF acerca de medidas provisórias*

Sobre a matéria “medidas provisórias”, extraiu-se algum conteúdo de decisões do Supremo Tribunal Federal, que se exporá, resumidamente a seguir, como elemento subsidiário à melhor compreensão da problemática em tela, dado que fundamentam a argumentação que será sustentada:

– As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei.

– Como a função legislativa ordinariamente pertence ao Congresso Nacional, que a exerce por direito próprio, com observância da estrita tipicidade constitucional que define a natureza das atividades estatais, torna-se imperioso assinalar – e advertir – que a utilização da medida provisória, por constituir exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, subordina-se, em seu processo de conversão legislativa, à vontade soberana do Congresso Nacional.

– O que justifica a edição das medidas provisórias é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Executivo a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que certamente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa.

– A plena submissão das medidas provisórias

rias ao Congresso Nacional constitui exigência que decorre do princípio da separação de poderes. O conteúdo jurídico que elas veiculam somente adquirirá estabilidade normativa, a partir do momento em que – observada a disciplina ritual do procedimento de conversão em lei – houver pronunciamento favorável e aquiescente do único órgão constitucionalmente investido do poder ordinário de legislar, que é o Congresso Nacional.

– Essa manifestação do Poder Legislativo é *necessária, e insubstituível e é insuprimível*. Por isso mesmo, as medidas provisórias, com a sua publicação no Diário Oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em consequência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as instituiu.

– A edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória – que possui vigência e eficácia imediatas – inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira *provocatio ad agendum*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei.

– A rejeição parlamentar de medida provisória – ou de seu projeto de conversão –, além de desconstituir-lhe *ex tunc* a eficácia jurídica, opera uma outra relevante consequência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo, de natureza cautelar. Modificações secundárias de texto, que em nada afetam os aspectos essenciais e intrínsecos da medida provisória expressamente repudiada pelo Congresso Nacional, constituem expedientes incapazes de descaracterizar a identidade temática que existe entre o ato não convertido em lei e a nova medida provisória editada.

– O poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional.

– Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e

das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se a censura jurídica – dos tribunais, especialmente – porque são irritos, nulos e desvestidos de qualquer validade.

– A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.

– A medida provisória constitui espécie normativa juridicamente instável. Esse ato estatal dispõe, em função das notas de transitoriedade e de precariedade que o qualificam, de eficácia temporal limitada, na medida em que, não convertido em lei, despoja-se, desde o momento de sua edição, da aptidão para inovar o ordenamento positivo.

– A perda retroativa de eficácia jurídica da medida provisória ocorre tanto na hipótese de explícita rejeição do projeto de sua conversão em lei quanto no caso de ausência de deliberação parlamentar no prazo constitucional de 30 (trinta) dias. Uma vez cessada a vigência da medida provisória, pelo decurso *in albis* do prazo constitucional, opera-se, ante a superveniente perda de objeto, a extinção anômala do processo de ação direta de inconstitucionalidade.

4. Apresentação do problema

O Excelentíssimo Senhor Presidente da República tem, nos últimos meses, baixado diversas medidas provisórias dispondo sobre alterações na lei de diretrizes orçamentárias, baseando-se, para tanto, no art. 62 e nos incisos XXIII e XXVI do art. 84 da Constituição, *in verbis*:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....
XXIII – enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

.....
XXVI – editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

.....”
As exposições de motivos constantes das mensagens que encaminham tais medidas provisórias ao Poder Legislativo em nada contribuem com o presente estudo, pois em nenhum momento tecem qualquer comentário acerca da questão da adequação do ato à Lei Maior, assumindo tal fato como pressuposto.

Contudo, os posicionamentos doutrinários quanto ao uso do instituto da medida provisória para regular matéria orçamentária, sobretudo diretrizes, e o momento da apresentação daqueles atos são decisivamente desfavoráveis à sua constitucionalidade.

Nessa linha pronunciaram-se:

José Afonso da Silva:

“Uma interpretação lógico-sistemática leva a concluir que o Presidente da República não poderá disciplinar por medidas provisórias situações ou matérias que não podem ser objeto de delegação. Seria um despautério que medidas provisórias pudessem regular situações que sejam vedadas às leis delegadas.”

Olga Cavalheiro Araújo:

“Por óbvio, por absoluta ilegitimidade, não pode o Executivo editar medida provisória que disponha sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamento.”

Clémerson Merlin Clève:

“Na verdade, a medida provisória necessita ser comparada com a lei delegada. E a Constituição prescreve os limites da delegação legislativa.”

José Celso de Mello Filho:

“Com efeito, o princípio da separação de poderes constitui obstáculo ao irrestrito exercício desse poder normativo excepcionalmente deferido pela Constituição ao Presidente da República. Ele impede que o Chefe do Executivo invada domínio tematicamente reservado à ini-

ciativa dos demais Poderes do Estado. A edição de medidas provisórias constitui, nesses casos, usurpação da competência constitucional do Legislativo e do Judiciário.

.....
Assim, é também evidente que o Presidente da República não pode editar medidas provisórias em matérias em que não caiba delegação legislativa.”

Muitos outros doutrinadores e, também, articulistas de menor expressão assim se pronunciam, restando evidente a coerência de tais afirmativas.

Ainda, no Processo de Revisão Constitucional, o Relator, Deputado Nelson Jobim, em seu parecer acerca da questão das medidas provisórias, propôs a seguinte modificação ao Texto Constitucional:

“*Emenda Constitucional de Revisão n.º*

A Mesa do Congresso Nacional, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, combinado com o art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, promulga a seguinte emenda constitucional de revisão:

Art. 1.º O art. 62 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 62. Em caso de urgência e relevância, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional que, estando em recesso, será convocado para se reunir extraordinariamente no prazo de cinco dias.

§ 1.º Não serão objeto de medida provisória as matérias:

I – reservadas ao domínio de lei complementar ou à competência exclusiva ou privativa do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas;

II – relacionadas a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos e eleitorais;

b) direito penal;

c) *planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos* (o grifo é nosso).

§ 2.º As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de ses-

setenta dias, a contar de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar, através de decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 3.º Não editado o respectivo decreto legislativo no prazo de sessenta dias, as relações jurídicas decorrentes de medida provisória conservar-se-ão por ela regidas.

§ 4.º É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória não apreciada ou rejeitada, no todo ou em parte, pelo Congresso Nacional.”

Art. 2.º Esta emenda constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”

Justificou tal proposta apresentando inúmeros argumentos relevantes, entres os quais transcreveremos, a seguir, aqueles pertinentes e concordes com a tese aqui defendida:

“Cumpre reconhecer, entretanto, que estes cinco anos de vigência do texto constitucional demonstraram uma série de falhas na disciplina excessivamente genérica do instituto então adotado. O expressivo número de propostas revisionais apresentadas sobre o tema é indicativo do quanto se tornou fundamental aperfeiçoar-se o texto do art. 62, seja para corrigir as lacunas referentes à limitação do domínio normativo das medidas provisórias ou à possibilidade de sua reedição pelo Executivo, seja para alterar as normas que se mostraram equivocadas na experiência prática, como a referente ao prazo de sua conversão em lei.

Em relação à limitação do campo normativo, verificaram-se duas tendências principais entre as propostas: definição das matérias que poderiam vir a ser disciplinadas por medida provisória e, ao contrário, exclusão, de seu domínio temático, daquelas insuscetíveis de regulamentação através do instituto.

No substitutivo apresentado, entendemos mais adequada a segunda alternativa, já adotada pela Constituição em relação às leis delegadas, nos termos do § 1.º do art. 68. Pareceu-nos que, sendo o instituto da medida provisória providência legislativa excepcional, concebida para atender a situações emergenciais não previsíveis aprioristicamente, seria mais conveniente enumerar no texto constitucional, a título de exceção, apenas as

matérias excluídas de seu campo temático, salvaguardando-se, como regra geral, o poder de ação do Poder Executivo diante de situações urgentes e relevantes que lhe exijam pronta atuação normativa e que não possam ser contornadas pelas vias legislativas ordinárias.

Entre as matérias que deverão estar vedadas ao domínio normativo da medida provisória, adotamos sugestão praticamente consensual de todas as propostas revisionais sobre o assunto: matérias mencionadas no § 1.º do art. 68 como insuscetíveis de delegação legislativa.

De fato, não parece razoável que a Constituição proíba a delegação de poderes ao Presidente da República sobre certos assuntos e, de outra parte, admita a competência deste para dispor sobre os mesmos através de medida provisória, cujo procedimento de elaboração é muito mais discricionário que o previsto para a legislação delegada.

Nesse sentido, estamos propondo, no substitutivo, a vedação de medida provisória sobre matérias: 1) de competência exclusiva do Congresso Nacional ou privativa de qualquer de suas Casas; 2) reservadas ao domínio normativo das leis complementares; 3) relativas a nacionalidade, cidadania, direitos políticos e eleitorais; 4) referentes a planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A experiência dos últimos cinco anos tem demonstrado o quanto o Poder Executivo tende a abusar da prerrogativa constitucional de editar medidas provisórias, renovando, muitas vezes indefinidamente, e ao arrepio da vontade do Congresso Nacional, medidas não apreciadas e até mesmo rejeitadas. Este tipo de prática contraria toda a sistemática do processo legislativo brasileiro, que tem entre seus princípios básicos a proibição de reapreciação de matéria numa mesma sessão legislativa, salvo pela vontade da maioria absoluta dos membros de cada Casa, como disposto no art. 67 do texto constitucional.”

E, também, no Parecer sobre o Capítulo do Orçamento Público:

“Entendeu-se ainda pertinente fazer

constar do texto constitucional o impedimento de que medidas provisórias sejam usadas para alterar quaisquer das leis a que se refere o capítulo em tela”.

Com a edição de tais medidas provisórias, o Poder Executivo tem pretendido alterar a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária mediante utilização de ato legal de uso restrito a situação emergencial e que não poderia ter versado sobre a matéria em razão de vários obstáculos opostos pela própria Constituição. A Carta Magna abre exceção ao que dissemos quando estatui:

“Art. 167. São vedados:

§ 3.º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.”

Entende-se que somente nesse único caso, pode-se valer o Executivo da edição de medidas provisórias em matéria orçamentária, por ser exceção constitucionalmente admitida e pela natureza emergencial da matéria de que tratam. Nos demais casos, a própria Lei Maior contém impedimentos para que se proceda dessa forma.

O primeiro óbice, de natureza lógico-temporal, não admitiria alteração da lei de diretrizes orçamentárias após o término da elaboração da proposta orçamentária anual pelo Executivo, pois o orçamento anual, de acordo com a Constituição, deve obedecer a parâmetros preestabelecidos por cláusulas balizadoras, materializadas no Plano Plurianual e na LDO.

Admitir-se alteração na LDO após elaboração do orçamento seria destituir de sentido aquela lei e permitir que o Executivo inverta a lógica da hierarquia legislativa, executando o orçamento como melhor lhe aprouver, e depois tentando adequar as diretrizes às suas ações ilegais. Nelson Jobim, sob o tema, assim se manifestou:

“De outra parte, o Substitutivo agrupou, em um mesmo capítulo, o planejamento e o orçamento por entender que são temas afins, *que se hierarquizam e se sucedem cronologicamente.*”

E ainda:

“Introduzida pela Constituição de 1988, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) tem-se revelado um instrumento de relativa eficácia, podendo ser, entre-

tanto, aperfeiçoada para que ocupe o amplo espaço que lhe foi reservado como *efetivo elemento do processo orçamentário.*”

A determinação concretizada no art. 166, § 3.º da Constituição, segundo a qual “as emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias”, seria tornada letra morta, pela impossibilidade de seu atendimento. E, “a Constituição não pode submeter-se à vontade dos Poderes constituídos e nem ao império dos fatos e circunstâncias”, conforme manifestou o STF.

De outro lado, a Constituição, na ausência de lei complementar sobre a matéria, fixa, no § 2.º do art. 35, de suas disposições transitórias, o cronograma rígido de encaminhamento e apreciação das leis orçamentárias e, especificamente, em relação à LDO, impede, mesmo, a interrupção de sessão legislativa antes de sua aprovação (art. 57, § 2.º). Parece, assim, claro, que a Constituição veda modificações na LDO, após o seu envio para a sanção, salvo os decorrentes de veto. Qualquer alteração na LDO, por iniciativa do Poder Executivo, somente terá lugar antes de iniciada a votação, na Comissão Mista, da parte cuja alteração é proposta, consoante decreta expressamente o art. 166, § 5.º da Carta Magna.

O segundo aspecto a ser abordado refere-se ao veículo utilizado. Dentro da Seção da Constituição que trata especificamente das leis orçamentárias, a Constituição autoriza, explicitamente, o uso de medidas provisórias em um único caso, quer seja, para a abertura de créditos extraordinários nas hipóteses autorizadas (art. 167, § 3.º). Nenhum esforço exegético torna-se necessário, pois, para se concluir terminativamente que, ressalvada a hipótese aventada, está afastada qualquer outra utilização de medidas provisórias versando matéria orçamentária pública. Como bem lembra o ilustrado Deputado José Serra, em sua mais recente obra sobre a temática orçamentária, durante a vigência da Constituição de 1967, o Governo Militar jamais usou de decretos-leis para modificar leis orçamentárias.

Outra face da questão consiste na titularidade da competência para a apreciação de qualquer proposição legislativa que envolva matéria orçamentária. Neste particular, está sendo novamente afrontado o Estatuto Fundamental, que reserva, em seu art. 166, § 1.º, inciso I, à

Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, a competência de examinar e emitir parecer sobre os projetos orçamentários, da qual se furtam a tramitações de medidas provisórias, que seguem o seu rito próprio, instituído pela Resolução n.º 01, de 1989-CN.

O legislador constituinte, ao outorgar ao Congresso Nacional, a competência indelegável de dispor sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos (art. 48, II e art. 68, § 1.º, III), pretendeu garantir ao povo e às Unidades Federadas a prolação da última palavra a respeito do conteúdo dos dispêndios públicos, bem como das formalidades que a atividade a eles relativa deverá atender, de maneira a se assegurar a correção de seu exercício. De grande justiça o dispositivo: se é o povo que contribui para as despesas do Estado, natural que a ele se reserve a eleição das prioridades a serem perseguidas.

As medidas provisórias em discussão, posto que em atenção a relevantes interesses políticos tenham sido admitidas pelo Congresso Nacional, deparam-se, sem dúvida, submetidas a um exame acurado, com a constatação de que a matéria por elas regulada é precisamente o maior óbice em desfavor de sua admissão como constitucional. Aquela matéria – diretrizes orçamentárias – está situada em posição imune ao alcance das medidas provisórias, estando tal exclusão explícita na *littera* do art. 68 da Constituição, dispensando maiores elaborações da hermenêutica. Ademais, como visto, veda a delegação legislativa em matéria orçamentária o inciso III do § 1.º do art. 68 da Lei Maior, *verbis*:

“Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1.º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.”

E o que não pode o Presidente da República fazer nem mesmo por delegação do Poder competente, jamais poderia ser feito sob a forma de usurpação. O que não pode ser objeto de delegação legislativa, menos poderia ser, obliquamente, alvo de Medida Provisória, que possui vigência e efeitos imediatos.

O aspecto mais grave, todavia, da continuidade dessas adoções de atos extravagantes pelo Presidente da República, é aquele referente à independência dos Poderes. A medida provisória constitui exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder; no entanto, possui limites. A intromissão, por essa forma, do Poder Executivo em assuntos que escapam à sua alçada, consubstancia-se em intolerável invasão de competência, com a qual não pode compactuar o Congresso Nacional sob o risco de se tornar Poder secundário da República. Não pode o Parlamento eximir-se do cumprimento de suas mais elementares missões constitucionais, entre elas a de zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros Poderes e a de sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, consagrados nos incisos XI e V, respectivamente, do art. 49 do Diploma Supremo.

5. Conclusão

Diante do exposto nas partes anteriores, pode-se extrair a conclusão que medidas provisórias que tratam de matéria orçamentária são inconstitucionais, salvo aquelas que contêm créditos extraordinários, porque:

a) usurpam competência legislativa indelegável;

b) atentam contra o princípio da separação dos poderes, de que a medida provisória é exceção.

Assim lastreado, pode-se asseverar que qualquer iniciativa legal pertinente a matéria orçamentária, com a exceção supracitada, haverá que se acomodar em projeto de lei, vedada qualquer outra espécie de proposição.

Pode-se, ainda, inferir que, dada a magnitude do tema, exposta na avaliação histórica inicialmente realizada, bem assim como pela preocupação com o tema que teve o Relator do Processo de Revisão Constitucional, as recorrentes violações que vêm ocorrendo constituem precedente de indisfarçável indisposição das forças políticas que ocupam os Poderes Execu-

tivo – pela agressão – e Legislativo – pela omissão – de se adequar a ordem do Estado democrático de direito, que se tentou implantar, ainda que atabalhoadamente, a partir da Constituição de 1988.

Bibliografia

- ARAÚJO, Olga Cavalheiro. *Medidas Provisórias – Competência do Poder Executivo nos termos da Constituição Federal*. Revista Síntese Trabalhista. 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* – V. 6, t. 2. São Paulo, Saraiva, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.
- BURKHEAD, Jesse. *Orçamento Público*. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 1971.
- CALMON, João. *Orçamento da União*. Brasília. Senado Federal, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 1991.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *O Estado de Direito e as Medidas Provisórias*. Revista do Curso de Direito da UFUBE. 1991.
- FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Medida Provisória: Natureza Jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo. 1993.
- FRANCO, Alberto Silva. *A Medida Provisória e o Princípio da Legalidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo. 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. Revista dos Tribunais, São Paulo. 1990.
- GUIMARÃES, Lázaro. *O Domínio do Provisório*. Revista AJUFE. 1991.
- JOBIM, Nelson. Pareceres às emendas apresentadas ao processo de Revisão Constitucional na qualidade de Relator-Geral. Brasília, 1994.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Considerações sobre as Medidas Provisórias*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo, Saraiva, 1990.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito e a Comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados*. Periódico Direito e Avesso, 1992.
- SERRA, José. *Orçamento no Brasil: as raízes da crise*. São Paulo. Atual Editora, 1994.

Requisitos para Ministro e Conselheiro de Tribunal de Contas

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES

O Supremo Tribunal Federal acaba de brindar a sociedade com notável lição de hermenêutica, pondo o Direito, na sua mais ampla extensão, em plena consonância com o momento de exuberância da cidadania que se vivencia, tornando concreto o princípio da moralidade como elemento indissociável à validade dos atos administrativos.

Em recurso extraordinário de ação popular, anulou a nomeação de dois Conselheiros, nomeados há mais de três anos. Discutia-se no RE-167.137-8-TO, do qual foi relator o eminente Ministro Paulo Brossard, os requisitos para a ocupação do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas de Tocantins, tendo por esteio o disposto no art. 73 da Constituição Federal.

Sobre o assunto, dispôs inovadoramente o Estatuto Político fundamental os seguintes requisitos para a ocupação do cargo de Ministro do Tribunal de Contas da União: a) ser brasileiro (art. 73, § 1.º); b) possuir mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade (art. 73, § 1.º, I); c) possuir *idoneidade moral e reputação ilibada* (art. 73, § 1.º, II); d) ter *notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública* (art. 73, § 1.º, III); e) contar *mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional para a qual se exija os conhecimentos mencionados na alínea anterior* (art. 73, § 1.º, IV).

Esses requisitos assentaram que a escolha de um Ministro do Tribunal de Contas da União deixou de ser um ato predominantemente discricionário para ser estritamente vinculado aos parâmetros da Lei. Inobstante a ênfase dada pelo Constituinte no sentido de buscar a valorização do controle externo e a qualificação de

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, Professor de Direito Administrativo da AEUDF e do Centro Brasileiro para Formação Política e Instrutor do Instituto Serzedello Correa do TCU.

seus membros, ainda assim efetivaram-se algumas nomeações, em determinadas unidades da federação, sem o fiel acatamento dos postulados constitucionais.

A nacionalidade e o requisito concernente a faixa etária são comuns a todos os cargos de Ministros do Poder Judiciário, assim como a idoneidade moral e a reputação ilibada. A propósito, os conceitos jurídicos desses dois últimos requisitos são exatamente coincidentes com a acepção vulgar: idoneidade moral é a aptidão, a capacidade de situar-se no plano dos bons costumes consagrados pela sociedade; reputação ilibada diz respeito ao conceito que a sociedade atribui ao sujeito de ser “sem mancha, puro, incorrupto”.

A toda evidência, ao contrário do que ocorre nas relações e em processos criminais, no plano moral inexistem “serviço de proteção ao crédito” ou “cartório de registros” para manter registros das condutas, podendo-se concluir que, para ser possuidor de idoneidade moral seria suficiente que o candidato não ostentasse condenação criminal definitiva ou fosse frequentador de colunas policiais. Já a reputação ilibada para ocupação de cargo de Ministro – e, por extensão impositiva do art. 75 da Constituição Federal, de Conselheiro –, é indispensável que jamais tenha sido envolvido em atos de corrupção, entre outros.

Ocorre que os conceitos, no âmbito moral, prescindem de registros e são muito mais severos do que os jurídicos, pois não se submetem ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Como, agora, entendeu o STF, porém, são conceitos objetivos e, por corolário, aferíveis.

Não se dará, pois, crédito a qualquer notícia/denúncia, mas também não se poderá concluir que detém reputação ilibada, quem esteve envolvido em notícias mal explicadas de riquezas ou transações escusas. Situando-se no plano moral, para que se deixe de preencher o requisito, não é necessária a existência de processo condenatório, mas simplesmente que, aos olhos do *bonus pater familias*, a conduta seja veementemente reprovável; que o “candidato” não mais seja merecedor de crédito suficiente para desempenhar tão elevado cargo.

A fundamental lição consagrada pelo Pretório Excelso foi mais ampla e diz respeito à exigência de que o pretense candidato possua notório saber, nas áreas das ciências indicadas

no art. 73, § 1.º, III, da Constituição Federal – direito, economia, contabilidade e finanças ou administração pública –, como requisito indispensável à validade da ocupação do cargo de Conselheiro.

O magistral escólio ao art. 73, legado por aquele provecto Ministro, resultou no julgamento procedente da ação popular, a qual termina sentenciando por “anular os atos impugnados de nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado de Tocantins, lesivos à moralidade e à finalidade da norma constitucional”.

Acima de um mero julgado, a decisão abriu trincheiras quando assentou que, “ao contrário do que harmonicamente dizem as impugnações à ação, a *comprovada* idoneidade e o *notório* saber, como a própria adjetivação ressalta, são elementos objetivos que não podem ser desconsiderados pela discricionariedade, pela vontade, pela simples avaliação do Governador. Esta visão distorcida do ato administrativo praticado já seria, por si só, suficiente para demonstrar a sua contaminação” (grifos do original).

A possibilidade de contrastar os atos de indicação e de nomeação dos membros das Cortes de Contas tornou-se efetiva e não mais poderá ser ignorada, sob pena de encontrar sobranceiro e firme o “guardião da Constituição”.

A decisão é ainda mais oportuna para o Distrito Federal pois, no curso de um ano, a Câmara Legislativa estará, de acordo com o disposto no art. 82 c/c 8.º das disposições transitórias da *Lei Orgânica do DF*, escolhendo um cidadão, dentre os que preenchem os requisitos constitucionais, para ocupar vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Desde logo é imperioso que a sociedade brasiliense e as legítimas instituições representativas – como a imprensa, a OAB, as entidades de classe, o Ministério Público, entre outros – redobrem a vigilância para que “aventureiros” – que nada conhecem do controle externo, do ônus desse encargo, do compromisso dele decorrente, e, acima de tudo, que não preenchem quase nenhum dos requisitos – sejam guindados a uma posição como a de Conselheiro, fundamental para o aperfeiçoamento da Administração Pública, e evitem que aqui se repita o desastroso acontecimento que justificou a decisão do Pretório Excelso em tela.

Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980¹

JUDITH MARTINS-COSTA

SUMÁRIO

Introdução. 1.ª Parte – Os princípios de caráter axiológico. A) O princípio da boa-fé: a.1) distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva; a.2) deveres decorrentes da boa-fé. B) O princípio da razoabilidade: b.1) características; b.2) normas decorrentes do princípio. 2.ª Parte – Princípios de caráter dogmático. A) O princípio da consensualidade. a.1) Exceção à dispositividade das normas convencionais. B) O princípio da internacionalidade do contrato. Conclusão.

Introdução

1) Se no plano do direito interno cresce, progressivamente, a atenção doutrinária e jurisprudencial ao papel dos *principios jurídicos* na regulação, conformação e aplicação de certos institutos², com muito mais razão, no campo do direito dos contratos internacionais, os princi-

¹ O presente trabalho originou-se em seminário apresentado à disciplina “Contratos do Comércio Internacional”, coordenada pelo Professor Doutor Hermes Marcelo Huek no curso de Doutorado em Direito da Universidade de São Paulo, maio de 1994.

² Da vasta bibliografia ver, em especial, Joseph Esser, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. de Eduardo Valenti Fiol, I. d. Bosch, Barcelona, 1969, Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, trad. de Marta Gustavino, Ariel, Barcelona, 1989, Pietro Rescigno, “Sui Principio Generali del Diritto”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLVI, 1992, 2, p. 379, Angelo Falzea, “I Principi Generali del Diritto”, in *Rivista di Diritto Civile*, anno XXXVII, 1991, 5, p. 454, Ricardo Guastini, “I principi di diritto”, in *Il Diritto dei Nuovi Mondi*, Cedam, Pádua, 1994, p. 193 e, entre nós, Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Interpretação e Crítica*, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, em especial cap. IV.

pios desempenham papel regulador e formador de direitos e deveres, além de atuarem, como é tradicional, para a integração e a interpretação dos contratos³.

Essa relevância dos princípios no direito do comércio internacional se deve, basicamente, a uma dupla ordem de fatores: uma que se poderia nomear como interna aos próprios contratos internacionais e outra como externa a estes contratos, aí ligando-se mais propriamente ao papel dos princípios jurídicos em si mesmo considerados.

2) No que concerne à ordem de fatores aqui chamada de “interna” aos contratos internacionais, em especial os contratos de compra e venda, vale lembrar algumas das particularidades que os cercam. É sabido que desde os inícios deste século, uma série complexa de fatores políticos e econômicos passou a determinar a intensificação do comércio internacional e a expansão da economia mundial, com base na ação dos grandes conglomerados transnacionais, especialmente os norte-americanos: uma “nova ordem econômica internacional”⁴ foi inaugurada e, nela, a compra e venda joga papel determinante.

Nessa “nova ordem” econômica internacional, a consideração do papel dos contratos de compra e venda e, conseqüentemente, da sua regulação jurídica, tem conduzido a uma série de problemas: estes se ligam à própria existência de bem acabados sistemas jurídicos que regulam de modos distintos a compra e venda, às diferentes concepções de sistema econômico, e às diversas ideologias dos governos participantes. Contudo, a enorme variedade de problemas aí plasmados – e, por igual, as soluções que vêm sendo apontadas – não deve despertar a atenção apenas do especialista em Direito Internacional. Estes problemas e estas soluções acabam, num jogo marcado pela dialética, se refletindo também nos contratos de compra e venda de direito interno⁵, desenhando, outros-

³ Ver Wilhelm Wengler, “Les Principes généraux du droit en tant que loi du contrat”, in *Revue Critique du Droit International Privé*, 1982, p. 17.

⁴ Para o exame crítico dessa “nova ordem” ver Noam Chomsky, “Novos Senhores da Humanidade”, artigo, jornal *Folha de São Paulo*, Caderno Mais!, p. 6, 25.4.93 e, por igual, entrevista de Bernardo de Carvalho com o lingüista e escritor norte-americano intitulada “Para Chomsky, nova ordem é igual à velha”, mesmo jornal, ed. de 3.3.91, caderno 2, p. 8.

⁵ Assim, por exemplo, as *cláusulas de hardship* que, geradas na prática do comércio internacional,

sim, questões de grande indagação no campo da teoria geral do direito⁶.

Entre os problemas que peculiarizam os contratos internacionais de compra e venda está o que se poderia denominar de “meio ambiente” onde formados e desenvolvidos⁷. Particulariza-o a interligação econômica entre países cujos pesos políticos, no panorama internacional, são fundamentalmente desiguais – daí decorrendo as diferentes formas de dominação econômica⁸ – e a incidência de uma imbricada teia de fatores ideológicos e sociológicos. Paralelamente a esse especial “meio ambiente” está a questão das fontes normativas dos contratos internacionais, marcada pela pluralidade e ínsita dinamicidade.

4) À questão das fontes normativas dos contratos internacionais se liga, umbilicalmente, o problema do *jus mercatorum* e, por extensão, os princípios gerados pela prática do comércio internacional. Com efeito, desde os fins dos anos 60, fala-se na existência de uma nova *lex mercatoria* que teria o condão de flexibilizar as rígidas regras do direito legislado⁹, uma vez constituir, esta, “o conjunto de regras e de princípios consagrados como normas jurídicas no comércio internacional”¹⁰. Contudo, o renascimento do *jus mercatorum* não tem o efeito de eclipsar a questão das fontes normativas dos contratos internacionais de compra e venda, sabendo-se que ainda hoje inúmeros sistemas

são perfeitamente recebidas nos contratos, civis e comerciais, de direito interno.

⁶ Tratei de alguns destes problemas, em especial os ligados à fase formativa dos contratos internacionais e à responsabilidade pré-negocial em artigo intitulado “As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 10, 1994, p. 39.

⁷ Para estas observações consultei Bruno Oppetit, “Autour du Contrat International”, in *Droits*, 12, 1990, pp. 107 e ss.

⁸ Para esse exame ver Noam Chomsky, *op. cit.*

⁹ Ver, entre outros, René David, “Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?”, in *Riv. Dir. Civile*, 1976, Parte Prima, p. 577.

¹⁰ Conforme a definição que lhe foi dada pela Corte de Apelação de Paris de 13 de julho de 1989, cit. por Andrea Giardina, “La Lex Mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali”, *Riv. di dir. inter. privato e processuale*, 1992, 3, p. 465.

admitem a *consuetudo* como fonte legítima de produção normativa.

O que se tem, na verdade, é uma mescla de modelos de fontes, de um lado o modelo da prática, traduzida na expressão “usos do comércio internacional”, origem da *lex mercatoria*, de outro o modelo da regulamentação de ordem convencional. Em ambos convivem os princípios que, em geral, passam do plano da prática para o plano da regulamentação jurídica convencional, sendo, desta forma, recolhidos ou recebidos pelo direito escrito¹¹.

Inviabilizado o modelo “puro” de regulamentação puntual das regras contratuais, em virtude das próprias especificidades do comércio internacional, admite-se, outrossim, que a ausência de qualquer regulação poderia conduzir a um estado de profunda insegurança jurídica. Por esta razão a Comissão de Direito Comercial das Nações Unidas, mais conhecida pela sigla UNCITRAL¹², vem há décadas se dedicando à tentativa de normatizar os pontos mais polêmicos desse comércio, em especial a arbitragem, o câmbio, a moeda e, de forma particular, o contrato de compra e venda. À UNCITRAL se deve a organização das convenções sobre o tema, entre elas a Convenção de Viena de 1980, fonte da mais importante regulação convencional a esse respeito.

5) Importa lembrar que, entre as fontes de produção normativa dos contratos internacionais estão as *leis uniformes*, as *condições gerais dos contratos*, os *contratos-tipo* e os *incoterms*. Como é por todos sabido, as chamadas leis uniformes resultam de convenções internacionais¹³ e pretendem uniformizar as regras

contratuais no comércio internacional, tendo em conta a diversidade dos sistemas jurídicos nacionais¹⁴. As condições gerais dos contratos, ou condições gerais de venda, constituem a consolidação de modalidades usuais na contratação: são “regulamentações detalhadas às quais as partes podem se referir em suas negociações”¹⁵, facilitando, assim, a tarefa de estruturar e redigir o instrumento negocial; os contratos-tipo assemelham-se às condições gerais de venda, porquanto constituem, igualmente, “regulamentações ou fórmulas padronizadas, com numerosos pontos comuns, diferindo geralmente tão-só no que tange às particularidades de cada ramo do comércio”¹⁶. Por sua vez os *incoterms*, expressão que designa os “termos usuais do comércio internacional”, constituem espécie de súmula dos costumes internacionais em matéria de compra e venda, representadas por dez siglas, periodicamente editadas pela Câmara do Comércio Internacional, que indicam certas cláusulas-padrão nesses contratos, estas contemplam outros deveres resultantes do vínculo que não os deveres principais de entregar a coisa e pagar o preço¹⁷.

6) Ora, pelo mero arrolamento das fontes usuais do contrato de compra e venda internacional já se pode perceber que, nesta matéria, a tendência é a de unificar e uniformizar as regras contratuais. A unificação, contudo, não sofre, em nossos dias, da pretensão codificadora oitocentista que buscou sistematizar e reduzir todo o direito a um mesmo *corpus* normativo. Hoje em dia objetiva-se, mais do que uma unifi-

transferência de propriedade na C&V Internacional, Haia, 1958; a Convenção sobre Competência, Haia, 1958; a Convenção Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional, Haia, 1964; a Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos, Haia, 1964; e a Convenção sobre a Compra e Venda de Mercadorias, Viena, 1980.

¹⁴ Estudo interessante sobre o caráter normativo dos tratados internacionais – que constituem, ao mesmo tempo, “ato jurídico” e norma – está em Paul Reuter, “Le Traité International, acte et norme”, in *Archives de Philosophie du Droit*, 32, 1987, p. 111, onde acentuado o seu caráter paradoxal, no qual se combinam “lei” e “contrato”, prevalecendo, contudo, segundo o autor, os aspectos consensuais.

¹⁵ Nesse sentido, Suzan Lee Zaragoza de Rovira, “Estudo Comparativo sobre os Contratos Internacionais: aspectos doutrinários e práticos”, in *Contratos Internacionais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p. 61.

¹⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁷ Assim, Maria Luiza Machado, “Os Incoterms”, in *Contratos Internacionais*, cit., pp. 143 e ss.

¹¹ É, de fato, característica dos princípios jurídicos o fato de terem sua origem na prática, ou “direito costumeiro”. Daí existirem alguns que se situam em “zona pré-positiva”, sendo progressivamente positivados seja por intervenção legislativa, seja por intervenção judicial, que os “recolhem” e completam o seu processo de positivação. No caso do direito internacional, as leis uniformes, as convenções e a arbitragem cumprem este papel de recolha e positivação.

¹² *United Nations Commission for International Trade Law*, criada pela ONU em 17 de dezembro de 1962 com a específica missão de “fomentar a harmonização e a unificação progressivas do direito comercial internacional através da coordenação dos trabalhos de outras organizações; preparar novas convenções; informar sobre as legislações nacionais, incluindo a jurisprudência”.

¹³ São consideradas leis uniformes a Convenção de Haia, 1955, a Convenção sobre a lei aplicável à

ção, uma *uniformização* punctual das normas (princípios e regras¹⁸) relativas a certos setores do comércio internacional, e a certos tipos contratuais formando, assim, espécies de *microsistemas normativos*. Assim ocorre com a *compra e venda internacional de mercadorias*.

7) Em matéria de compra e venda internacional de mercadorias, uma lei uniforme se aloca com especial relevância, justamente porque vem se mostrando fonte particularmente bem sucedida no escopo de permitir o desenvolvimento de um direito contratual internacional uniforme no setor que pretende regulamentar. É a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, firmada em Viena em 11 de abril de 1980¹⁹. Vários vetores se entrecruzam quando se quer acentuar as razões do seu sucesso, tal como as elaboradas discussões que precederam a aprovação de seu texto, a qualidade dos representantes dos países signatários, o próprio número de signatários, as soluções de conciliação entre regras originadas nos diferentes sistemas jurídicos dos Estados signatários²⁰, o conteúdo inovador de algumas de suas normas²¹, etc. Entre esses vários vetores está, por igual, a circunstância de a Convenção ter abrigado fértil principiologia, por forma a permitir – em razão do próprio caráter de certos princípios que adota – a sua própria constante flexibilização, reduzindo, por essa via, o imobilismo que marca e enrijece, em regra, os textos regulamentares. Daí a importância da atenção, particularizada, a estes princípios.

8) Já do ponto de vista dos princípios considerados em si mesmos – o que nomeei, acima, como ordem de fatores externos que justificam

¹⁸ Utilizo, aqui, a classificação proposta por Ronald Dworkin in *Los Derechos en Serio*, trad. esp. de Marta Gustavino, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 61 e ss e, igualmente, por J.J.G. Canotilho, in *Direito Constitucional*, 5.ª ed., Livraria Almedina, 1991. (vide nota 39, *infra*).

¹⁹ O Brasil não é signatário da Convenção. Na América Latina é adotada pela Argentina, Chile e Venezuela.

²⁰ Embora a Convenção tenha adotado soluções de compromisso, a influência preponderante é a do direito norte-americano, em especial a do *Uniform Commercial Code (UCC)*.

²¹ Têm especial relevância na compreensão da Convenção, as normas dos artigos 1.º (campo de aplicação), 14 (formação do contrato), 25 (violação fundamental do contrato) e 55 (critério de fixação do preço não estabelecido no contrato).

a relevância dos princípios para o estudo da Convenção de Viena – se pode alinhar uma triplíce argumentação. Em primeiro lugar, está a circunstância de tradicionalmente ser apontado aos princípios o papel de *fundamento* de regras ou de um conjunto de outras normas²². Se por “fundamento” for entendida “a razão que justifica” determinada norma, fácil é compreender que os princípios constituem, ou devem constituir, um *guia de racionalidade* do conjunto normativo onde inseridos. Asseguram eles, na verdade, a influência de um certo quadro de valorização e revalorização na tarefa, jamais esgotada, da construção de um ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, está a *linguagem* na qual são formulados os princípios, em especial os princípios de valor. Embora não constitua a vagueza semântica²³ traço exclusivo dos princípios, não se pode desconhecer que os termos que expressam valores possuem uma zona de indeterminação semântica bastante acentuada²⁴, o que vem permitir a maior ductilidade na sua aplicação, à vista das circunstâncias concretas. Desse modo, a técnica de regulamentar por princípios se aloca, na contracorrente da técnica de regulamentação por *fattispecie*²⁵, como ensejadora de maior flexibilidade ao sistema ou aos microsistemas jurídicos.

²² Para uma síntese dessa linha de argumentação, Ricardo Guastini, *op. cit.*, nota 2, *supra*, pp. 194 e ss.

²³ Uma norma pode ser “vaga” em várias acepções. Será vaga, por exemplo, no sentido de que não tem um campo de aplicação preciso. Bem assim, será vaga no sentido de que é dotada de um conteúdo teleológico ou programático, não prescrevendo, puntualmente, certa e determinada conduta, nem quais os meios que devem ser empregados para que se atinja o fim ou o valor que indicam.

²⁴ Sobre esse tema ver Claudio Luzzati, *La Vaguezza delle Norme*, Ed. Guiffirè, Milão, 1990.

²⁵ A técnica da regulamentação por *fattispecie*, também dita “técnica da casuística”, consiste em regulamentar determinadas matérias, ou determinados conjuntos de matérias mediante a configuração da hipótese legal – enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição – circunscrevendo particulares grupos de casos. Aí o legislador cria uma espécie de repertório de figuras e disciplinas típicas onde estão claramente definidos os pressupostos da estatuição e as suas conseqüências, ou efeitos jurídicos. (Sobre este ponto consultei Karl Englich, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. de J. Baptista Machado, Ed. Fundação Gulbenkian, Lisboa, 3.ª ed., p. 188.)

Por fim, em terceiro lugar, uma circunstância que o Direito Comparado bem esclarece. É que, nos sistemas da *civil law*, aos princípios era atribuído um papel “exterior” à ordem jurídica, meramente destinado a exprimir uma referência a um determinado conjunto de valores, ou a cumprir uma função descritiva. Eram tidos, portanto, como proposições de ordem exclusivamente conceitual, e não *normativa*²⁶, cuja origem era basicamente doutrinária ou “científica”. Isto porque os ordenamentos de origem romanística se construíram, nos últimos duzentos anos, de forma fortemente atada à lei escrita, de origem parlamentar, como fonte primordial de produção jurídica. Diferentemente, no sistema da *common law*, vinculado à dicção jurisprudencial como fonte principal da produção do direito, os princípios provêm da prática e estão *inseridos na própria estrutura técnica do sistema* como guias de comportamento, retirados pelo juiz dos casos precedentes²⁷. Seu papel é, pois, indiscutivelmente normativo.

Ora, em razão do contágio, *via* a prática do comércio internacional, entre as duas famílias jurídicas, progressivamente a acepção norte-americana de “princípios” foi ingressando na cultura dos juízos arbitrais. Assim o demonstra Bruno Oppetit em primoroso estudo em que indica decisões que, passo a passo, fizeram recurso aos “princípios gerais do direito internacional privado” como “normas fundamentais que devem reger as transações internacionais” ou “princípios gerais do direito integrantes da *lex mercatoria*”²⁸.

Nesta perspectiva, quando elaborada a Convenção de Viena, já os sistemas de tradição romanística estavam preparados, do ponto de vista juscultural, a atribuir aos princípios um papel

verdadeiramente normativo e até mesmo como uma fonte autônoma de produção jurídica. Sua *positividade* estava plenamente reconhecida desde o momento em que as Cortes nacionais os utilizaram como fundamento de decisões²⁹.

Ao fazer expresso recurso aos princípios, como se verá, delinea a Convenção não só um modelo bastante flexível para o direito da compra e venda internacional, como um modelo justificadamente ancorado na prática preexistente, por forma a afastar os perigos de uma construção eminentemente doutrinária. Correndo o risco da arbitrariedade, ousou afirmar que a Convenção é informada por dois grandes grupos de princípios. De um lado, o que indicarei por *princípios jurídicos de valor*³⁰. Ai estão os princípios da boa-fé objetiva e o da razoabilidade. De outro, o que chamarei de *princípios de caráter dogmático*: são os princípios da consensualidade e o da internacionalidade do contrato. Os quatro princípios constituem o objeto deste comentário.

1.ª Parte – Princípios de caráter axiológico

Indica a Convenção de Viena, na segunda alínea do art. 7, que as questões respeitantes às matérias reguladas na presente Convenção e que não são expressamente resolvidas por ela serão decididas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na falta destes princípios, de acordo com a lei aplicável em virtude das regras de direito internacional

²⁹ Na matéria ver, igualmente Philippe Kahn, “Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international”, *Journal du Droit International*, 1989, I, p. 305.

³⁰ Discutem alguns a precisão da expressão “princípios de valor”, na medida em que todos os princípios jurídicos teriam caráter axiológico. A observação se liga, fundamentalmente, à própria polissemia do termo “princípios”, que em acepção larguíssima é empregada para designar tanto os princípios expressos em lei quanto os inexpressos, as máximas de conduta, *standards* de comportamento e até axiomas. Concordando com a asserção segundo a qual os princípios, quaisquer que sejam, traduzem, em maior ou menor medida, certos valores, consigno todavia, a distinção entre os “princípios de valor” (por exemplo, os princípios da boa-fé, da razoabilidade, da moralidade) os “princípios de caráter dogmático”, gerados por construção doutrinária (exemplificativamente, o chamado princípio da ação, no processo civil, o princípio do consensualismo, em matéria contratual, o da sanção do nulo, no direito civil e administrativo), por entender que existe uma distinção de grau na carga valorativa. Essa é, nos primeiros, imediata, e, nos segundos, mediata.

²⁶ Assim, Bruno Oppetit, *Les principes généraux en droit international privé*, *Archives de Philosophie du Droit*, 32, 1987, pp. 180 e 181.

²⁷ Sobre este tema ver Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 61 e ss. e Camille Jauffret-Spinosi, *Comment Juge le Juge Anglais?*, in *Droits*, v. 9.º, 1989, pp. 58 e ss.

²⁸ *Op. cit.*, pp. 181 e 182. Assinala o autor a variedade da terminologia emprestada, nas decisões arbitrais, a estes “princípios gerais”, ora vistos como “normas fundamentais que devem reger a organização e o funcionamento das sociedades anônimas”, ora como “princípios gerais fundamentais”, ora como “princípios gerais formulados pela jurisprudência arbitral”, e ainda como “princípios gerais amplamente admitidos como rectores do direito comercial internacional” e “princípios gerais aplicáveis às relações econômicas internacionais”.

privado³¹.

Como se vê, os princípios gerais que a informam têm supremacia sobre a lei aplicável segundo os cânones de direito internacional privado, a qual só será chamada em caráter supletivo³². Devem, portanto, os problemas surgidos do contrato ser resolvidos precedentemente com base nos princípios nela inscritos, a partir dela produzidos ou dela deduzidos³³. Assim os princípios da boa-fé objetiva e o da razoabilidade.

A) O princípio da boa-fé

Consigna a primeira alínea do art. 7 da Convenção que, na sua interpretação, “ter-se-á em conta o seu caráter internacional, bem como a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e de assegurar o respeito da boa-fé no comércio internacional”³⁴. Estão aí indicados dois princípios (o do caráter internacional e o da boa-fé) e uma diretiva (a da promoção da uniformidade na aplicação das regras convencionais³⁵). A respeito da parte assinalada do

³¹ Grifos meus.

³² Mesmo no direito francês, onde o peso do exegetismo se faz sentir ainda em nossos dias, relata Bruno Oppetit significativo *arrêt* da *Cour de Cassation* pelo qual se estabeleceu que poderiam impor-se ao juiz francês *des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue*. Tal acórdão, já antigo (Civ. 23 mai 1948, *Lautour*, D. 1948, 357, nota Lerebous-Pigeonnière) e que restou por muito tempo isolado, poderá, talvez, segundo o autor, ser hoje renovado, considerando-se o consenso doutrinário no sentido de existirem, à volta dos códigos nacionais, princípios cuja força obrigatória é reconhecida e cuja aplicação é realizada. (in *Les Principes Généraux en Droit International Privé*, Archives de Philosophie du Droit, 32, 1877, p. 187).

³³ Anota Philippe Kahn estarem aí inseridas “directives assez flouées pour leur contenu positif, mais claires pour leur contenu négatif: ne pas faire appel aux droits nationaux – ni utiliser un pointillisme qui conduirait à nier la bonne foi”, in *Convention de Vienne du 11 avril 1980. Caractères et Domaine d'application*, Droit et Pratique du Commerce International, T. 15, 3, p. 397.

³⁴ Grifos meus.

³⁵ Alguns autores promovem distinção entre princípios e diretivas. Enquanto aqueles teriam um forte conteúdo axiológico, direcionando o intérprete à concretização de um valor, como a boa-fé, os bons costumes, o comportamento razoável, etc., as diretivas, ou *polícies* visam a orientar o intérprete na direção de um objetivo de ordem política, social ou econômica. Pode-se exemplificar com normas do direito brasilei-

texto acima reproduzido, fundamental é, desde logo, *distinguir* entre o conceito de boa-fé *objetiva* e de boa-fé *subjetiva*, em especial tendo em conta que os juristas brasileiros, salvo raras exceções, acostumaram-se a operar apenas a segunda aceção.

a. 1) Distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva

A expressão “boa-fé subjetiva” denota “estado de consciência” ou *convencimento individual de obrar* (a parte) *em conformidade ao direito* (sendo) *aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória*”³⁶. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a *intenção* do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé objetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao parágrafo 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law*³⁷, – modelo de conduta social, arquetipo ou *standard* jurídico segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquetipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”³⁸. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.

ro: o art. 40 da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) contém princípios tais como o da boa-fé e o da vedação do abuso (incisos III, *in fine* e VI, primeira parte) e diretivas, tais como a da proteção aos interesses econômicos dos consumidores (*caput*) e a do incentivo à criação, pelos fornecedores, de meios eficientes de controle de qualidade e segurança dos produtos e serviços (inciso V).

³⁶ Conforme aludi no artigo “Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro”, in *Revista Direito do Consumidor*, v. 3, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 141.

³⁷ Para esse exame ver Dawson, J. *The General Clauses Viewed from a distance* e F. Kessler e E. Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: a comparative study*, in *Harvard Law Review*, 1977, p. 401.

³⁸ A expressão é de Ernesto Wayar, in *Derecho Civil – Obligaciones*, Tomo I, p. 19.

A expressão "boa-fé objetiva" se desprende, portanto, da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a aplicação do princípio, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um *padrão objetivo de conduta*, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico³⁹.

a.2) *Deveres que decorrem da boa-fé*

Do princípio geral da boa-fé objetiva nascem, em matéria contratual, outros princípios, como o da responsabilidade e o da tutela da confiança legítima, e certos deveres de conduta aos quais as partes estão adstritas mesmo se não explicitados, estes deveres, no instrumento contratual. Já antes de expressamente consagrado pela Convenção de Viena, o princípio da boa-fé vinha sendo aplicado nas relações comerciais internacionais como "princípio geral do direito contratual integrante da *lex mercatoria*". Foi enunciado, por exemplo, em 16 de outubro de 1979, no célebre "caso Norsolor"⁴⁰. Na espécie, afirmou a Câmara do Comércio In-

³⁹ Fundamental para esta compreensão é o dis-crimine entre os princípios e as regras, ambos espécies do gênero "norma jurídica". Segundo Dworkin, ambos têm a mesma substância, distinguindo-se, contudo, entre si, em função das diversas dimensões de sua atuação. As regras são aplicáveis como disjuntivas -- isto é, ou se aplicam ou não se aplicam -- conforme haja ou não a correspondência extra entre a hipótese abstratamente prevista e o fato concreto. Se os fatos que são previstos abstratamente pela regra se configuram, ou bem a norma incide e projeta eficácia, ocorrendo, aí, as conseqüências da estatuição, ou bem não incide, e, então, de nada importa a sua existência (*rectius*: previsão normativa) para a decisão do aplicador da lei. Obedecem, portanto, ao critério do tudo ou nada. Diferentemente, os princípios jurídicos de valor não estabelecem "conseqüências" que possam operar *automaticamente* quando satisfeitos os pressupostos abstratamente previstos. Isto porque obedecem, os princípios, à *dimensão do peso e do valor*, não apontando apenas a um tipo de decisão em particular. Podem, portanto, *se assim o indicarem as circunstâncias concretas*, ser afastados em razão da colidência com outro princípio (Dworkin, *op. cit.*, pp. 75 e ss). Assim opera o princípio da boa-fé objetiva. Não é "pensável" a sua aplicação se adotado o critério próprio às regras. As circunstâncias concretas são determinantes e vinculantes da ação do intérprete, que deve pesá-las e valorá-las compassivamente.

⁴⁰ Referido por P. Kahn, *op. cit.*, p. 321. Este caso vem reproduzido na *Rev. Arb.* 1983, e comenta-

ternacional que o princípio exprimia não apenas um estado psicológico, o conhecimento ou a ignorância do fato (acepção subjetiva), mas indicava referência aos *usos*, a uma "regra moral de comportamento". A boa-fé na acepção objetiva traduzia, assim, determinadas exigências de comportamento que poderiam ser reconduzidas ao princípio geral da responsabilidade, por forma a conduzir, no caso concreto, à aplicação das regras concernentes à responsabilidade contratual por ruptura do ajuste, e o conseqüente dever ressarcitório à parte prejudicada pela ruptura.

Outros casos, recolhidos da prática do comércio internacional, bem demonstram a extrema abrangência do princípio da boa-fé. Na verdade, este se põe como uma concha hospedeira de uma imensa gama de deveres. No "caso Amco"⁴¹, o princípio da boa-fé foi consagrado como gerador do dever de não-contradição, o qual vem indicado, em certos sistemas, pelo brocardo *venire contra factum proprium*, atualmente reconduzido, nos sistemas da *civil law*, à boa-fé objetiva. Efeitos similares são atingidos, no sistema anglo-saxão, pelas regras da *estoppel*⁴².

Como se vê, este princípio, além de atuar como cânone hermenêutico, importa na criação de deveres para as partes, deveres estes que, numa relação contratual, se alocam a *latere* dos deveres principais⁴³ -- na compra e venda, o dever de *transmitir o domínio*, para o vendedor, e de *pagar o preço*, para o comprador. Na Convenção está posto, como cânone hermenêutico, no art. 7, retrocitado. Suas conseqüências, no que concerne à criação, conformação e regulação dos direitos e deveres laterais podem ser vislumbradas nos seguintes artigos:

do por Goldman, mesma revista, p. 379.

⁴¹ Ref. in *Journal du Droit International*, 1981, p. 914 e aludido por Kahn, *op. cit.*, p. 323.

⁴² O princípio do *venire contra factum proprium* indica a proibição de se beneficiar de suas próprias contradições em detrimento de outrem. Seu campo primordial de aplicação é o direito processual, embora não se restrinja a este. No sistema da *common law* é conhecido sob a denominação de *estoppel*, tendo a função de flexibilizar o formalismo processual vedando à parte que, por suas declarações, sua atitude, seus atos, enfim, conduziu a outra parte a modificar a sua posição em seu próprio detrimento.

⁴³ Assim, Clóvis do Couto e Silva, "O Princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e Português", in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 43.

– art. 27: prevê o direito da parte que comunicou, notificou ou avisou a outra, e cujo aviso, comunicação ou notificação se atrasou ou recebeu equivocada transmissão, prevalecer-se de tal comunicação desde que ela tenha sido feita “por um meio adequado às circunstâncias”;

– art. 32, 1: contém o *dever de aviso*, que incumbe ao vendedor, de comunicar ao comprador que expediu as mercadorias, se estas não estiverem “claramente identificadas para os fins do contrato”;

– art. 32, 2: prevê o *dever de diligência*, que incumbe ao vendedor, quando estiver obrigado a tomar providências para o transporte das mercadorias, devendo “celebrar os contratos necessários para que o transporte seja efetuado até o lugar previsto, pelos meios de transporte apropriados às circunstâncias e nas condições usuais de tal transporte”;

– art. 32, 3: assinala o *dever de informar*, que incumbe ao vendedor, relativamente às condições para o estabelecimento do seguro sobre a mercadoria vendida, se não estiver obrigado a subscrever, ele próprio, uma apólice de seguro de transporte;

– art. 35, 1 e 2, alínea d: prevê os *deveres de guarda, custódia e adequado acondicionamento* das mercadorias, os quais incumbem ao vendedor;

– art. 35, 2: regula o *dever*, incumbente ao vendedor, *de adequar* as mercadorias vendidas às finalidades do contrato;

– art. 35, 3 e art. 36, 1 e 2: assinala *dever de garantia*, no caso, o de garantir a coisa vendida contra riscos;

art. 38, 1: contém o *dever* (que incumbe ao comprador) *de examinar* as mercadorias recebidas em prazo breve, “tendo em conta as circunstâncias”⁴⁴;

– art. 46, 1: registra o *dever*, incumbente ao comprador, *de agir com lealdade* na execução do contrato e conseqüente proibição do *venire contra factum proprium* – que é um princípio decorrente da boa-fé objetiva⁴⁵ – sob pena de

⁴⁴ Aqui se nota a atuação, sempre *in concreto*, do princípio da boa-fé objetiva: a sua aplicação jamais prescinde do exame das circunstâncias objetivas do caso. Para o exame punctual da obrigação de examinar as mercadorias, vide Ben Abderrahmane, “La Conformité des marchandises dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises”, in *Droit et Pratique du Commerce International*, v. 15, 4, 1989, pp. 555 e ss.

⁴⁵ Comentei a aplicação do princípio no direito

perder o direito a exigir, do vendedor, a execução das suas obrigações contratuais;

– art. 54: assinala o *dever de diligência*, que incumbe ao comprador, para que as finalidades do contrato sejam plena e eficazmente alcançadas;

– art. 62: contém o *dever de lealdade*, incumbente ao vendedor, na execução do contrato, sob pena de incidir, como ocorre para o comprador, a vedação do princípio do *venire contra factum proprium*;

– art. 68: prevê o *dever de informar*, a cargo do vendedor, sobre o risco de perda, deterioração ou perecimento das mercadorias, se tal risco conhecia ou “deveria saber”, sob pena de inversão da regra do risco contratual;

– art. 77: prevê o *dever de cooperar com a contraparte para o bom adimplemento do contrato e de tomar as medidas necessárias para não aumentar o seu prejuízo*, traduzindo o que no direito anglo-saxão é conhecido como *duty of mitigate*: o credor deve tomar as medidas necessárias e razoáveis, à vista das circunstâncias, o que o traduz, também, como manifestação do princípio da razoabilidade;

– art. 79, 4: prevê o *dever de informar*, a cargo de ambos os figurantes da relação contratual, quaisquer fatos impeditivos da execução das obrigações contratuais e os seus efeitos no cumprimento do contrato.

Como se observa, é extenso o rol dos deveres que decorrem da boa-fé e cuja quebra pode conduzir inclusive à configuração do inadimplemento contratual, mesmo quando prestada a obrigação principal. Constitui, nesse sentido, uma *fonte de otimização da conduta contratual*⁴⁶, tendo em vista o pleno e eficaz atendimento da finalidade para a qual foi criado o vínculo, qual seja, o adimplemento contratual.

É característico dos princípios jurídicos, além da multifuncionalidade que lhes é própria, a interconexão com outros princípios ou regras pertencentes ao sistema ou microsistema onde inseridos. Nessa perspectiva, articula-se à boa-fé objetiva o padrão do comportamento razoável ou *standard* da razoabilidade.

brasileiro in “O Princípio da Boa-fé”, *Revista Ajuris*, v. 50, p. 207, Porto Alegre, 1990.

⁴⁶ Sobre os princípios jurídicos de valor como “fontes de otimização” de condutas ver, por todos, Robert Alexy, “Sistema Jurídico, Principios y Razón Práctica”, in *Revista Doxa*, Universidad de Alicante, 1988, p. 143.

B) O princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade traduz o *standard* da *reasonable person*, uma das mais importantes contribuições do direito norte-americano à Convenção. Este não vem expresso, constituindo, portanto, o que a doutrina nomeia por “princípio inexpresso ou implícito”. O fato de não estar expresso não lhe retira a força vinculante e o seu perfil é deduzido de regras que permeiam toda a Convenção.

Segundo anota Clóvis do Couto e Silva⁴⁷, o conceito de “irrazoabilidade” de certa conduta ou de certa disposição contratual deve-se à criação dos tribunais judiciais norte-americanos que, mesmo antes da adoção, pelo *Uniform Commercial Code*, do conceito de *unconscionable*⁴⁸, “manipulavam a aplicação das leis ou fatos para impedir resultados intoleráveis em certos contratos de adesão”. Desta forma, por construção jurisprudencial, foi elaborado o conceito de “cláusula não razoável” o qual “permitiu que se pudesse considerar, no direito americano, não escrita a disposição contratual que ferisse a “consciência”⁴⁹ ou atribuir ao juiz o direito de reduzir-lhe os efeitos a quase nada”⁵⁰.

b.1) Caracterização

Na substância do conceito de cláusula irrazoável está um parâmetro de conduta, o da *razoabilidade*. *Standards* constituem arquétipos exemplares da experiência social concreta que são chamados a atuar juridicamente, ou através de princípios ou através de cláusulas gerais, proporcionando ao intérprete um critério de aplicabilidade do conjunto normativo. Existente o princípio ou a cláusula geral, o intérprete é reenviado ao *standard*, o qual, por isso, não permite visualização *in abstracto*, sendo de dogmatização inviável.

Poder-se-ia afirmar que o padrão da razoabilidade constitui a tradução do “senso comum”, vale dizer, do que é tido, como em certas circunstâncias, em certo momento e em certa comunidade (seja nacional, cultural, profissional ou outra) como racional, equilibrado, prudente ou sensato. Também é conceito para ser concretizado: sua aplicação se faz, como a do princípio da boa-fé objetiva, sempre à vista das

circunstâncias concretas do caso e das finalidades da existência da própria relação contratual. No contexto da Convenção, devem ser tidas em conta, na sua aplicação, as circunstâncias e as peculiaridades do comércio internacional, e, inclusive, de cada setor econômico deste comércio: as circunstâncias do comércio de aeronaves são, por certo, diversas daquelas do comércio de produtos agrícolas, e cada uma delas deve ser, em particular, considerada⁵¹.

b.2) Normas decorrentes do princípio

O princípio geral da razoabilidade admite numerosas variantes, v.g., o padrão da pessoa *razoável*, o do *comportamento razoável*, o da *disposição contratual razoável*, o do *prazo razoável*. Expressa-se, de maneira especial, nas seguintes disposições:

– art. 8, 1 : contém norma de interpretação das declarações de vontade e comportamento das partes, levando-se em conta a intenção do declarante “quando a outra parte conhecia ou não podia ignorar tal intenção”, vale dizer, quando, razoavelmente ou segundo o senso comum, não seria lícito à parte para a qual dirigida a declaração ignorar o sentido que a contraparte lhe teria querido dar: trata-se, pois, de referência à *vontade cognoscível*, forçando as partes “a uma maior responsabilidade na sua atuação, que é sobretudo exigível no domínio do comércio internacional”⁵²;

– art. 8, 2 : o arquétipo do comportamento razoável está aí expresso na medida em que, inaplicável a norma de interpretação do parágrafo anterior, por qualquer circunstância que obste a pesquisa da intenção do declarante devem as declarações e os comportamentos serem interpretados “segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com qualificação idêntica à da contraparte e colocada na mesma situação”. Como se percebe, de pouco importa, aqui, a pesquisa da intenção do agente. O que deve o intérprete verificar é se, razoavelmente, a tal ou qual declaração ou a certo comportamento poderia ser atribuído determinado significado. Para tal verificação estará ainda o *standard* vinculado à identificação entre a qualificação (profissional, técnica, cien-

⁴⁷ In *O Princípio da Boa-fé e as Condições Gerais dos Negócios*, op. cit., p. 31.

⁴⁸ UCC, parágrafo 2-302.

⁴⁹ Entre aspas, no original.

⁵⁰ Clóvis do Couto e Silva, ob. por último cit., p. 32.

⁵¹ Ver, nesta Revista, Vera Maria Jacob de Fradera, “O Conceito de Inadimplemento Substancial no art. 25 da Convenção de Viena de 1980...”

⁵² Assim, Maria Angela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1986, 39.

tífica, cultural) da contraparte e a do seu parâmetro, idênticas, ainda, às situações objetivas e concretas;

- art. 8, 3 : contém explicitação das normas de interpretação antes aludidas. Para determinar a intenção da parte (parágrafo 1) ou concretizar o *standard* da pessoa razoável (parágrafo 2), o intérprete deve considerar "todas as circunstâncias pertinentes" ao caso, "nomeadamente as negociações que possam ter havido entre as partes, as práticas que se tenham estabelecido entre elas, os usos e todo e qualquer comportamento ulterior das partes";

- art. 35, 1, b: trata de regra de execução contratual, considerando as mercadorias "conformes ao contrato", entre outros requisitos, se "forem adequadas a qualquer finalidade especial expressa ou tacitamente levada ao conhecimento do devedor no momento da conclusão do contrato", salvo se resultar das circunstâncias que o comprador "não confiou na competência e apreciação do vendedor, ou que não era razoável de sua parte fazê-lo". Em outras palavras se, no momento da conclusão do contrato, o comprador leva ao conhecimento do vendedor, expressa ou tacitamente, certa finalidade especial do contrato e, à vista disto, recebe as mercadorias, estas não serão tidas como boas ao adimplemento se o comprador invocar e provar que não poderia, ou seria irrazoável, de sua parte, confiar no vendedor;

- art. 38, 3 : tem-se o caso em que o *standard* da razoabilidade informa certos prazos contratuais. Trata a norma da hipótese de mercadorias reenviadas em trânsito ou reexpedidas pelo comprador e deve ser entendido à luz da norma contida no parágrafo 1 do mesmo artigo, segundo o qual compete ao comprador "examinar as mercadorias ou fazê-las examinar num prazo tão breve quanto possível". Contudo, havendo a reexpedição ou o reenvio, e desde que o comprador não "tenha tido razoavelmente a possibilidade de as examinar", conhecendo o vendedor ou devendo conhecer a possibilidade do reenvio ou da reexpedição, tem-se a faculdade, ao comprador, de ver diferido o exame até a chegada das mercadorias ao novo destino;

- art. 39, 1: outra hipótese em que o *standard* da razoabilidade informa a consideração de prazos contratuais. Substitui-se aqui, pela flexível normatização do *standard*, a rigidez da fixação de prazos decadenciais, comuns nas legislações estatais, na medida em que se extin-

gue, para o comprador, o direito formativo extintivo de denúncia, ocorrendo a falta de conformidade das mercadorias ao pactuado, se este não a denunciar, precisando a sua natureza "num prazo razoável a partir do momento em que a constatou ou deveria ter constatado";

- art. 43, 1 : trata, por igual, de caso de extinção do direito formativo extintivo de denúncia, no caso de o comprador, em prazo razoável, não denunciar ao vendedor o direito ou a pretensão de terceiro eventualmente incidentes sobre o objeto contratual;

- art. 46, 3 : versa o direito do comprador de exigir do vendedor que supra a falta de conformidade entre a mercadoria recebida e aquela prevista contratualmente. Tal direito será obstado, contudo, se for "irrazoável" o suprimento da falta contratual, "tendo em conta todas as circunstâncias". Caso, portanto, em que também é necessária a concretização, devendo a jurisprudência internacional apontar, mediante casuística, as hipóteses de irrazoabilidade do dever de reparar a falta contratual;

- art. 48, 1 : direito do vendedor de reparar qualquer falta às suas obrigações, mesmo ultrapassado o prazo de entrega das mercadorias, elidindo, assim, a resolução. Contudo, tal direito só se configura se atendido o padrão da razoabilidade, uma vez que é obstado se o atraso for irrazoável e se tiver causado ao comprador prejuízos também irrazoáveis. Trata-se de uma espécie de inadimplemento relativo, assegurado, ao comprador, a indenização pela mora;

- art. 48, 2 : insere outra vez o padrão do prazo razoável no que concerne ao dever de resposta do comprador frente à demanda, do vendedor, de receber a aceitação expressa da execução;

- art. 49, 2, a: trata do direito à resolução, por parte do comprador, no caso da falta de entrega das mercadorias no prazo suplementar concedido no art. 47, 1. Se tais mercadorias foram entregues, ainda que tardiamente, o exercício da resolução é, contudo, obstado, se não exercitado em prazo razoável, contado a partir da entrega efetiva;

- art. 60, a: trata do dever de colaboração para o efetivo adimplemento do contrato. Além de decorrer do princípio da boa-fé objetiva, tal dever deve ser razoavelmente exercido, tendo em conta a finalidade do contrato, não podendo o comprador praticar atos que obstem ou dificultem a entrega das mercadorias, por parte

do vendedor;

– art. 65, I: novamente o prazo razoável é exigido em matéria de especificação de mercadorias, pelo comprador. Se esta não tiver data acordada, deve ser efetuada em prazo razoável a partir da recepção do pedido, pelo vendedor, sob pena de o direito a especificar ser conferido ao vendedor;

– art. 79, I: é regra geral em matéria de exonerção da responsabilidade por danos. Adota-se aqui a teoria da causalidade adequada, a qual toma por padrão o fato ou ato que poderia ser razoavelmente esperado.

Na Convenção de Viena convivem, com os princípios e *standards* acima examinados, ainda outros princípios, o da consensualidade ou ausência de forma e o da interpretação segundo a internacionalidade dos contratos.

2.ª Parte – *Princípios de caráter dogmático*

Se endossada em caráter absoluto a posição segundo a qual todo e qualquer princípio teria caráter valorativo, não teria sentido falar em “princípios de caráter dogmático”. No contexto deste comentário, contudo, parece-me justificável a distinção. Os princípios antes comentados vieram, como se viu, da prática do comércio internacional, sublinhando valores consensualmente aceites neste universo. Já o princípio da consensualidade e o princípio do caráter internacional da Convenção (este tipificando mais propriamente uma diretriz) são princípios de elaboração doutrinária; aí é mais rarefeito o caráter axiológico, tendo maior peso o papel que jogam na dogmática contratual em causa. Em relação a estes dois princípios, diferentemente dos precedentes, não se pode falar na influência do direito norte-americano, uma vez ser o primeiro tradicional em alguns sistemas da *civil law* e, o segundo, típico dos contratos internacionais há longa data.

A) *Princípio da consensualidade*

Conforme à tradição que é de certa forma comum aos sistemas da *civil law* e da *common law*, o contrato de compra e venda internacional prescinde de exigências de forma⁵³. Vigora, pois, o *princípio do consensualismo*, ou da consensualidade, do qual é contraponto o princípio do formalismo.

Para os efeitos da Convenção de Viena, a forma escrita não é exigida sequer *ad probationem*, consoante o art. 11, segundo o qual “o contrato de compra e venda não tem de ser con-

cluído por escrito nem de constar de documento escrito e não está sujeito a nenhum outro requisito de forma”. A regra se completa com a indicação, no mesmo texto, de que “o contrato pode ser provado por qualquer meio, inclusive a prova testemunhal”.

A adoção deste princípio se deve à circunstância de, na vida internacional, não raro originarem-se contratos nos modernos meios de comunicação que nem sempre propiciam o registro por escrito⁵⁴. A ausência de forma escrita, contudo, tem o defeito de ensejar grande insegurança. Por isso é que, embora a Convenção consagre o consensualismo, reconhece a circunstância de grande parte dos contratos concluir-se por escrito, em razão da necessidade de segurança nas relações jurídicas. A Convenção indica, nesse particular, que “o termo ‘escrito’ abrange as comunicações enviadas por telegrama ou telex” (art. 13). Por analogia, a expressão engloba também aquelas enviadas por *telex* ou por qualquer outro meio eletrônico que reproduza a escrita.

a. 1) *Exceção à dispositividade das normas convencionais*

Contrastando com a *dispositividade* da maior parte das normas da Convenção⁵⁵ está o art. 12, o qual leva em conta que, embora privilegiado o princípio do consensualismo, alguns Estados nacionais consagram, em seu direito interno, o princípio inverso, qual seja, o do *formalismo*, prescrevendo imperativamente a forma como condição de validade, ou, por vezes, de eficácia do ajuste⁵⁶. Por esta razão, a solução de compromisso do art. 12, o qual abre aos Estados que o adotam a possibilidade de, feita a declaração de não-aceitação da forma livre, prevista no art. 96⁵⁷, não aplicarem as disposi-

⁵⁴ Conforme Maria Angela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁵ Dispõe o art. 6 que “as partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhe os efeitos”.

⁵⁶ O ordenamento civil brasileiro contempla hipóteses em que a forma é elemento de validade, porque concerne com a substância do negócio (v.g., a hipótese prevista no art. 134, II), e outras em que é tão-somente requisito de eficácia, visando à publicidade do ajuste. Se se tratar de requisito que a lei imponha tão-só para a publicidade do contrato, este, ausente a forma determinada pela lei, não é nulo, mas não terá eficácia perante terceiros.

⁵⁷ Art. 96: “Qualquer Estado contratante cuja le-

⁵³ C. Civ. Bras., art. 81, *in fine* e art. 129.

ções que consagram a liberdade de forma nos casos em que uma das partes tenha o seu estabelecimento nesse Estado. Essa é, segundo o artigo 6, a única norma rigorosamente cogente da convenção, não podendo as partes a derrogarem nem modificarem os seus efeitos.

B) *O princípio da natureza internacional do contrato*

O art. 7, precedentemente transcrito, contém ainda relevantíssimo cânone de interpretação que reveste a *globalidade* do contrato. É o princípio (ou a diretriz) atinente ao atendimento do caráter internacional do instrumento negocial. Anotam Maria Angela Bento Soares e Rui Manuel de Moura Ramos que essa diretriz “é consequência do próprio escopo da iniciativa e constitui a bem dizer uma exigência da sua natureza”⁵⁸, pois, à toda evidência, interpretação que não levasse em conta tal caráter “frustraria de todo a obra uniformizadora, fazendo retroceder a situação ao estágio anterior de conflito – se não já entre leis nacionais diferentes, entre distintas versões de uma ordenação que se quer comum”⁵⁹.

Trata-se, como se vê, de princípio que decorre da própria *natureza* do contrato internacional. Não necessitaria, nesta perspectiva, sequer estar previsto de forma expressa, valendo aqui a conhecida lição de Esser, segundo o qual existem princípios cuja justificação decorre, “de la naturaleza de la cosa o de la institución respectiva, y constituyen una pieza *funcionalmente necesaria* de toda solución concreta que entre en este círculo común de problemas”⁶⁰.

Com isto se quer significar que todos os aspectos que peculiarizam o contrato de compra e venda internacional, concernindo à sua particular natureza – em especial a importância dos usos e de certos princípios formados pela

legislação exija que os contratos de compra e venda sejam concluídos por escrito ou constem de documentos escritos, pode declarar em qualquer momento, de acordo com o artigo 12, que qualquer disposição dos artigos 11 e 29, ou da segunda parte da presente Convenção, que permita uma forma diversa da forma escrita para a conclusão, modificação ou extinção por acordo dum contrato de compra e venda, ou para qualquer proposta contratual, aceitação ou outra manifestação de intenção, se não aplica desde que uma das partes tenha o seu estabelecimento nesse Estado”.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 35.

⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁶⁰ *In Principio y Norma en la Elaboracion Jurisprudencial del Derecho Privado, op.cit.*, p. 7.

prática e consolidados ou reconhecidos pela jurisprudência dos foros internacionais – devem conformar a interpretação a ser conferida às normas convencionais e às disposições contratuais, nos casos concretamente considerados. É de fundamental importância, nesse sentido, a conexão entre este princípio e o *standard* da razoabilidade, pois indica que a concreção do último deve levar em conta o que é razoável não num certo país, mas no *meio profissional* dos contratantes, qual seja, a comunidade comercial internacional.

Por outro lado, a inserção do princípio, conexionado aos demais, antes aludidos, permite aos árbitros a elaboração de uma consistente teia de deveres que devem reger o comércio internacional, tais como o dever de informar o co-contratante, o dever de minimizar os danos, o de garantir certos riscos, o de não-contradição, etc.⁶¹.

O princípio do caráter internacional do ajuste tem, por igual, considerável peso na avaliação e interpretação de certos institutos, recebidos na Convenção através de uma verdadeira “mistura de tipos” ou de regras típicas dos direitos pertencentes às diferentes famílias jurídicas, em especial as da *civil law* e da *common law*⁶². Estes, comumente, se desprendem progressivamente de sua pureza original – assim entendida a conformação particular que têm em cada ordenamento particularmente considerado – passando a constituir tipos relativamente novos que, por sua vez, influenciam o direito interno⁶³. A circulação de modelos jurídicos, característica de nossa época, rejeita o voluntarismo, porque os elementos de ordem sociológica têm aí papel preponderante. Será difícil, senão impossível, que um determinado concei-

⁶¹ Assim, Philippe Kahn, *op. cit.*, p. 397.

⁶² Exemplificativamente, a expressão “boa-fé”, em matéria contratual, adquire diferente significado quer se trate do direito alemão, quer se trate do direito francês. Neste, e nos que seguirem a sua matriz, está historicamente vinculada ao princípio do consensualismo, à idéia de obrigatoriedade da promessa, que vem do direito canônico. Já no direito alemão, liga-se à concepção da obrigação como um processo, onde convivem, ao lado dos deveres principais, os deveres laterais de conduta, derivados do mandamento de agir com lealdade.

⁶³ É o que se vê, v.g., do acórdão do TJRGs public. in RJTJRGs v. 97, p. 397, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., que acolheu a doutrina da violação antecipada do contrato, não prevista expressamente na legislação brasileira.

to jurídico receba, em mais de um sistema, idêntica compreensão. Por isso os intérpretes da Convenção não devem perder de vista a diretriz do caráter internacional, sob o risco de interpretar as suas normas com os óculos, para este efeito deformantes, da pré-compreensão⁶⁴ que lhes é dada desde o direito interno.

Conclusão

O direito, em qualquer uma de suas manifestações, traduz uma experiência prática, razão pela qual, no seu campo, a “aderência ao real” se põe como uma necessidade ineludível. A análise dos princípios informadores da Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias bem evidencia, ao meu ver, o papel da prática comercial na construção de um modelo dinâmico de solução das concretas situações problemáticas, por forma a conduzir o seu intérprete a uma permanente revisão das regras jurídicas que contém.

Nesta perspectiva se pode concluir com uma dupla afirmativa, a primeira dela dizendo respeito aos aspectos intrínsecos da Convenção, a segunda referindo-se aos seus aspectos extrínsecos, notadamente no que diz respeito à relevância do seu estudo para os juristas brasileiros.

No que diz com a primeira das assertivas, importa ultrapassar o maniqueísmo que por vezes ainda assalta aos estudiosos e concluir que a Convenção não é nem “boa” nem “má” – foi o acordo possível, em face das objetivas condições vigentes à época de seu nascimento. Acentua, com procedência Justin Sweet, em análise comparativa entre a Convenção e o *Uniform Commercial Code* norte-americano, fonte de expressão inspiração para várias normas da Convenção que, naquele “o esforço de unificação era (...) baseado sobre uma língua comum, sobre uma comum tradição jurídica, sobre uma formação jurídica relativamente uniforme, sobre a existência de leis similares, sobre práticas comerciais relativamente comuns; se fundamentava, além do mais em uma fé comum em um sistema de mercado, na autonomia privada, em um sistema judiciário familiar e conhecido e sobre uma reconhecida exigência de uniformidade”⁶⁵.

Já a Convenção operou sobre base cultural diversa: a presença de Estados com diversos

sistemas jurídicos, freqüentemente pouco conhecidos aos Estados de diferente tradição, a presença de Estados com sistemas econômicos também diversos e não raro contrapostos, a diversidade dos patamares de desenvolvimento econômico, sistemas políticos distintos e com freqüência contrastantes, alguns Estados com problemas de integração regional, não sendo de olvidar-se, ainda, o fato da desconfiança de alguns países em relação às precedentes convenções que haviam imposto o domínio comercial das nações mais potentes.

O que resultou, portanto, foi uma *solução de compromisso*. Esta, longe de ser um defeito, pode ser vista como um grande benefício da Convenção aos próprios direitos nacionais. O direito comparado demonstra que, mesmo quando ocorrem circunstâncias políticas que permitem a recepção integral de um sistema jurídico por outro, mesmo assim, os costumes nacionais, preexistentes à recepção, conformam e modificam o direito recebido. Esta solução de compromisso, ao incorporar os princípios acima indicados, tende a aumentar o grau de eficiência das normas convencionais. Para isto, é preciso, contudo, que os princípios que a informam sejam bem compreendidos e eficazmente utilizados.

No que se refere aos aspectos extrínsecos da Convenção, perspectivados da sua relevância entre nós, cabe considerar que, muito embora não seja o Brasil signatário da Convenção, o seu estudo se reveste, como bem salientou Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁶⁶, de dupla importância entre nós. De um lado, essa regra, além dos contratos de compra e venda de mercadorias celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em Estados signatários (art. 1.º, 1, a), também os contratos aos quais se aplicam, pelas regras do direito internacional, a lei de um Estado contratante (art. 1.º, 1, b). Sabe-se que a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro determina que, “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”, assentando que “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente” (art. 9, *caput* e § 2.º). Já por aí se percebe que, em caso de compra e venda de mercadorias celebrado entre parte estabelecida no Brasil e parte estabelecida, v.g., na Argentina, “provindo desta a proposta de negócio, a nossa regra de direito

⁶⁴ Para o exame da noção de “pré-compreensão”, vide, por todos, Joseph Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Trad. italiana de S. Patti e G. Zaccaria. Edizioni Schientifiche Italiane. Camerino, 1983.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 303.

⁶⁶ In “A Convenção de Viena (1980) e a Resolução do Contrato por Incumprimento”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 10, 1994, p.7.

internacional privado faz incidir sobre o contrato a lei deste outro país contratante, a qual será por isso aplicável, na forma do seu art. 1.º, 1, b.”⁶⁷

De outro lado, acentua o mesmo autor a relevância do seu estudo porque a Convenção, “reproduzindo estruturalmente o regime jurídico vigente no Brasil, introduz princípios e critérios modernos – como o da boa-fé objetiva – para a regulação e a interpretação dos contratos de compra e venda, que bem nos podem servir de parâmetro e orientação doutrinária ou legislativa”⁶⁸. A essas judiciosas observações acrescentaria ainda o fato de o Tratado de As-

sunção, firmado no âmbito do Mercosul, ter consignado, em seu art. 1.º, a adoção de compromisso entre os Estados-Membros, a fim de viabilizar a livre circulação de bens entre os seus territórios, para o que deverão os mesmos, *harmonizar a sua legislação*, notadamente no que diz com o direito das obrigações e dos contratos. Neste esforço, os princípios da Convenção de Viena certamente serão considerados, senão como um modelo, ao menos como um parâmetro para a elaboração do conjunto normativo concernente à compra e venda entre os países do Cone Sul.

⁶⁷ *Idem. ibidem.*

⁶⁸ *Idem. ibidem.*

A defesa da concorrência no Mercosul

JOSÉ MATIAS PEREIRA

SUMÁRIO

Apresentação. 1. Introdução. 2. Coordenação de políticas macroeconômicas. 3. A defesa da concorrência na União Européia. 4. A defesa da concorrência no Mercosul. 5. Conclusão. 6. Projeto de Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercado Comum do Sul – Mercosul

Apresentação

O Mercado Comum do Sul (Mercosul) não deve ser entendido como uma organização internacional consolidada, considerando que ainda se encontra numa fase de transição.

Esse estágio de transição está de acordo com o fenômeno de organizações internacionais que buscam se aperfeiçoar no tempo, especialmente no campo da integração econômica regional.

O trabalho aqui apresentado é o produto de pesquisa e troca de opiniões desenvolvidas com inúmeras pessoas, cujas idéias permeiam quase todas as páginas. A todas elas sou extremamente grato e, de maneira especial, aos Conselheiros do CADE, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho e Neide Teresinha Malard.

Assim, o presente estudo sobre “Defesa da Concorrência no Mercosul” apresenta-se como uma contribuição para estimular o debate sobre esse importante e complexo tema.

1. Introdução

Creio necessário, antes de defender a necessidade da aprovação de um acordo de “Defesa da Concorrência no Mercosul”, destacar alguns aspectos relevantes do Tratado para a constituição do Mercado Comum do Sul (Mercosul), firmado pelos governos da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, na cidade de As-

José Matias Pereira é advogado e economista. Mestre pela Universidade de Brasília – UnB. Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Exerce o mandato de conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, do Ministério da Justiça. Representante do Brasil na Comissão de Defesa da Concorrência do Mercosul.

sunção, Paraguai, no dia 26 de março de 1991.

O Mercosul não deve ser entendido como uma organização internacional consolidada, visto que se encontra num estágio de transição. Teve suas estruturas decisórias e as suas instituições definidas, a partir de janeiro de 1995, conforme previsto nos artigos 1.º e 18 do referido Tratado. Esse estágio de transição está de acordo com o fenômeno de organizações internacionais que buscam se aperfeiçoar no tempo, especialmente no campo da integração econômica regional. O melhor exemplo é o caso da Europa, que nasceu com a instituição do Tratado de Paris em 1951, que criou a Comunidade Européia do Carvão e do Aço – CECA, à qual se agregaram a Comunidade Econômica Européia – CEE e a Comunidade Européia de Energia Atômica – EUROTON, instituídas pelo Tratado de Roma, de 1957, aglutinando gradualmente seus órgãos originários em órgãos comuns (Tratado de Fusão, de 1967), com a denominação de Comunidades Européias (ou Europa dos Doze), sendo posteriormente rebatizada de Comunidade Européia (através do Ato Único Europeu, de 1987), para finalmente, com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, em 1992, denominar-se União Européia.

O tratado que instituiu o Mercosul, deve-se destacar, tem como objetivos principais a inserção mais competitiva das economias dos quatro países num mundo em que se consolidam grandes blocos econômicos e onde o progresso tecnológico se torna cada vez mais essencial para o êxito dos planos de desenvolvimento. Visa também favorecer economias de escala, reforçando as possibilidades de cada um dos países-membros com o incremento da produtividade, além de estimular os fluxos de comércio com o resto do mundo, tornando mais atraentes os investimentos na região. Nesse sentido, não se trata de reproduzir, num plano regional, uma política de substituição de importações.

Busca ainda promover esforços de abertura nas economias dos quatro países, que deverão conduzir à integração gradual da América Latina, bem como balizar as ações dos setores privados e da sociedade como um todo, que deverão ser os principais agentes do processo de integração.

Tem o Mercosul como características primordiais a livre circulação de bens e serviços e de fatores produtivos entre os países; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em

relação a terceiros Estados ou agrupamento de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transporte e comunicações, entre outras.

Dos instrumentos adotados pelo “Tratado de Assunção”, sobressai o programa de liberação comercial, que visa alcançar reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas de eliminação de restrições não-tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os países, para chegar a uma tarifa zero sobre a totalidade do universo tarifário.

Na fase atual, deve-se ressaltar, o Mercosul – que não possui personalidade internacional – deve ser definido como um processo, que vem sendo conduzido por duas instituições transitórias, o Conselho do Mercado Comum e o Grupo do Mercado Comum, auxiliado por uma Secretaria Administrativa. Esses dois órgãos transitórios (visto que assim foram definidos pelo Tratado de Assunção, que igualmente se define transitório), apesar de possuírem uma certa organicidade, não devem ser entendidos como uma pessoa jurídica de Direito Público Internacional.

Pode-se perceber que, para que ocorra com sucesso a fase de transição, será necessário resolver a questão da tarifa externa comum e a definição do modelo institucional do Mercosul.

Quanto à institucionalização definitiva do Mercosul, está claro que a sua estrutura só deverá ocorrer a médio prazo. Isto porque a entrada em operação dos órgãos que comporão a sua estrutura institucional estará sujeita aos avanços logrados no final do período de transição, que está ocorrendo de forma segura e gradual. Quanto aos órgãos intergovernamentais que eventualmente venham a substituir o Conselho do Mercado Comum e o Grupo do Mercado Comum, creio recomendável que mantenham as mesmas características desses. Isto porque o fenômeno da integração do Mercosul implica uma gradualidade com vista à instituição definitiva de órgãos decisórios e legisladores, cuja função, no futuro, terá o poder de alterar os procedimentos para consolidar a integração.

O processo de integração do Mercosul está superando a fase de uma zona de livre comércio

para entrar no estágio seguinte – a união aduaneira –, onde cerca de 85% das tarifas já foram harmonizadas e os 15% restantes convergirão num prazo de dez anos (sendo que em cinco anos mais 5% delas e em dez anos os 10% restantes). Busca assim o Mercosul, no campo da integração econômica regional, tornar-se uma união aduaneira, com tarifas externas comuns e política externa comum, onde se pretende, venha haver liberdade de movimentação dos fatores de produção, a exemplo do que ocorre na União Européia.

Caso prevaleçam os pressupostos de que continuará havendo confiança recíproca entre os Estados-Partes, determinação política, crescente envolvimento empresarial e de outros segmentos da sociedade civil, bem como o constante ajustamento macroeconômico e ordenação de políticas macroeconômicas, o processo de integração do Mercosul se tornará irreversível. Entendo que essa consolidação irá facilitar, no futuro, caso venha a ser do interesse dos países-membros, uma negociação de adesão, em bloco, dos integrantes do Mercosul ao Acordo Norte-Americano de Livre Comércio – NAFTA, composto pelo Canadá, Estados Unidos da América e México.

Nesse sentido, ainda, é importante o estabelecimento de entendimentos dos países-membros do Mercosul com a União Européia, com vista a negociar um tratado para a formação de uma associação inter-regional de comércio, especialmente nos setores industrial e de serviços, cooperação científica e tecnológica, meio ambiente, transferência de capital, defesa da concorrência, entre outros, considerando os interesses recíprocos que existem atualmente e que tenderão a aumentar gradativamente entre ambos.

2. Coordenação de políticas macroeconômicas

No que diz respeito à coordenação de políticas macroeconômicas do Mercosul, as atividades nessa área vêm se realizando gradualmente e de forma convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições não-tarifárias. Esse esforço busca assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes e a evitar que eventuais descompassos nas políticas dos países-membros favoreçam ou prejudiquem artificialmente a competitividade de bens e serviços. É nesse contexto que se torna imprescindível assegurar as condições adequadas de concorrên-

cia e o livre acesso ao mercado no âmbito do Mercosul.

Em relação à promoção da harmonização da legislação antitruste dos países-membros do Mercosul, faz-se necessário registrar, na busca de um paradigma, que a União Européia não se submeteu, ainda, a um processo de harmonização. Observe-se, porém, que no “Tratado de Roma”, e de forma específica, nos seus artigos 85 a 90, foram estabelecidos os referenciais básicos de defesa da concorrência nos países da UE. É importante observar que a própria natureza econômica do direito de defesa à concorrência, que está ocorrendo a nível internacional, já conduz a uma harmonização natural. No tocante à matéria substantiva, pode-se constatar que o direito antitruste do Brasil, da Argentina, da Alemanha ou dos Estados Unidos da América, exceto na parte processual, possui poucas diferenças.

3. A defesa da concorrência na União Européia

Deve-se observar que no texto deste trabalho, várias são as referências à legislação da União Européia sobre concorrência, contida nos artigos 85 a 90 do Tratado de Roma. Creio necessário fazer algumas considerações sobre a mesma.

Diretamente aplicáveis em todo o território da UE, as regras européias sobre concorrência aplicam-se aos casos em que exista efeito sobre o comércio entre Estados-Membros.

O artigo 85 proíbe acordos que possam afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham como objeto ou efeito produzir um impedimento, restrição ou distorção na concorrência no interior do Mercado Comum. Isso inclui, de modo particular, fixação de preços, divisão do mercado, restrição de produção ou de desenvolvimento tecnológico, bem como a imposição de condições discriminatórias de fornecimento ou quaisquer outros condicionamentos não razoáveis. Tais acordos são automaticamente inválidos, a menos que tenham sido objeto de uma isenção pela Comissão Européia, órgão executivo da UE.

Essas isenções, previstas no artigo 85, parágrafo 3.º, que têm como fonte de inspiração a forma de aplicação da “regra da razão” norte-americana, só poderão ser outorgadas se o acordo contribuir para a produção, distribuição, ou progresso econômico, ao mesmo tempo que permita aos consumidores uma participação ra-

zoável nos benefícios e concomitantemente não imponha quaisquer restrições indispensáveis ou suscite a possibilidade de eliminar a concorrência. A Comissão pode conceder uma isenção individual a um acordo, caso este tenha sido notificado, assim como pode também conceder isenção em bloco para certas categorias de acordo.

O artigo 86 proíbe o abuso de uma posição dominante, na medida em que ela possa afetar o comércio entre os Estados-Membros. O referido artigo contém uma lista não excludente de práticas que poderiam ser consideradas como constituindo abusos, tais como a imposição de preços desleais da compra e venda, ou outras condições comerciais desleais.

Em relação aos atos de concentração, o Regulamento Europeu de Controle de Fusões, de 21 de setembro de 1990, prevê que a Comissão Européia controlará as fusões que tenham dimensão comunitária. Isso é definido como uma fusão em que as partes tenham um faturamento mundial global que exceda 5 bilhões de ECU, e em que pelo menos uma das partes detenha um faturamento comunitário superior a 250 milhões de ECU, a menos que cada um dos empreendimentos alcance mais do que dois terços de seu faturamento em um único Estado-Membro. Regras especiais aplicam-se a instituições bancárias, financeiras e seguradoras. Qualquer fusão dentro deste patamar tem de ser pré-notificada à Comissão Européia dentro de uma semana.

Nas seções 2 e 3, das regras da concorrência do Tratado de Roma, estão contidas as práticas de *dumping* (artigo 91), e os auxílios concedidos pelos Estados-Membros (artigo 92), fora, portanto, conforme citado anteriormente, do âmbito da legislação da União Européia sobre concorrência, que trata da matéria nos artigos 85 a 90 do referido Tratado.

4. A defesa da concorrência no Mercosul

Torna-se recomendável observar, antes de entrar no mérito da questão da defesa da concorrência no Mercosul, que qualquer processo de integração tem o sentido da construção de um futuro comum. Busca-se, dessa forma, assegurar uma união que venha a permitir soluções criativas, notadamente no campo econômico, com reflexos no social e no político. Deve ser entendida como a forma de diminuir as distâncias entre os povos e os Estados-Partes, através da consolidação de um esforço cooperativo, que resulte em vantagens efetivas para as economias dos países participantes dessa integração.

Diante desse entendimento, fica evidente que o processo de integração econômica internacional é um projeto reconhecidamente complexo, considerando que envolve questões de livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais. Cinco são as fases que deverão ser superadas, para que ocorra a referida integração econômica, que vai desde a criação de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica, até alcançar a união econômica e monetária.

Assim, a partir dos estágios iniciais da integração econômica regional, torna-se necessária a existência de instrumentos de defesa da concorrência. Isto porque a "defesa da concorrência" tem como objetivo garantir e defender a liberdade dos mercados dos países-membros, mediante a proibição de atos e práticas comerciais que possam impedir, restringir ou prejudicar a livre concorrência.

Feitas essas considerações, registre-se que o "Tratado de Assunção" não incluiu no seu texto, como no caso europeu (artigos 85 a 90 do Tratado de Roma), a questão da defesa da concorrência, razão pela qual entendo que se criou a necessidade da aprovação de um instrumento para garantir, como mencionado anteriormente, a liberdade dos mercados dos Estados-Partes.

Não se deve esquecer, porém, que o acordo a ser aprovado deve ser compatível com os objetivos traçados no "Tratado de Assunção", considerando a necessidade de assegurar as condições adequadas de concorrência entre os países-membros.

Partindo-se do entendimento de que a união dos quatro mercados nacionais requer que as atividades econômicas sejam exercidas sob as mesmas condições de liberdade e igualdade jurídica, em todos os Estados-Partes, deve o acordo afirmar a proibição de acordos colusórios entre empresas, que tenham por objeto ou como efeito impedir, restringir ou prejudicar a concorrência em todo ou em parte substancial do Mercosul.

É importante cuidar-se, também, nesse diploma, de evitar que agentes econômicos que detenham posição dominante num dos mercados nacionais utilize sua condição privilegiada, em prejuízo da concorrência.

Deve o acordo atentar para a questão da concentração econômica, manifestada sob qualquer forma, que importe em efeitos para o mercado concorrencial.

Com relação à questão dos monopólios, vale

observar que o princípio do monopólio legal, no interesse comum e benefício do Estado, tem tratamento favorecido na Constituição Federal do Brasil. A inclusão de um artigo específico no acordo, estabelecendo que as empresas governamentais que exerçam atividade sob regime de monopólio legal estão sujeitas às regras de concorrência no Mercosul, creio inadequada. Os monopólios em questão, bem como as empresas governamentais, no que se refere a condutas específicas, objeto de leis especiais, não poderiam ficar submetidos às regras do acordo ora defendido.

Dessa forma, a Constituição brasileira indica que cabe à União a exploração, diretamente ou mediante concessão, dos serviços públicos de telecomunicações, os quais são concedidos apenas a empresas sob controle acionário estatal, e ainda da difusão audiovisual, de transporte ferroviário e aquaviário, rodoviário interestadual e internacional de passageiros, bem como dos portos marítimos, fluviais e lacustres.

O artigo 177 da Constituição do Brasil coloca sob o monopólio da União a exploração de petróleo e seus derivados, proibindo, ao mesmo tempo, a concessão de qualquer participação nessa exploração (contrato de risco).

Diante desses aspectos, tal regime de intervenção estabelecida não proporciona nenhuma via integracionista, nem possibilita um regime preferencial que desse vantagens aos estabelecimentos de empresas dos países contíguos com os quais se busca criar um mercado comum, se não levantados os obstáculos de natureza constitucional.

Assim, embora a própria Constituição Federal abrigue, entre os princípios gerais da atividade econômica, o da livre concorrência, em que qualquer um tem a liberdade de atuar no mercado, independentemente de autorização de órgãos públicos, estabeleceu exceções que se justificam pela necessidade do atendimento ao interesse social ou da segurança coletiva.

Por sua vez, os compromissos de concessão de subsídios, diretos e indiretos, por parte dos Estados-Membros do Mercosul, estão devidamente regulamentados no âmbito do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), e em especial dos acordos incorporados à Ata Final da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais, concluída em 15 de dezembro de 1993.

Em relação à prática de *dumping* intra-Mercosul, o mais recomendável seria a inclusão da

matéria no texto do acordo como prática de preços predatórios, vedando aos agentes econômicos utilizar-se de posição dominante para, em todo ou parte substancial do Mercado Comum, praticar condutas que prejudiquem a concorrência.

5. Conclusão

Assim, com base nos argumentos técnicos expostos, creio inadequada a inclusão no texto de um acordo de defesa da concorrência no Mercosul a questão dos monopólios legais, considerando os obstáculos de natureza constitucional existente na Constituição do Brasil, bem como os temas subsídios e *dumping*, visto que não são matérias afetas a uma legislação sobre concorrência.

Creio necessário reafirmar que a proposta de acordo está formulada como estatuto comum aos Estados-Partes do Mercosul. Todavia, diante da indefinição do modelo institucional do Mercosul, e da ausência de órgãos supranacionais para legislar e julgar os casos de infração à concorrência, recomenda-se que o controle dos atos de concentração seja feito pelos órgãos nacionais competentes de acordo com a legislação doméstica, fixando-se como tal a participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do mercado relevante de bens e serviços, medida adotada pela legislação brasileira, para registro obrigatório daqueles atos.

Ao concluir, vale ressaltar que não se chega a uma integração sem compromissos efetivos, razão pela qual creio oportuna a aprovação de acordo, nos termos propostos a seguir, sob a forma de protocolo de defesa da concorrência, como medida necessária, para evitar que ocorram atos e práticas comerciais que possam impedir, restringir ou prejudicar a livre concorrência no Mercosul.

6. Projeto de Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul

A República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, doravante denominadas "Estados-Partes",

Considerando:

Que o Mercado Comum implica a livre circulação de bens e serviços entre os Estados-Partes, sendo imprescindível assegurar as condições adequadas de concorrência;

Que as atividades econômicas devem ser exercidas nas mesmas condições de liberdade e igualdade jurídica;

Que o presente Protocolo deve conter as regras de que se valerão os Estados-Partes e as empresas para a defesa da concorrência no Mercado Comum; e

A necessidade de se garantir a liberdade de concorrência e o livre acesso no âmbito do Mercado Comum,

Acordam:

Capítulo I – *Objeto e Âmbito de Aplicação*

Art. 1.º O presente Protocolo tem por objeto a defesa da concorrência e o livre acesso ao mercado no âmbito do Mercado Comum.

Art. 2.º Em matéria de concorrência, as empresas governamentais ou com participação estatal que explorem atividade não monopolística terão idêntico tratamento ao conferido às empresas privadas.

Capítulo II – *Das Práticas Restritivas da Concorrência*

Primeira Seção – *Dos Acordos Colusórios*

Art. 3.º São proibidos os acordos e as práticas concertados entre os agentes econômicos e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto, ou por efeito, impedir, restringir ou distorcer a concorrência e o livre acesso ao mercado para a produção, processamento, distribuição e comercialização de bens e serviços, em todo ou em parte, do Mercado Comum, que possam afetar o comércio entre os Estados-Partes, tais como:

I – fixar, direta ou indiretamente, os preços de compra ou de venda, bem como quaisquer outras condições para a produção ou comercialização de bens ou serviços;

II – limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento tecnológico ou investimentos;

III – dividir mercados de bens, ou serviços ou fontes de suprimento de matéria-prima ou insumos;

IV – acordar ou coordenar ações em concursos, leilões ou licitações públicas;

V – adotar, em relação a parceiros comerciais, condições desiguais, no caso de prestações equivalentes, colocando-os em desvantagem na concorrência;

VI – subordinar a celebração de contratos ou a realização de negócios à aceitação de prestações suplementares que, pela própria natureza ou pelos usos comerciais, não tenham relação com o objeto do contrato ou do negócio;

VII – exercer pressão sobre cliente ou for-

necedor, com o propósito de dissuadi-lo de determinada conduta, aplicar-lhe represália ou obrigá-lo a agir em determinado sentido.

Segunda Seção – *Do Abuso de Posição Dominante*

Art. 4.º É vedado aos agentes econômicos utilizar-se de posição dominante para, em todo ou parte substancial do Mercado Comum, praticar condutas que prejudiquem a concorrência.

Parágrafo único. O abuso de posição dominante poderá consistir, dentre outras, nas seguintes condutas:

a) impor, direta ou indiretamente, preços de compra, ou venda ou condições de transação não equitativas;

b) restringir, de modo injustificado, a produção, a distribuição e o desenvolvimento tecnológico, em prejuízo das empresas ou dos consumidores;

c) aplicar a terceiros contratantes condições desiguais em caso de prestações equivalentes, colocando-os em desvantagem na concorrência;

d) subordinar a celebração de contrato à aceitação, por parte do outro contratante, de prestações suplementares que, por sua natureza, ou de acordo com os usos comerciais, não tenham relação com o objeto do contrato;

e) recusar, injustificadamente, a venda de bens ou a prestação de serviços;

f) condicionar as transações, injustificadamente, ou de modo não fundado nos usos, costumes ou práticas comerciais, à não-utilização, aquisição, venda, distribuição ou submissão de bens ou serviços produzidos, processados, distribuídos ou comercializados por terceiro;

g) vender bens ou prestar serviços a preços inferiores ao seu custo, com a finalidade de eliminar a concorrência no mercado.

Terceira Seção – *Dos Atos de Concentração*

Art. 5.º Os Estados-Partes adotarão na legislação nacional o controle dos atos e acordos que resultem na concentração econômica, entendido como tal a participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do mercado relevante de bens ou serviços e de quaisquer atos ou acordos que possam produzir efeitos anti-concorrenciais em todo ou em parte do Mercado Comum.

Capítulo III – *Consultas e Soluções de Controvérsias*

Art. 6.º Os Estados-Partes cooperarão entre

si e com a Comissão de Comércio do Mercado Comum no sentido de assegurar o cumprimento oportuno e adequado das normas, procedimentos e ações que forem estabelecidos em matéria de defesa da concorrência e do livre acesso ao mercado. Os mecanismos de cooperação poderão consistir no intercâmbio de informações, consultas, assessorias, cooperação técnica e outros que sejam convenientes.

Art. 7.º Com objetivo de prevenir eventuais causas anticompetitivas descritas nos artigos 3.º e 4.º, os Estados-Partes elegerão, por intermédio da Comissão de Comércio do Mercado Comum, mecanismos de coordenação entre as respectivas autoridades encarregadas da aplicação das leis nacionais de defesa da concorrência.

Art. 8.º A Comissão de Comércio do Mercado Comum zelará pela aplicação do presente Protocolo.

Art. 9.º As questões levantadas pelos Estados-Partes sobre a aplicação do presente Protocolo deverão ser submetidas à Comissão de Comércio do Mercado Comum. Se no âmbito da Comissão não for obtido o consenso ou se a controvérsia for solucionada apenas em parte, aplicar-se-ão os procedimentos previstos no Sistema de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum do Sul.

Capítulo IV – Disposições Finais

Art. 10. O presente Protocolo entrará em vigor 30 (trinta) dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados-Partes que o ratifiquem.

Para os demais signatários, entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito do respectivo instrumento de ratificação, e na ordem em que foram depositadas as ratificações.

Art. 11. A adesão por parte de um Estado ao Tratado de Assunção implicará, *ipso jure*, a adesão ao presente Protocolo.

Art. 12. O Governo da República do Paraguai será o depositário do presente Protocolo e dos instrumentos de ratificação, e enviará cópias devidamente autenticadas dos mesmos aos Governos dos demais Estados-Partes.

Da mesma maneira, o Governo da República do Paraguai notificará aos Governos dos demais Estados-Partes a data de entrada em vigor do presente Protocolo e a data de depósito dos instrumentos de ratificação.

Feito na cidade de _____, aos _____ dias do mês de _____ de 1994, em um original, nos idiomas

espanhol e português, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA
ARGENTINA

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA DO
PARAGUAI

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA
ORIENTAL DO URUGUAI

Bibliografia

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Solução de Controvérsia no Mercosul: O Protocolo de Brasília ao Tratado de Assunção. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, V. XLV, n.º 77/78, jan./jun./1992.

BARBOSA, Rubens Antonio. *América Latina em Perspectiva: a integração da retórica à realidade*. Edições Aduaneira, São Paulo, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1986.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. A Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência. *Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência*. CADE. Brasília, 12 a 16/9/94.

COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. *Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência*. CADE. Brasília, 12 a 16/9/94.

DAWSON, Frank Griffith. Regime de integração de empresas da Comunidade Européia. *Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência*. CADE. Brasília, 12 a 16/9/94.

FARIA, Weter R. *Constituição Econômica. Liberdade de iniciativa e concorrência*. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990.

FAUNDEZ, Júlio. *Jurisdição Internacional e concorrência – Do confronto à harmonização*. *Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência*. CADE. Brasília, 12 a 16/9/94.

FERRAZ, Tércio Sampaio. O Conceito jurídico de oligopólio e a legislação sobre o abuso do poder econômico. *Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência*. CADE. Brasília, 12 a 16/9/94.

GATT. Rodada de Negociações Comerciais Multilaterais (Ata Final da Rodada do Uruguai, concluída em 15.12.93). Câmara dos Deputados. Mensagem n.º 408/94, do Poder Executivo.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Cons-*

- tituição de 1988 – Interpretação e crítica.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.
- MALARD, Neide Teresinha. Integração de Empresas: Concentração, Eficiência e Controle. *Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência.* CADE, Brasília, 12 a 16/9/94.
- MATIAS PEREIRA, José. *Os Direitos e Interesses do Consumidor. Fundamentos, Interpretação e Crítica.* CADE, Brasília, 1994.
- REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988.* Editora Forense, Rio de Janeiro, 1991.
- SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos EE.UU.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* Malheiros Editores, 9ª ed., São Paulo, 1993.
- TRATADO de Roma. 1957.
- TRATADO de Maastricht. 1992.
- TRATADO de Assunção. 1991.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência.* Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.

Ônus sucumbenciais

Situações controvertidas

ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO

Visa o presente estudo à análise de determinados aspectos do instituto dos ônus sucumbenciais, notadamente sob a ótica de imputação à parte tida como vencida. Procurou-se abordar a temática diante de diversas circunstâncias consubstanciadas na realidade fática. O objetivo da abordagem é, precisamente, o de lançar no meio doutrinário e jurisprudencial a polêmica sobre o assunto.

Primeiramente, é de se salientar que o art. 20 da Lei Adjetiva Civil consigna que "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios". Qual o espírito que norteou o legislador ao editar tal regra? Buscou-se, exatamente, proporcionar à parte vitoriosa a plena reparação do que dispendeu com as custas processuais e com honorários advocatícios. Para que o êxito processual seja absoluto, é imperioso, pois, que sejam reparadas as perdas com o adimplemento de tais verbas.

Vê-se daí claramente quanto imprópria foi a postura do novel Estatuto do Advogado quando atribuiu a titularidade da verba honorária estabelecida judicialmente ao advogado da parte vencedora. Com efeito, condena-se o vencido a pagar dita verba para a parte adversa, a fim de que esta tenha condições de pagar ao seu constituído. Obviamente que tal raciocínio se aplica em tese, vez que há, também, os honorários ajustados contratualmente, que, geralmente, são fixados em montante bem superior ao assinalado na sentença.

Mas a intenção da norma, verdadeiramente, é a de possibilitar que o vencedor não tenha qualquer dano em seu patrimônio com a ação, na qual obteve um pronunciamento jurisdicional favorável. Se se atribui ao advogado tanto

os honorários advocatícios contratuais como os judiciais, é evidente a sanção patrimonial sofrida indevidamente pela parte vitoriosa. O que se pretende é oferecer à parte vencedora, através da condenação à verba honorária, subsídios financeiros para que possa pagar ao seu advogado. Consta-se, pois, de plano, a impropriedade da nova regra legal.

Feita tal avaliação preliminar, impõe-se aventurar em divagações filosóficas sobre o que vêm a ser os conceitos de "partes vencida e vencedora", bem como sobre o que se deve entender por "sucumbência". A descrição jurídico-positivada não traz maiores luzes a tais indagações. Há que se perquirir se a sucumbência hábil a acarretar os ônus concernentes às despesas processuais e aos honorários advocatícios é a processual ou a substancial. Distinguem-se, de plano, as figuras da extinção do feito com ou sem julgamento do mérito.

Quando o pronunciamento jurisdicional é emitido com fulcro no art. 269, I e II, do Código de Processo Civil, ou seja, por ser acolhido ou rejeitado o pedido do autor, ou por reconhecer o réu a procedência do pedido, não resta dúvida que se está diante de uma hipótese em que uma das partes sucumbe diante da adversária. Aliás, quanto ao mencionado inciso II, é peemptório o comando exarado no art. 26 do mesmo diploma legal. Já quanto aos incisos III, IV e V, permitem-se alguns devaneios acerca da temática em apreço.

Em primeiro lugar, reporto-me ao item III, que alude à hipótese de transação. Em verdade, a transação pressupõe a mútua renúncia de interesses entre as partes litigantes. À medida em que há uma posição de mera liberalidade dos contendores, na hipótese em que isto seja admitido pelo ordenamento jurídico pátrio, não se pode afirmar, sem que se esteja esvalando para uma imprecisão, que uma das partes sucumbiu diante da outra. O tratamento da questão pela norma positivada foi explicitado no § 2.º do já citado art. 26. Por simples concessão da regra, estabeleceu-se que, silente o acordo, as despesas seriam divididas, equitativamente, entre as partes. Não se reportou aos honorários advocatícios. Na realidade, se as partes transigiram, não se pode, a rigor, tecnicamente, se afirmar que qualquer uma delas sucumbiu. Muito menos, até por uma injunção lógica, é impossível dizer que ambas sucumbiram. Há, pois, apesar da regra expressa do Código de Processo Civil, nebulosidade na configuração de uma sucumbência propriamente dita.

Em segundo lugar, tem-se, no inciso IV, ainda do referido art. 269, a menção aos institutos da prescrição e da decadência. Também neste particular, não se pode dizer, sem levandade, que se está diante de uma sucumbência. *In casu*, o julgador não julga, efetivamente, nem procedente nem improcedente o pedido. O deferimento da pretensão fica obstaculizado por uma questão meritória, mas não intrínseca ao seu teor, qual seja, a ocorrência das extintivas da prescrição e da decadência. Por motivo alheio às vontades das partes, consignado no ordenamento jurídico pátrio, o processo chega ao seu término, sem que se possa reputar sucumbente uma das partes, considerando que não se acolheu, nem se rejeitou o pedido formulado pela suplicante.

Finalmente, no que pertine ao inciso V do citado dispositivo legal, também não se consubstancia um pronunciamento em que se confira a imputação a qualquer das partes da qualidade de sucumbente. Se o autor renuncia ao direito sobre que se funda a ação, pratica, nos casos em que tal postura é admitida, um ato de mera liberalidade, não se podendo identificá-lo como sucumbente, diante do réu, pela mesma razão exposta quanto à figura da transação. Consta-se, pois, claramente que nestas três situações há dificuldade em se vislumbrar uma das partes como sucumbente, dentro da concepção terminológica mais adequada da expressão.

Quando se parte para a extinção do feito, sem apreciação do mérito, aí sim é que grassa a impertinência da imputação dos ônus sucumbenciais. Se não se chegou a verificar que, efetivamente, merecia a chancela judicial, se a pretensão deduzida pelo autor ou a resistência oferecida pelo réu, como se pode visualizar um deles como vencido diante do outro? Esta indagação fica sem resposta, desafiando os intérpretes do ordenamento jurídico pátrio. O art. 26, § 2.º da Lei Adjetiva Civil registra que, se o processo terminar por desistência do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu. Dito comando não satisfaz. Quem desiste não sucumbe, necessariamente, vez que pode, como, diga-se de passagem, nas demais hipóteses de extinção do feito, sem julgamento do mérito (exceto a prevista no art. 267, V, do CPC), renovar o pedido em nova demanda.

Como a sucumbência, conceitualmente, reclama uma substancial vitória de uma das par-

tes, devem ser consideradas, para o efeito de imposição de ônus, tão-somente as situações descritas no art. 269, I e II, da Lei Adjetiva Civil. A sucumbência, no caso, apenas será a substancial, e não a meramente processual. Destarte, salvo se for traçado novo perfil da definição do instituto, a rigor, somente nas duas hipóteses indicadas, pode-se considerar, efetivamente, uma das partes como sucumbente.

Partindo deste enfoque, firma-se, de pronto, um posicionamento contrário ao dimensionamento excessivo que se procura emprestar ao termo "sucumbência", fulcrado tal posicionamento nas peculiaridades intrínsecas à própria estrutura conceitual da aludida expressão. E, na vivência prática, o exegeta depara, em certas ocasiões, com controvérsias de difícil, senão impossível, deslinde, à luz da interpretação ampliativa ora repelida. Em seguida, reportar-se-á a ditas controvérsias, de certo já conhecidas de inúmeros julgadores.

É evidente que a parte se "presenta" nos autos através de seu advogado constituído mediante o competente instrumento procuratório. O defeito na representação, como é do conhecimento geral, em regra, pode ser sanado, cabendo ao magistrado conferir à parte esta oportunidade. Não se desincumbindo o interessado deste mister, decorre, *pleno jure*, a inviabilização da constituição da relação jurídico-processual, inexistindo pressuposto fundamental, de índole subjetiva, da dita constituição. Sem capacidade postulatória, será inviável alcançar a prestação da tutela jurisdicional, de caráter meritório.

Suponha-se, por exemplo, que não se tenha demonstrado que a assinatura lançada no instrumento procuratório tenha partido do punho do suposto constituente autor, através do mecanismo apropriado do reconhecimento cartográfico da firma. Em não sendo corrigida a irregularidade, no prazo legal, sucede-se a extinção do feito, sem julgamento do mérito. Sobre quem recairão os ônus sucumbenciais? Ao advogado? É evidente que não, vez que não está habilitado pela suposta parte interessada. À dita parte? É óbvio que também não, já que não manifestou sua vontade em constituir o signatário da petição inicial, pelo menos do que se depreende do fato da assinatura não ter sido reconhecida em Cartório, comprovando-se, *quantum satis*, o exercício de tal prerrogativa.

Note-se, pois, o quanto complexa se torna a solução da questão. Mas existem situações ain-

da piores. Para que uma pessoa jurídica de direito privado possa ajuizar uma demanda, há que demonstrar, de plano, que existe no mundo jurídico e que o signatário do instrumento procuratório tem poderes estatutários e/ou legais para representá-la. Se, embora instada a fazê-lo, a parte não comprova que dito signatário possui estes poderes, gera-se um contexto que, fatalmente, conduzirá à inviabilização do prosseguimento do feito, até os seus ulteriores termos. Se este signatário for alguém completamente alheio aos negócios sociais, que, de má-fé, esteja pretendendo causar-lhe prejuízo, como se pode imputar o pagamento das verbas concernentes à sucumbência à pessoa jurídica?

Por outro lado, pode acontecer de uma pessoa jurídica ingressar com uma ação, sem declinar seu domicílio e sem comprovar a sua existência, com os registros comerciais ou civis pertinentes. Concedido prazo para a correção do vício e inerte a parte interessada, como deve se posicionar o magistrado? Logicamente, se a pessoa jurídica inexistente (pelo menos é o que se depreende do que dos autos consta e, ao que se sabe, o que não está nos autos não está no mundo), quem arcará com os ônus sucumbenciais? O seu advogado? Não, porque não há mandatário sem mandante. Cuida-se de uma pergunta que ficará sem resposta.

Vê-se, portanto, que não é de tão simples deslinde a questão dos ônus sucumbenciais, como, à primeira vista, para o analista desavisado, possa parecer. Acrescente-se, ainda, a hipótese de extinção do processo, por perda de objeto. Em algumas circunstâncias, pode ser atribuída dita perda à responsabilidade de um ou outro litigante, ao qual incumbirá, via de consequência, os ônus sucumbenciais. Em outras, a análise meritória fica prejudicada por fato completamente alheio à vontade e à consciência das partes. Mais uma vez, resta o magistrado atado, sem ter como impor a um ou a outro o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

Eis um tema a ser pensado e discutido no seio judicial. O ordenamento jurídico não esclarece. A apreciação da expressão "sucumbência", a teor de sua concepção terminológica, em cotejo com o seu enfoque dentro de um encaixe compatível com a análise axiológica e teleológica do texto normativo, não satisfaz. Partindo, como se partiu, da visão estrita do termo "sucumbência", não desautorizada pela hermenêutica jurídica, diante do contexto vivenciado na

espécie, tem-se que, salvo quando o magistrado julga, efetivamente, procedente ou improcedente o pedido ou quando a parte adversa alu-

dida reconhece a procedência, não se pode, exceto se subvertendo a lógica, condenar qualquer das partes aos ônus sucumbenciais.

Das Disposições Constitucionais Transitórias

(uma redução teórica) ¹

IVO DANTAS

SUMÁRIO

1. Importância do tema. 1.1. Nova Constituição e as situações anteriores. 1.2. Funções das Disposições Transitórias. 1.3. Técnica Legislativa e Disposições Transitórias. 2. Conceito de "Disposições Gerais" e de "Disposições Transitórias". 3. O Direito Constitucional Brasileiro, o Direito Estrangeiro e as "Disposições Transitórias". A doutrina brasileira e o estudo do tema. 4. Conclusões.

1. Importância do tema

O estudo das denominadas *Disposições Transitórias Constitucionais* comporta, em nosso modo de entender, a elaboração de uma *Redução Teórica*, que, contudo, ainda não despertou as atenções dos estudiosos nacionais do Direito Constitucional.

Assim, enquanto alguns se limitam a uma análise seqüenciada dos assuntos que as compõem no texto jurídico-positivo, outros, inclusive, em "manuais" ou "comentários", nem nessa perspectiva enfrentam a matéria, apesar de a prática nos ensinar, seja ele de capital importância, sobretudo, quando tomado em seu verdadeiro sentido, e não, com objetivos fisiológicos ou para atender interesses pessoais de alguns responsáveis por sua elaboração.

A constatação do que ora se afirma poderá ser feita ao longo da leitura dos artigos que as compõem, visto que a atual Constituição de 1988, em seus 70 artigos (versão originária) incluiu matérias que, por mais boa vontade que tenha o intérprete, não justificam sua elevação ao nível constitucional, mesmo que levada a extremos a teoria das denominadas Constitui-

Ivo Dantas é Doutor em Direito Constitucional – UFMG, Livre Docente em Direito Constitucional – UERJ, Professor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE (Mestrado e Graduação) e Advogado.

¹ Capítulo do livro *Constituição Federal – Teoria e Prática* – (Editora Renovar, RJ, vol. IV), em preparo.

ções Analíticas.

Em decorrência da omissão quanto ao estudo das Disposições Transitórias, sérios problemas deixam de ser enfrentados, o que se reflete no mundo das relações jurídicas privadas ou públicas, como ocorreu com as *Ações Diretas de Inconstitucionalidade* (n.º 829, 830 e 831) que objetivavam impedir a antecipação da consulta plebiscitária prevista no art. 2.º do ADCT da Constituição Federal de 5.10.1988, julgadas em conjunto pelo STF, tendo sido Relator o Min. Moreira Alves.

1.1. Nova Constituição e as situações anteriores

Visando analisar o assunto sob o ponto de vista teórico, devemos enfrentar três questões preliminares, a saber:

- a) relação existente entre as Disposições Transitórias e a Constituição;
- b) funções das Disposições Transitórias;
- c) técnica legislativa utilizada na redação das Disposições Transitórias.

A primeira das questões pode ser apresentada sob a forma interrogativa: *as Disposições Transitórias integram a Constituição ou são um conjunto de normas independentes?*

Creemos nós que as Disposições Transitórias são parte integrante do texto constitucional, a ponto, inclusive, de que qualquer uma das suas normas só poderá ser alterada pelo mesmo processo de emenda previsto nas Disposições Permanentes (CF, 1988, art. 60).

Como Relator da *ADIN n.º 833-1 DF*, escreveu o Min. José Carlos Moreira Alves que “não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta, até porque é da natureza mesma das coisas que, para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência àquilo que, por sua natureza mesma, é dependente”.

E prossegue: “A autonomia da numeração se justifica por motivo de ordem prática: o de evitar, no texto permanente da Constituição, dispositivos que, exaurida totalmente sua eficácia provisória, perdem a vigência. Há exemplos, porém, de Constituição que, em seu título final, com numeração que continua a da parte permanente, apresentam dispositivos transitórios cujo conteúdo, as mais das vezes, é de direito intertemporal – assim, por exemplo, a Cons-

tituição de Weimar, arts. 166 e seguintes –, como também, na parte permanente de algumas Constituições, se inserem normas transitórias, como sucedia em nossa Constituição de 1891”².

Ressalte-se que tanto a Constituição Francesa de 1958, quanto a Constituição Portuguesa de 1976, seguem a mesma técnica da referida Constituição de Weimar (1919).

Em artigo intitulado *Sobre as Normas Constitucionais*, doutrina Palhares Moreira Reis: “Sobre regra constitucional transitória, que por vezes vem no próprio texto constitucional, a lição maior é a de Gustavo Capanema, quando deputado constituinte em 1946. Segundo sua emenda ao texto constitucional proposto (n.º 3.616) deveria, em vez de um título especial da Constituição, ser feita uma lei constitucional especial, denominada lei constitucional transitória.

Na sua justificação, disse: as disposições transitórias, em regra, têm curta duração. São preceitos que logo deixam de ter aplicação. Incorporá-los ao texto constitucional, destinado a vigorar indefinidamente, não é de boa técnica jurídica”.

1.2. Funções das Disposições Transitórias

No tocante à *Função das Disposições Transitórias*, é de trazer-se à análise um aspecto pertinente à Teoria da Constituição, qual seja aquele que se refere à suprallegalidade do texto constitucional frente às demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Como afirmamos em nossos livros *Poder Constituinte e Revolução – Breve Introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional³ e Constituição Federal – Teoria e Prática⁴*, sendo a Constituição resultado de um *Hiato Constitucional* (não necessariamente revolucionário, no sentido sociológico), a partir do qual a sociedade, geralmente, estará subordinada a um novo *modelo constitucional*, cumpre às Disposições Transitórias, exatamente, equacionar, pelo menos, três situações :

- a) aplicação do “novo Direito”;
- b) regular a situação de determinadas normas de Direito Público;

² Texto xerografado, fornecido pelo Min. Moreira Alves ao autor, pp. 5-6.

³ “Informativo Consulex”, Ano VIII, n.º 22, 30.5.94, p. 543.

⁴ Ed. Jalovi, 2.ª ed., 1986.

⁵ Ed. Renovar, vol. I, 1994.

c) estabelecer normas referentes a situações que serão objeto de legislação infra-constitucional posterior.

A aplicação do novo Direito, com a permanência de situações jurídicas (de direito privado ou de direito público) constituídas anteriormente, ou seja, à luz do ordenamento constitucional substituído, refere-se, no dizer de Pontes de Miranda em seus *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1, de 1969*,⁶ ao *Princípio da Continuidade da Legislação*, a propósito do qual escreve: “O princípio da continuidade da legislação, a despeito da mudança de Constituição, apenas traduz a necessidade de se evitar o ‘vazio jurídico’ (o vácuo): já os habitantes contavam com a estabilidade da ordem jurídica, que não dependia deles; a anterioridade não se impõe contra as regras posteriores que sejam contrárias às anteriores, mas enche o que, no tempo futuro, está vazio”.

Destaque-se que a vigência de um novo modelo constitucional cria, em relação às normas anteriores, duas possibilidades: na primeira, se não há choque entre a norma inferior e a nova Constituição, esta *recepção* àquela; na segunda, se entre ambas existe choque, há de prevalecer o conteúdo da Lei Maior.

Cabe, por oportuna, uma observação: na primeira situação, não se há de falar em *inconstitucionalidade*, mas, sim, em *revogação* de toda legislação anterior que lhe seja contrária, conforme pacíficas posições doutrinária e jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal Federal, segundo se verifica do Acórdão proferido na ADIN n.º 0000074/92⁷:

“A incompatibilidade vertical, superveniente de atos do poder público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores”.

Este posicionamento por parte do STF tem uma explicação, qual seja a de que lhe compete ser “Guardião da Constituição” *em vigor*. Em decorrência – como se disse – se a matéria discutida dá-se em relação ao texto constitucional anterior, restam duas alternativas: ou foi pelo novo texto recepcionada, ou encontra-se revogada. Em ambas as hipóteses, tem entendido

⁶ Ed. Forense, 1987, Tomo VI, p. 379.

⁷ Publicada no DJ (25.09.92), Relator Min. Celso de Mello.

aquele colegiado que, na hipótese, “para efeito do controle direto e concentrado de constitucionalidade a representação se julga prejudicada”⁸.

Outro tipo de situação poderá surgir: na vigência da Constituição anterior, praticaram-se atos marcados pela constitucionalidade, que não existiria se considerado o novo texto constitucional. Como resolver esta situação?

Detalhe importante a ser lembrado, é que os atos jurídicos são regidos pela lei vigente à época de sua prática. Ademais, o *princípio constitucional do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada* é mandamento universalmente aceito, dele não escapando o sistema jurídico brasileiro.

A propósito, demos novamente a palavra a Pontes de Miranda que, ao referir-se a um outro princípio – da *imediate incidência das regras constitucionais* – doutrina: “É princípio básico o *princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais*, salvo se a própria Constituição protraí a incidência de alguma ou de algumas das suas regras jurídicas, ou se a retrotraí. Quando se diz que as novas Constituições incidem imediatamente e há, aí, princípio inegável, de modo nenhum se enuncia que as novas Constituições têm retroatividade e que o princípio do respeito aos direitos adquiridos, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos não exista para as Constituições. O que acontece é que à própria Constituição ficou a possibilidade de afastar, explícita ou implicitamente, o princípio do que surgira em virtude de incidência de lei anterior, inclusive de Constituição. Aí, a Constituição, que poderia protraí a sua incidência, como ocorre com a Constituição de 1967, explicitamente a retrotraí”⁹.

Pois bem, o texto de 67-69 (como os anteriores) consagrava o respeito ao “direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 153, § 3.º), no que foi seguido pelo modelo vigente (art. 5.º, XXXVI). Manteve-se, portanto, o mandamento, *não havendo quebra de continuidade*.

Entretanto, nada impede que a Constituição nascente exclua, desta proteção, algumas *situações concretas e expressamente mencionadas*, visto que, conforme lição do Min. Thompson Flores¹⁰, “inexiste direito adquirido

⁸ Veja-se, a propósito, o DJ de 25.11.88, onde existem dezenas de decisões, todas neste sentido.

⁹ Ob. cit., p. 385.

¹⁰ RTJ 71/461.

contra a Constituição Federal. Mas, para tanto, mister se tornaria que ensinasse ela, e não as Cartas locais, esta conclusão, pois é ela própria que assegura, como garantia individual, o direito adquirido. Esta, de resto, é a orientação do Supremo Tribunal Federal” (RE n.º 74.284, in Ementário 915/2; 74.534, *idem* 915/2 e 75.102, *idem* 911/2; RE n.º 75.418, AC STF Pleno).

Neste sentido, entendeu de agir o constituinte de 87-88, fazendo-o de forma expressa, como se constata do art. 17 (ADCT):

“Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição, serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título” (destaque nosso).

A segunda das funções por nós apontadas, objetiva regular a situação de determinadas normas de Direito Público, principalmente aquelas que, não sendo recepcionadas pelo texto constitucional emergente, são por este contempladas com a previsão expressa de protraírem-se, embora temporariamente, até que o novo texto passe a ter aplicação e eficácia.

Foi o que sucedeu, por exemplo, com o Sistema Tributário Nacional anterior a 1988, que teve sua vigência protraída sob o novo modelo constitucional, a teor do que prescreveu o ADCT em seu art. 34:

“O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 1969, e pelas posteriores” (destaque nosso).

Sendo impossível a substituição imediata de uma ordem por outra, o texto constitucional previu, de forma expressa, uma *vacatio legis*, exatamente para que o aparelho estatal tornasse possível a aplicação e eficácia do novo regime.

A previsão de *vacatio legis constitucionalis*, embora não seja técnica usual, aconteceu entre nós com o texto constitucional de 1967, repetindo-se com a EC n.º 1/69, visto que o primeiro, tendo sido promulgado em 24 de janeiro, somente entrou em vigor a 15 de março de 1967, enquanto a EC n.º 1/69, promulgada em 17 de

outubro, só vigorou a partir do dia 30 do mesmo mês.

Preocupado com esta questão, Raul Machado Horta, em texto que reproduz conferência pronunciada no “Curso de Atualização sobre a Constituição Federal de 1988” e intitulado *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*¹¹, escreve que

“a incidência imediata da Constituição acarreta a substituição da ordem constitucional anterior pela impossibilidade da coexistência no tempo e no espaço, na condição de fonte e matriz do mesmo ordenamento jurídico estatal, de duas Constituições, a antiga, que desapareceu, e a nova Constituição, que se torna o fundamento monístico de validade e da eficácia do ordenamento jurídico do Estado. A Constituição nova, salvo no caso limite de ruptura revolucionária radical, não acarreta a supressão total do ordenamento jurídico anterior. A técnica constitucional elaborou soluções de acomodação normativa, que afastam o colapso que adviria do vazio jurídico: a recepção do direito anterior pela Constituição, a vigência da legislação anterior que não contrariar as disposições da nova Constituição e as normas de transição para regular situações discrepantes das normas constitucionais permanentes”¹².

Mais adiante, arremata Machado Horta:

“o distanciamento entre normas de transição, para garantir o direito anterior, e constituição, fundamento supremo do novo Direito, desfez-se a partir do momento em que a Constituição incorporou ao seu conteúdo material as disposições transitórias, com a função de regular a permanência de situações anteriores à vigência da Constituição nova. A formulação do Direito Privado ingressou no Direito Público”¹³.

Finalmente, *cabe às Disposições Transitórias* fixar, com vigência provisória, determinadas situações que deverão ser objeto de legislação infra-constitucional própria, do que são exemplos, dentre outros, os arts. 10, 27, § 7.º, 29, 55, 56 e 70, todos da Constituição Brasi-

¹¹ Publicada na “Revista da Faculdade de Direito da UFMG” v. 33, 1991.

¹² Ob. cit., pp. 191-192.

¹³ Idem, p. 193.

leira de 5.10.88 (ADCT).

1.3. Técnica legislativa e Disposições Transitórias

No aspecto referente à *técnica legislativa* utilizada pelas Disposições Transitórias, é de ressaltar-se que a matéria nelas inserida não tem obedecido à mesma formulação das Disposições Permanentes, vale dizer, não se encontram os assuntos distribuídos de forma diferenciada, igualmente não existindo “Títulos”, “Capítulos” ou “Seções”.

Toda a matéria que lhe compõe é apresentada sob forma de “artigos”, “incisos” e “parágrafos”.

2. Conceitos de “Disposições Gerais” e de “Disposições Transitórias”

Em sua parte permanente costuma a maioria das Constituições fazer referência às “Disposições Gerais”, definidas por Pinto Ferreira em seu *Curso de Direito Constitucional*¹⁴ como “normas que interessam a todo o corpo da Constituição, não sendo assim objeto de um capítulo especial”.

Ao contrário das *Disposições Transitórias*, que trazem em si um sentido de temporalidade, de passagem, de adaptação, as *Disposições Gerais* são aquelas que “abrangem vários aspectos comuns e repetitivos”, como observa Mayr Godoy na monografia *Técnica Constituinte e Técnica Legislativa*¹⁵.

Topograficamente, são colocadas ao final do texto permanente e antes das “Disposições Transitórias”, mantendo a numeração seqüenciada de seus artigos com relação às “Disposições Permanentes”, mas com uma particularidade: não se encontram divididas em “Títulos”, “Capítulos” ou “Seções”, no que, neste ponto, se assemelham às Disposições Transitórias, sob o ponto de vista da Técnica Legislativa.

Hésio Fernandes Pinheiro no seu já clássico livro *Técnica Legislativa – Constituição e Atos Constitucionais do Brasil*¹⁶, preocupando-se com as Disposições Transitórias, ensina que

“na fase de transição de um sistema legal preestabelecido e aquele determinado por um novo ato da ordem legislativa, situações aparecem que exigem imediata disciplina, porém, com caráter especial e

passageiro.

São situações de direito ou de fato que, embora transitórias, não devem nem podem ser, por isso mesmo, descuradas pelo legislador.

Dado esse seu caráter – de transitoriedade – não seria admissível tratá-las no texto do ato da ordem legislativa, nem promiscuí-las com o articulado efetivo deste, pois, uma vez atendida a situação ou o caso especial, o dispositivo deixa de interessar: é absorvido pelo tempo ou pela consumação do fato previsto” – conclui.

Referindo-se à matéria, escreve Mayr Godoy¹⁷:

“nem todos os dispositivos legais são grafados com a idéia de perenidade. Alguns vão para o texto com vida curta, apenas para regular uma situação passageira, criada muitas vezes com razão de condições díspares da lei nova e do direito anterior.

Essas são as disposições transitórias ou provisórias, que vigem enquanto não se esgota, no tempo, a razão de terem sido criadas”.

Plácido e Silva, no *Vocabulário Jurídico*¹⁸, é taxativo:

“É a regra jurídica que se estabelece em uma lei, em caráter temporário, para regular negócios ou casos que se apresentam pela sua própria promulgação.

Não têm, pois, vigência duradoura. E se extinguem tão logo se reajustam ou se liquidam os casos por ela previstos, dentro do prazo que ela mesma estipula”.

Pedro Calmon, em seu *Curso de Direito Constitucional Brasileiro – Constituição de 1946*¹⁹, ensina:

“chamam-se Disposições Transitórias as que têm prazo curto de realização, ao contrário das normas constitucionais propriamente ditas, que são permanentes e inalteráveis até a reforma ou a revisão do texto. Nelas se reúnem as providências complementares, medidas de emergência, decisões que não teriam, por sua espécie transitória, lugar e oportunidade entre os preceitos da Constituição, e até – o que é

¹⁴ Ed. Saraiva, 1993, 6.ª ed., p. 647.

¹⁵ Ed. Leud, 1987, p. 145.

¹⁶ Liv. Freitas Bastos, 1962, 2.ª ed., p. 121.

¹⁷ Ob. cit., p. 147.

¹⁸ Ed. Forense, 1987, vol. II, p. 103.

¹⁹ Ed. Freitas Bastos, 1954, 3.ª ed., p. 341.

mau – regras que a modificam”.

Finalmente, Fillippo Pestalozza, no verbete, “Disposizioni Transitorie”, escrito no *Nuovo Digesto Italiano*²⁰, afirma:

“Sotto la voce disposizioni transitorie si deve interdere quel complesso de normi e di principi che regolano inefficacia della legge nel tempo”.

Em última análise, portanto, as disposições transitórias funcionam, principalmente, como *Princípios de Direito Intertemporal*, podendo-se indicar, além dos autores referidos, os estudos de Wilson de Souza Campos Batalha no livro *Direito Intertemporal*²¹ e José Alfredo de Oliveira Baracho, *Constituição Nova e Ordem Jurídica Anterior*²², para cujos trabalhos remetemos os leitores.

3. *O Direito Constitucional Brasileiro, o Direito Estrangeiro e as “Disposições Transitórias”*. *A Doutrina brasileira e o estudo do tema*

Os textos constitucionais brasileiros, exceção feita à Carta Política de 1824, de uma forma ou de outra, sempre consagraram as denominadas *Disposições Gerais e Disposições Transitórias*.

Assim, a *Carta de 1824* apenas tratava das “Disposições Gerais” em seus arts. 173 a 179, nelas incluindo o conceito do que seria *matéria constitucional* (art. 178) e as *Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*, a *Constituição de 1891* fixava as “Disposições Gerais” em seus arts. 79 a 91, enquanto as “Disposições Transitórias” constavam de 8 artigos, estrutura esta que não foi atingida pela Emenda Constitucional de 1926; a *Constituição de 1934* mantinha a divisão do texto de 1891 e dedicava às “Disposições Gerais” os arts. 174 a 187, e às “Disposições Transitórias” os arts. 1.º a 26.º; a *Carta Política de 1937*, por nós denominada de *Constitucionalismo Aparente* no livro *Direito Constitucional e Instituições Políticas*²³, em razão de que seu texto nunca entrou em vigor, englobou as “Disposições Transitórias e Finais” em seus arts. 175 a 187; a *Constituição de 1946* dedicava às “Disposições Gerais” os arts. 195 a 218 e às “Disposições Transitórias” 36 artigos.

²⁰ A cura di Mariano D’Amelio – Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1938, XVI – vol. V, p. 53.

²¹ Forense, 1980.

²² *Jornal Minas Gerais*, órgão oficial do Estado de Minas Gerais, 13.9.88.

²³ Ed. Jalovi, 1986, p. 117.

Os textos de 1967 e 1969 (a denominada Emenda Constitucional n.º 1), uniram as duas em um só bloco, tendo-lhe dedicado os arts. 173 a 189 (1967) e os arts. 181 a 217 (EC n.º 1/69).

A *Constituição de 5 de outubro de 1988* separa as “Disposições Constitucionais Gerais” (Título IX – arts. 233 a 245) do “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, originariamente compostas de 70 artigos, aos quais, por força da Emenda Constitucional de Revisão n.º 1, de 1.º 3.94, foram acrescidos os arts. 71, 72 e 73, referentes ao “Fundo Social de Emergência”.

No Direito Constitucional Estrangeiro, pode-se verificar que, se nem todos os textos a consagram, como é o caso da Constituição Italiana de 1947, a grande maioria, embora com conteúdo diferente, dedica-lhe atenção e refere-se às disposições de que ora nos ocupamos.

A *Constituição da Espanha* (1978) fala em “Disposiciones Adicionales” e “Disposiciones Transitorias”, as primeiras com apenas quatro artigos e as segundas contando com nove artigos. Ao lado destas, consagra o texto dois outros tipos de disposições, a saber: “Disposición Derogatoria” e “Disposición Final”.

A *Constituição de Portugal*, na redação dada pela 3.ª Revisão, englobando as “Disposições Finais e Transitórias”, refere-se no art. 290.º, expressamente, ao *Direito anterior*, nos seguintes termos:

“1. As leis constitucionais posteriores a 25 de abril de 1974 não ressalvadas neste capítulo são consideradas leis ordinárias, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2. O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados”.

Evidentemente, esta segunda determinação seria totalmente dispensável, tendo-se em conta o *Princípio da Supralegalidade Constitucional*.

A *Constituição da França*, promulgada em 4.10.1958, no seu *Titre XVI* utilizando a numeração das “Disposições Permanentes”, consagra a expressão “Dispositions Transitoires”, compostas dos “articles” 90 a 92, enquanto a recente *Lei Maior Argentina* (25.8.94) contém a expressão “Disposiciones Transitorias”, compostas de 17 cláusulas.

Como se vê, a nível de direito positivo não há, no direito estrangeiro, um modelo ou uma

linha de Técnica Legislativa sempre seguida, justificando, desta forma, um estudo teórico que ainda está por vir.

4. Conclusões

Com estas considerações de ordem conceitual-teórica, embora breves, tivemos em mente introduzir o leitor na dimensão verdadeira das *Disposições Constitucionais Gerais e do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* dentro de uma Constituição, onde, fazendo parte de seu texto, suas normas gozam da mesma importância e autoridade que as demais, por isto mesmo, carecendo, como aquelas, de um tratamento científico, qual seja o correto uso das regras de interpretação, a qual deve estar alheia a valores pessoais e, portanto, subjetivos.

Disposições Permanentes e Disposições Transitórias muitas vezes se completam para uma correta compreensão da matéria, oferecendo as primeiras os conceitos necessários para a aplicação, marcada pela temporalidade, de determinações contidas nestas, como, por exemplo, e dentre muitos outros, no texto de 1988, o conceito de *Juros Legais* referidos no art. 47 das *Disposições Transitórias*, mas cuja compreensão haverá de ser buscada no art. 129 parágrafo 3.º das *Disposições Permanentes*.

Por outro lado, os princípios referidos nas *Disposições Permanentes*, muitas vezes, sofrem exceções expressamente mencionadas nas *Dis-*

posições Transitórias.

Assim, uma análise completa de qualquer artigo constitucional terá de ser uma análise sistêmica, cruzada, tal como temos defendido ao longo de nossos estudos, sob pena de uma visão acanhada e limitada, não passível de ser inteligível em toda a sua dimensão.

Se a Constituição de um Estado é a espécie legislativa que mais sofre as influências políticas e ideológicas, além das históricas, nela, as *Disposições Transitórias* servem (e a repetição é proposital), exatamente, para proceder à substituição de um texto pelo outro (apesar do acima analisado *Princípio da Imediata Vigência das Constituições*), sobretudo, quando o novo ordenamento não resultou de uma ruptura social e política profunda (no sentido sociológico entendida como “revolução”), nem alterou substancialmente o ordenamento jurídico nacional.

Neste sentido, observa Pinto Ferreira:²⁴

“Diversas Constituições do mundo têm o seu corpo de disposições constitucionais transitórias, como por exemplo as Constituições alemãs de 1871 e 1919; outras assim não procedem, já que a sua nova organização político-jurídica muito difere do regime anteriormente estabelecido, com o qual rompe de maneira revolucionária”.

²⁴ Ob. cit., p. 648.

Notas sobre a exegese do artigo 102, I, n, da Constituição Federal

ANTÔNIO VITAL RAMOS DE VASCONCELOS

SUMÁRIO

1. Introdução ao tema: a inovação; as duas hipóteses; a restrição jurisprudencial. 2. Interesse peculiar da magistratura: o interesse do funcionalismo em geral; o conceito de interesse geral e peculiar da magistratura nacional; as razões da competência originária; a impossibilidade de disciplinação, por legislação outra, dos direitos e deveres do magistrado; os precedentes existentes; a vitaliciedade e a licença-prêmio examinadas à luz de legislação local. 3. O impedimento ou suspeição da maioria: hipótese referente unicamente a "ação"; as etapas necessárias: exaurimento da convocação de todos os substitutos; inaplicabilidade a procedimentos administrativos por questão de competência privativa do tribunal de origem. 4. Conclusão: evolução e aprimoramento da jurisprudência sintonizada com a vontade do constituinte.

1. Introdução ao tema

Uma das mais significativas inovações da Carta Política de 1988 resultou no prestígio, em sede constitucional, de uma modalidade de ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal, quando ocorrer interesse de todos os membros da magistratura ou quando existir impossibilidade de julgamento por qualquer tribunal em decorrência de a maioria de seus membros estar impedida ou suspeita, por direta ou indiretamente interessada no desfecho da demanda.

O teor dicotômico da alínea *n* do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal possibilita distinguir duas modalidades de *ação* (ou recurso – RTJ 131/949) que passam à competência originária da Suprema Corte:

a) quando todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente

Antônio Vital Ramos de Vasconcelos é Juiz Federal aposentado. Professor. Advogado.

interessados; e

b) quando mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados.

A proliferação de demandas invocando a ocorrência de uma das circunstâncias configuradoras da competência originária do STF fez que com a Suprema Corte, de forma paulatina, fosse aprimorando sua jurisprudência sob a *diretriz de uma interpretação restritiva, de forma tal que o entendimento hoje prevalente, para as duas hipóteses, pode ser assim sumariado:*

a) no primeiro caso, há necessidade de que ocorra a discussão sobre direito peculiar à magistratura, o que não pode ser confundido com direito que se estende à generalidade do funcionalismo. *Dessa forma, deixaram de ser reconhecidas como da competência do STF causas em que se discutia sobre vencimentos, correção monetária de pagamentos atrasados, URP e tantas outras matérias congêneres, por não dizerem respeito a tema específico dos magistrados;*

b) no segundo caso, há necessidade de que o impedimento ou a suspeição da maioria dos membros do tribunal de origem seja aferido depois de se esgotarem todos os meios de convocação de substitutos, até que resulte definitivamente comprovado que a corte originária não teria condições de julgamento da causa, em razão do que necessariamente esta passaria a ser de competência do Supremo Tribunal Federal.

Note-se, com a merecida ênfase, que quando a Constituição Federal confere ao STF competência originária ou recursal, significa que o órgão colegiado, como um todo, com sua composição constitucional, deve proceder ao julgamento da ação. Por conseguinte, não pode a matéria ser apreciada nem por qualquer de suas Turmas, nem tampouco pelo relator, monocraticamente, julgando o mérito de causa, como inconstitucionalmente dispõe a Lei n.º 8.038/90 em seu artigo 38, posto que a matéria é de competência exclusiva da Corte Maior.

2. O interesse peculiar da magistratura

a) Análise de uma hipótese

Quando o objeto da demanda, de conteúdo constitucional e de manifesto interesse de toda a magistratura nacional, tiver colorido próprio de um direito peculiar (mesmo que não-exclusi-

vo dos juízes), haverá plena adequação ao perfil da demanda referida no art. 102, I, *n*, da Carta da República.

Um dos pontos de partida, a trato do tema e motivador desta incursão, prende-se à recente decisão do STF, na Ação Originária 269-9/SP, em que juíza federal substituta questionava ato do tribunal de origem que sobrestou seu vitaliciamento. Deliberou o Ministro Francisco Rezek, Relator, em decisão monocrática, deixar de reconhecer a competência originária da Corte, ao fundamento de inexistir, no particular, interesse específico da magistratura.

No exame do relevante problema, afere-se que o núcleo do indeferimento repousa na alegação de que a decisão do TRF, suspendendo uma vitaliciedade já consumada pelo decurso do biênio, não estaria frustrando uma garantia atribuída aos magistrados como tais. Para esse desiderato, o incluíto Relator invocou jurisprudência da Corte “no sentido de ser incompetente para apreciar pedidos desta natureza, visto que *inexiste, na controvérsia, interesse específico da magistratura a justificar a invocação do mencionado dispositivo constitucional*” (DJU de 3.3.95, p. 4119 – (grifos nossos), indicando três específicos precedentes em ações originárias.

A dicção constitucional, no particular, previu como ação originária do STF aquela “... em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados ...”.

Dando interpretação ao preceito, a orientação da Suprema Corte tornou-se sólida, na espécie, no sentido de limitar sua competência originária às hipóteses em que a ação tenha por objeto direitos, interesses ou vantagens peculiares à magistratura (AOr. n.º 8, Min. Veloso, RTJ 138/3; AOr. n.º 11, Min. Gallotti, RTJ 128/475; AOr. 38, Min. Veloso, RTJ 138/11; Pet. 506, Min. Néri da Silveira; MS n.º 21.441, Min. Galvão, entre outras).

A ação proposta buscava aferir, na solução da lide instaurada, se a garantia constitucional da vitaliciedade, assegurada pelo art. 95, inciso I, da Constituição Federal, e disciplinada exaurientemente pelo art. 22 da LOMAN (Lei Complementar n.º 35/79), podia sofrer regramento restritivo pelo regimento interno de um tribunal, mormente crescendo requisito novo.

Tal como configurada (criada pela Constituição e disciplinada pela LOMAN), essa garantia de vitaliciedade indubitavelmente encai-

xa-se na originária previsão constitucional, na medida em que torna todos os membros da magistratura direta ou indiretamente interessados, tendo em vista que o tema constitucional é peculiar à magistratura. Não pode, por isso mesmo, ser classificado como vantagem que se estenderia aos servidores em geral.

A vitaliciedade, criada pelo art. 95, I, da Constituição Federal e disciplinada integralmente pela LOMAN, constitui – sem margem de dúvida – um direito constitucional peculiar à magistratura, pois passou a ser objeto de regramento adicional por tribunais e tornou-se suscetível de esdrúxula “suspensão”, como no caso concreto, depois de o magistrado ter completado o biênio no regular exercício de sua atividade jurisdicional.

Assim, o cerceamento, no particular, está sendo exercitado por tribunal e em relação a juiz, situação que conduz a que o assunto seja classificado como específico da magistratura (essa modalidade de exercício de vitaliciedade está disciplinada em lei complementar à Constituição – LOMAN) e não se estende à generalidade do funcionalismo.

Inescondível, neste quadro contextual, que a relevante garantia constitui o primeiro e um dos marcantes predicados da magistratura, e não pode ser confundida com a vitaliciedade assegurada ao Ministério Público, porque esta tem disciplinamento constitucional próprio e peculiar.

Com efeito, a vitaliciedade do membro do Ministério Público, embora referida pela Carta Maior (CF, art. 128, § 5.º, I, a), vem garantida de forma transversa pelo seguinte texto que se reporta a lei complementar que estabelecerá “as seguintes garantias”:

“a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado”.

A vitaliciedade do magistrado está garantida no próprio texto constitucional, independentemente de lei complementar que a discipline, posto que a norma constitucional é de eficácia plena:

“Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vincu-

lado....” (grifos nossos).

Decompondo as idéias, pela literalidade do dispositivo, em sua exposição sintática, teremos dois períodos: o primeiro, de estágio probatório durante dois anos de exercício; o segundo, de aquisição de vitaliciedade pelo cumprimento dos requisitos constitucionais. O regimento interno do tribunal, contudo, criou um terceiro e inovador período, ou exigência: a declaração formal da Corte como condição *sine qua non* para a aquisição daquela garantia constitucional. Portanto, a norma regimental *restringiu e apequenou* garantia específica do magistrado estatuída, de forma integral e com eficácia plena, no art. 95, I, da Constituição Federal.

Entremostam-se diversos os disciplinamentos, de forma que a espécie de vitaliciedade disciplinada no citado art. 95, I, da Constituição Federal e secundada pela clareza do art. 22, II, a, da LOMAN (LC n.º 35/79, recepcionada no particular) é típica, específica, peculiar da magistratura, na medida em que o próprio texto constitucional cuidou de estabelecer *gradações* (vitaliciedade em primeiro e segundo graus, e nos demais tribunais do país), de prever o tempo e modo de aquisição (dois anos de exercício) e de disciplinar que, nesse período, a perda do cargo poderia ocorrer por deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado.

No tocante ao Ministério Público, o tratamento é distinto: não há previsão constitucional sobre a perda do cargo durante o estágio probatório, eis que o texto constitucional vigente assegura ao membro do Ministério Público garantia mais ampla (“não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado”).

Fixadas tais diretrizes, por vereda da aprumada conclusão lógica, vê-se, pois, que distintas são as confrontadas garantias. A primeira, criada pela própria Constituição, *quantum sufficit*, com duas modalidades de disciplinamento quanto à perda do cargo: uma durante a fase do estágio probatório (deliberação do Tribunal), outra, somente por sentença judicial, depois de completado o biênio de exercício na judicatura.

Noutra esteira, espalha-se o fulgor de outra realidade: o que se discute na ação originária é exatamente o discrimen em relação ao magistrado, ou seja, a possibilidade de perda do cargo por “deliberação administrativa” do tribunal, hipótese nem sequer cogitada no texto constitucional para o órgão do Ministério Público.

No caso concreto, resultou comprovado que a juíza substituta ingressou na magistratura e completou o biênio em pleno exercício da função judicante. Assim, restava apenas examinar se, depois de completado o biênio, a aquisição da vitaliciedade opera-se de pleno direito, ou ainda estaria na dependência de algo que não foi previsto pelo constituinte, mas acrescido por norma regimental:

“Art. 319. Os Juizes Federais substitutos tomarão posse perante o Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

§ 1.º – A vitaliciedade dos Juizes Federais Substitutos será adquirida após dois anos de exercício e da declaração confirmatória pelo Tribunal em Sessão Plenária.” (Regimento Interno do TRF da 3.ª Região).

Com esta diretiva, quando o texto constitucional diz que o juiz, em primeiro grau, adquirirá a vitaliciedade pelo só exercício após dois anos, passou a ser direito que interessa direta ou indiretamente a todos os magistrados saber se pode norma inferior, infraconstitucional e de índole regimental, acrescentar uma exigência a mais e totalmente fora do controle do interessado, qual seja, “a declaração confirmatória pelo Tribunal em Sessão Plenária”.

Apenas em linha de configuração do perfil da demanda originalmente proposta, exsurge claro, do texto constitucional, que essa cogitada “declaração do Tribunal” é a referenciada “deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado” para a perda do cargo durante o estágio probatório. Transmudou-se o texto constitucional e alterou-se a vontade e a dicção do constituinte. Acrescentou-se um *plus* às condições de aquisição da vitaliciedade do magistrado. Portanto, a questão ganhou nítido contorno de interesse específico da magistratura, na medida em que a *garantia da vitaliciedade*, no particular enfoque, é peculiar ao juiz e somente a ele diz respeito.

Portanto, na viseira aberta e sem tangenciar a realidade, a questão nuclear, pois, consiste no exame, pelo Supremo Tribunal Federal, da eventual validade da norma local, de sede regimental, que simultaneamente criou a figura da *suspensão* da vitaliciedade com o acréscimo de que tal garantia somente será adquirida pelo magistrado após a declaração do tribunal, malgrado tenha o juiz completado os dois anos em pleno exercício da função judicante.

Com efeito, não é juridicamente possível a “suspensão” do decurso do tempo; a única alternativa plausível, com respaldo legal, seria o “afastamento” do magistrado de suas funções judicantes, mediante o devido processo legal. Nesse caso, não estando o juiz no “exercício”, impossibilitada estaria, nesse lapso de tempo, a aquisição da vitaliciedade. Se, porém, não foi afastado nesse interregno e implementou o tempo de dois anos de exercício, operou-se, de pleno direito, a aquisição da comentada vitaliciedade.

Esse apontado ato estatal de efeitos concretos (Regimento Interno, editado pelo Tribunal), ainda que veiculado em texto de aparente lei formal para os juizes vinculados àquela Corte, passa a ser questão prejudicial de mérito suscetível de tornar todos os magistrados direta ou indiretamente interessados na solução da controvérsia, posto que a densidade normativa no conteúdo do preceito regimental desqualifica-o – enquanto objeto juridicamente inidôneo – para produzir efeitos em relação à disciplina da matéria referente à aquisição de vitaliciedade pelo juiz.

A ação de competência originária do STF, sob o influxo da primeira parte do art. 102, I, *n*, da CF, transforma-se em instrumento específico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição relativamente à magistratura nacional, posto que conduz à válida e adequada utilização desse meio processual relevante para a aferição do ato estatal impugnado em cotejo exclusivo com o ordenamento específico do texto constitucional.

Desse modo, a inconstitucionalidade deve transparecer diretamente do texto do ato estatal impugnado, na medida em que a prolação desse juízo de desvalor não está na dependência de prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e num desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado.

Deveras, a infringência à Norma Constitucional é manifesta, bastando, para isso, verificar-se o conteúdo do disciplinamento. Ou seja, se a Norma Infralegal inovou o comando constitucional, essa só circunstância a descredencia como instrumento válido, tendo em vista que a regência da matéria esgota-se no próprio texto constitucional.

Nesse relevante aspecto, na trilha do ensinamento do Min. Celso de Mello, “o repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do

princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição” de forma que, como corolário, “esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de *menor* grau de positividade jurídica guardem, *necessariamente*, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade”, impondo a conclusão de que “atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica” (ADIn 652-5-MA, Plenário, DJU de 2.4.93, p. 5615).

Extraí-se do julgado em comento a diretriz segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma jurídica alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico – que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público em qualquer de suas esferas – desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe, ante sua absoluta inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos, a possibilidade de invocação de qualquer direito.

Como a matéria atinente à magistratura nacional vem rigidamente disciplinada na Carta Política, o constituinte preocupou-se com sua fiel observância, de maneira que as ações que versarem sobre tais direitos, de interesse geral e peculiar dos juizes brasileiros, passam à competência originária da Suprema Corte, único tribunal eleito constitucionalmente para remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Magna, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional por pretensa vontade de afetar direito específico do magistrado. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo.

Desse modo, a ação referida na primeira parte da alínea *n* do inc. I do art. 102 da Carta da República revela-se como instrumento processualmente adequado à colimação do fim pretendido, posto que o interesse geral e peculiar da magistratura, em questão dessa envergadura constitucional, impõe seja a restrição imposta por norma regimental confrontada com o or-

denamento constitucional específico, até mesmo para a preservação da incolumidade da atuação judicante que se transmuda em segurança para os jurisdicionados em geral.

No altiplano do detido exame da tese, o conteúdo da lide em foco necessariamente implica o interesse geral da magistratura, o que induz à incidência de norma de competência excepcional do STF. Deveras, como disciplinada pela Carta da República, a vitaliciedade do magistrado constitui uma garantia que se adquire pelo só decurso do prazo de dois anos no pleno exercício da judicatura. Nessa fase, o juiz encontra-se em estágio probatório e quaisquer procedimentos administrativos, para fins da perda do cargo, somente podem ocorrer durante esse período. Deveras, completado o biênio, na judicatura, opera-se a aquisição da vitaliciedade, *ipso jure*. A declaração formal do tribunal, efetuada posteriormente – malgrado superfetativa mas com evidente propósito solenizador –, pode representar, quando muito, apenas e exclusivamente uma confirmação de uma situação jurídica já operada e que ingressou no mundo como ato jurídico perfeito, posto que realizado em plena consonância com a vontade e diretrizes constitucionais.

Estabelecido esse indefectível perfil, jamais poderá a vitaliciedade, já adquirida pelo transcurso dos dois anos de exercício da judicatura, ser retroeliminada ou ficar na dependência de uma manifestação ulterior não prevista no Texto Maior.

Assim, sem permeios e nesses exatos limites, a vitaliciedade passa a ser uma questão típica, ínsita, natural, específica, restrita, peculiar e vinculada ao magistrado, pelo que todos os juizes brasileiros passam a ter interesse direto ou indireto na matéria, razão por que o constituinte brasileiro – com sua excepcional previsibilidade do alcance da questão – disse pertencente ação dessa natureza à competência originária e privativa do Supremo Tribunal Federal, visto que a solução dada pela Suprema Corte terá, entre outras virtudes, aquela de pacificar a questão para toda a magistratura nacional, evitando a desnecessária proliferação de demandas em patamares inferiores, a par de trazer segurança e tranquilidade para o exercício – já por demais desgastante – da judicatura nacional.

Essa garantia, mais que voltada ao juiz, constitui um predicado destinado basicamente ao jurisdicionado, eis que o magistrado carece de um mínimo de segurança para o exercício de

seu mister e não pode viver em instabilidade após completar seu biênio de exercício, para ficar no aguardo de uma "posterior confirmação do Tribunal" (em data que sequer foi preconizada), numa atitude afrontosa àquilo que o Texto Maior tratou de disciplinar exaustivamente.

Pelo relevo da matéria, a inovação processual marcante, na Constituição vigente, foi a previsão, no artigo 102, I, n, da competência originária do Supremo Tribunal para "a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados".

A foco dessas colocações, divisa-se, no particular, essa competência originária, não pela presunção universal de interesse e conseqüente impedimento dos tribunais para julgar, em sede jurisdicional, os seus próprios atos, mas porque é inevitável o interesse de toda a magistratura na causa em que se discute o modo de aquisição da vitaliciedade do magistrado.

A questão resulta simples, pelo confronto do ato praticado (suspensão do vitaliciamento, no aguardo de posterior declaração do tribunal). Lógico que há determinação da competência originária do STF em função do interesse de toda a magistratura no desfecho da lide, haja vista que a Constituição não partiu de um restrito conceito jurídico de interesse, que faria ociosa, nessa parte, a alínea discutida: raia pelo inimaginável a hipótese de causa cuja decisão irradiasse eficácia própria sobre a situação individual de todos os magistrados do país.

Não seria de se cogitar de eventual declaração em tese da inconstitucionalidade ou não de norma do estatuto nacional da magistratura, porque isso não se está impugnando, nem tampouco de qualquer resolução ou ato administrativo concreto do tribunal de origem: nessa hipótese, sim, a competência originária e privativa do STF para a ação direta é objeto de outro preceito (Constituição Federal, artigo 102, I, a), aqui nem aventado.

Certos os fatos e, pelo menos, como premissa, encartados em norma constitucional de eficácia plena, resta, nesse contexto, e por conseguinte, como a leitura mais adequada a dar sentido útil e atender às óbvias inspirações éticas da norma excepcional de competência da Suprema Corte, a que se satisfaça com o "interesse de fato" de todos os magistrados na questão jurídica objeto do processo, ainda que só o

juiz que nele seja parte venha a ser alcançado pela eficácia *de jure* da sentença a proferir.

Com essa compreensão, que não é ampla, mas restrita ao preceito constitucional, sem a criação de qualquer dilema hermenêutico, posto que o interesse de fato da magistratura, *in casu*, para deslocar a competência, há de ser efetivo, atual e concreto, longe está de se divisar, no *mandamus* examinado, interesse meramente hipotético.

Ao ver do Ministro Sepúlveda Pertence, a competência da Excelsa Corte estaria firmada quando ocorrente a presença atual e efetiva do interesse de toda a magistratura na questão de direito deduzida em juízo por um ou mais dos seus integrantes, ou, utilizando a sua precisa construção:

"Em outros termos, como a entendemos, só se firma a competência cogitada quando o simples fato de *ser magistrado* baste à concretização da hipótese de incidência da norma sobre cuja interpretação se controverta no processo" (grifos nossos).

Sua Excelência arrolou casos em que corretamente se ajuizaram no STF os mandados de segurança pendentes em torno da incidência do IR sobre a representação paga aos magistrados da União; sobre ser devido aos juizes o acréscimo de um terço (Constituição Federal, artigo 7.º, XVII); sobre os vencimentos de ambos os meses de férias do magistrado; de direito de greve, para concluir que "são hipóteses nas quais a decisão judicial – embora de eficácia restrita ao juiz litigante – em tese constituiria precedente invocável, perante a Administração ou a Justiça, como pertinente à situação atual de todo o magistrado, apenas porque e enquanto o seja".

Assim, definir, nos termos da Constituição, qual o procedimento válido para que *todos os magistrados* adquiram a garantia da vitaliciedade, ao singular fundamento de que, segundo a norma local e malgrado completado o biênio em exercício, impõe-se que o tribunal local "declare" adquirida a vitaliciedade, faz resultar um interesse concreto, atual, emergente. Noutras palavras: saber se o texto constitucional, quando fala "vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal...", está a admitir regramento ulterior por quem não detenha pode-

res constituintes. A deliberação, referida no texto constitucional, é objetivamente para a perda do cargo, ou pode ser ela transmutada para uma "confirmação" da garantia adquirida mediante a forma instituída na Carta da República?

Inegavelmente, o deslinde dessa relevante questão constitucional não afeta apenas o autor da ação – pois constituirá aquele cogitado "precedente invocável, perante a Administração ou a Justiça, como pertinente à situação atual de todo o magistrado, apenas *porque* e *enquanto* o seja".

O eminente Ministro Sepúlveda Pertence, Relator no AgRg n.º 423-0-SP, disse, com singular propriedade, que dada a supremacia das garantias constitucionais do *due process* e seus corolários (v.g., CF, art. 5.º, LIII e LVII e art. 93, IX) – outorgadas a quem quer que seja o sujeito do litígio substancial posto em juízo –, cumpre amoldar à efetividade delas a interpretação da vetusta disciplina legal (...) em ordem a assegurar que "as leis é que se devem interpretar conforme a Constituição e não, o contrário" (DJU de 13.3.92, p. 2.921) pelo que repugna à consciência jurídica querer impor mera norma regimental à vontade clara e soberana do constituinte em operacionalizar, no Judiciário brasileiro, todas as vitalicidades adquiridas na forma da Constituição Federal a um posterior *placet* do tribunal local.

b) Os precedentes

Para dar pela incompetência do STF, no caso concreto, o eminente Relator invocou três precedentes. Todos, porém, dizem respeito a postulações de *indole retributiva* de magistrado, porquanto referentes a matéria de vencimentos, que é, obviamente, um direito que se estende à generalidade do funcionalismo público. Examinem-se os precedentes citados:

a) Na AOr 32-7, Rel. Min. Marco Aurélio (DJU 2.4.93, p. 5610), cuidava-se de magistrados de São Paulo postulando pagamento de diferenças de vencimentos.

b) Na AOr 33-5, Rel. Min. Moreira Alves (DJU de 13.11.92), magistrados de São Paulo propuseram ação ordinária para obtenção de correção monetária das parcelas de vencimentos pagas com atraso.

c) Na AOr 34-3, Rel. Min. Francisco Rezek (DJU de 22.3.93), magistrados de São Paulo igualmente requereram matéria de "indole retributiva".

Os três precedentes, por conseguinte, não têm pertinência com o caso concreto, pois cui-

dam de matéria de interesse do funcionalismo em geral.

No caso examinado, contudo, a situação é diversa e distinta. Cuida-se de rígido disciplinamento constitucional da garantia de vitaliciedade específica do magistrado, que não pode ser tida como um direito aplicado à generalidade dos funcionários públicos.

A situação enfocada na referida ação originária (mandado de segurança contra ato de tribunal, *modificativo de vitaliciedade já adquirida* na forma constitucional) amolda-se com precisão na hipótese ensejadora da competência originária do STF e guarda estreita harmonia com a orientação da Suprema Corte quanto à competência prevista na letra *n* do artigo 102 da Carta da República, em virtude de ter por objeto *direitos, interesses ou vantagens* peculiares à magistratura.

Uma esclarecedora lição proveio da Suprema Corte quando, em sessão plenária de 16.10.91, resolvendo questão de ordem suscitada pelo eminente Relator, Ministro Néri da Silveira, estabeleceu o verdadeiro discrimen para negação da competência do STF: "nas causas em que o interesse da magistratura é *comum* ao interesse de *todo o funcionalismo*" (Pet. 506-MG, in DJU de 19.10.91, p. 16.605). No mesmo sentido, a decisão tomada na AOr 91-2-RS, in DJU de 14.2.92, p. 1168). *A contrario sensu*, se o interesse da magistratura, por ser próprio a ela, não for comum ao funcionalismo em geral, firmada estará a competência excepcional da Suprema Corte para o deslinde da questão.

Na evolução da jurisprudência do STF restou firmada a diretriz segundo a qual se os interesses, direitos ou vantagens constituem situações jurídicas comuns a outras categorias funcionais ou inerentes a diversos estratos sociais, descaracteriza-se, em função desse estado de comunhão jurídica, a própria *ratio essendi* justificadora da especial e inovadora competência originária do Supremo Tribunal Federal, em ordem a esta resultar recusada quando os direitos reclamados não tenham qualquer conotação de natureza corporativo-institucional e não se restringirem, por isso mesmo, apenas àqueles que estejam investidos no desempenho dos cargos judiciários.

Destarte, sempre que a globalidade dos direitos envolver, negavelmente, pelo elevado grau de extensão e de quase indeterminação subjetiva de seus titulares, todos os agentes

vinculados à Administração Pública, tal circunstância será fator de descaracterização da competência excepcional da Suprema Corte, como restou destacado pelo Ministro Celso de Mello (cf. AOr n.º 20-3/320-AL, in *DJU* de 3.2.92, p. 348 e AOr n.º 85-8/320-DF, in *DJU* de 3.2.92, pp. 348/9).

Porém, com atenção à própria teleologia da norma de competência em questão, ela resultará firmada sempre que, na causa, haja existência de tema concernente a direito que seja exclusivamente peculiar à magistratura, como, na espécie, o da *vitaliciedade*, com a forma e exigências de sua aquisição, nos termos do artigo 95, I, da Carta da República, de forma que a aludida competência, editada *intuitu personae*, visa exatamente ao exame de lide cujo objeto seja um interesse específico da magistratura, como no caso concreto, em que se verifica inexistir qualquer comunhão jurídica concernente ao universo de servidores públicos.

Deflui daí, claramente, que a *vitaliciedade* não é comum a todo o funcionalismo.

Evidencia-se, *in casu*, a plausibilidade da alegação da competência originária do STF para julgar o mencionado mandado de segurança, posto que a solução da lide passa pela *questão prejudicial* de saber, em face da Constituição Federal e da LOMAN, se os juizes podem ser afetados por "suspensão" do prazo de *vitaliciedade*, mormente quando continuaram no exercício da judicatura e completaram o biênio exigido pela Carta da República.

Em hipótese ainda menos rígida, a Suprema Corte deu-se por competente para julgar demanda em que juiz de direito, em disponibilidade, postulou licença-prêmio com base em legislação local, circunstância que exigiu do STF o exame da causa face aos preceitos da Lei Complementar da magistratura nacional (AgR na AOr n.º 153-6-RS; Relator Ministro Sepúlveda Pertence, in *DJU* de 7.8.92; apud *RT* 688/211).

Merece ser invocado trecho do voto do Ministro Carlos Velloso, na AOr 8, antes referida, que bem retrata o pensamento do STF sobre a aplicabilidade do referido dispositivo, estabelecendo o necessário marco divisório:

"O que determinaria a competência do Supremo Tribunal para julgar originariamente a causa é se ela dissesse respeito a um direito, vantagem ou prerrogativa peculiar à magistratura. No caso, a causa tem por objeto um direito ou van-

tagem que é dos servidores públicos, de modo geral. A norma de competência do art. 102, I, *n*, da Constituição tem caráter excepcional, motivo por que deve ser interpretada restritivamente. Registre-se, por outro lado, que uma interpretação ampliativa da citada norma de competência – art. 102, I, *n* – traria para a Corte Suprema milhares de ações relativas às vantagens pecuniárias e ao próprio regime jurídico do pessoal da União, pois essas vantagens e normas do regime jurídico do pessoal da União são extensivas, de regra, aos magistrados" (*RTJ* 138/10).

Na linha desse incensurável posicionamento, e na interpretação restrita exigida pela Norma Constitucional, a questão sobre a *vitaliciedade* do magistrado, nos limites aqui abordados, é típica e peculiar ao juiz, não se estendendo ao funcionalismo público em geral.

Deveras, admitir o contrário seria suprimir da Suprema Corte a oportunidade constitucional de, contrariamente à situação factual invocada, deixar que proliferassem inúmeras ações em graus inferiores, em desgastantes lides entre juizes e tribunais (demandas que a ninguém aproveita e a todos prejudica), trazendo instabilidade para o exercício da função judicante, quando uma só e definitiva decisão da Suprema Corte do País, por sua força e autoridade predominantes, eliminaria de vez qualquer controvérsia e traria, no particular, a sempre perseguida paz social.

Ainda sob a égide da Constituição anterior, o Supremo Tribunal, em histórica decisão tomada no RE n.º 100.912-8-SP, sendo Relator o Ministro Néri da Silveira, deu provimento a recurso interposto, contendo a ementa esta significativa passagem:

"*Vitaliciedade* após dois anos de exercício. Julzo de não-vitaliciedade, ao término do biênio, por parte do Tribunal (...). Perda do cargo e não-vitaliciedade. Hipótese em que se reconhece configurada ofensa ao art. 153, § 15, da Lei Maior" (STF, 1.ª Turma – julg. em 22.10.1985; in *DJU* de 19.12.85, p. 23.628).

É da sólida doutrina e da remansosa jurisprudência que *vitaliciedade*, muito mais do que uma garantia essencial ao juiz, é uma segurança da sociedade, na medida em que o magistrado, sentindo-se tranqüilo, pode exercer a judicatura com equilíbrio e serenidade. Nessa linha, o insigne Décio Cretton leciona que:

“A vitaliciedade constitui o maior reforço de independência dos magistrados e a melhor garantia constitucional concedida a eles e a seus jurisdicionados. Foi instituída para que a importantíssima função de julgar seja desempenhada com autonomia e imparcialidade. Essa prerrogativa é indispensável às altas funções da magistratura” (*O Estatuto da Magistratura Brasileira*, p. 29).

O saudoso Hely Lopes Meirelles, cuidando de distinguir a peculiaridade dessa garantia, pontificou:

“A vitaliciedade não é uma prerrogativa do funcionário, mas sim uma condição para que o exercício de certas funções públicas que exigem garantias especiais de permanência e definitividade no cargo” (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 369).

Nesse eito, decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Armando Rollemberg, que o biênio indicado, como objetiva condição temporal, é requisito constitucional, adquirindo o magistrado, “a completar dois anos de exercício, *condição para a vitaliciedade*” (MS n.º 90.0001468-9, in DJU de 17.12.90) (grifo nosso).

A propósito, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu, outra vez, e recentemente, na vereda do entendimento ora sufragado. Fê-lo ao apreciar o RMS n.º 4.012-7 (Proc. n.º 94.000519-9-MG), em sessão realizada no dia 22.11.94. Com efeito, segundo o voto do Ministro Adhemar Maciel, Relator, abraçado unanimemente por seus pares da 6.ª Turma daquela Corte, ficou averbado que, durante o biênio para a aquisição da vitaliciedade, o aludido lapso temporal somente pode ficar sobrestado se houver instalação de antecedente processo administrativo que *afaste* o magistrado de sua atividade judicante, pois a inobservância dessa cautela fará com que ocorra, a exemplo do quanto se verifica *in casu*, a configuração da *vitaliciedade* após o perfazimento do período de *dois anos* no pleno exercício do cargo.

No aludido julgamento, o STJ destacou que o período de aquisição da vitaliciedade do magistrado somente fica sobrestado, *pendente conditione*: *suspensão do exercício funcional* do vitaliciando, concluindo: “No caso concreto, não tendo o Tribunal afastado o juiz de sua atividade judicante e lhe aplicado pena menor

(censura), *encerrado* ficou seu *direito de punir*” (DJU de 19.12.94).

Ao tratar das garantias em prol da magistratura, o Texto Supremo assegurou a vitaliciedade dos juizes de primeiro grau na dimensão exata em que condicionou a sua efetivação ao término do lapso temporal de dois anos em pleno exercício. Dessa forma, exauriu a questão pelo disciplinamento integral da garantia e forma de sua aquisição.

Essa garantia constitucional de vitaliciedade do magistrado, tal qual tratada no Texto Maior, não ficou na dependência de qualquer outro disciplinamento ulterior, como bem destacou, com propriedade, o Ministro Sepúlveda Pertence, quando Procurador-Geral da República:

“Cuida-se de garantias constitucionais, às quais a Constituição mesma assegurou aplicação imediata (artigo 5.º, § 1.º), tanto mais inegável, na espécie, quanto é certo que nenhuma delas demanda logicamente regulação infraconstitucional.

Lei complementar sobre o estatuto da magistratura, aliás, já existe: é a LOMAN, que a nova ordem constitucional recebeu em tudo quanto com ela não se tenha tornado incompatível: verificada a incompatibilidade, como se alega na espécie, a norma legal viciada de inconstitucionalidade superveniente se há de substituir pela que seja adequada aos preceitos constitucionais novos” (*Parecer colhido no MS n.º 20.873-2/SP*).

De par com a estatuição da vitaliciedade no tempo e forma mencionados, o constituinte cuidou, também e igualmente, da hipótese de perda do cargo no aludido entretempo, matéria de alçada do tribunal a que o juiz estiver vinculado, o que não se confunde nem tampouco conflita com a superveniência da vitaliciedade no biênio esgotado. Em suma: são realidades distintas abrangidas num mesmo preceito normativo, donde a impostergável conclusão de que, enquanto pendente a vitaliciedade pelo não-completamento do período probatório, o tribunal detém poderes para infligir a perda do cargo com a simples deliberação de seu Plenário.

Em rico precedente em que o TJMG manifestou-se pela inconstitucionalidade do art. 100, § 2.º, da Constituição Estadual, uma vez que ele contraria o inciso I do art. 95 da Constituição Federal, votou o Desembargador Gudesteu Bí-

ber no sentido de que:

“A Constituição Federal condicionou o vitaliciamento não à decisão administrativa de Tribunal, mas a decurso de lapso temporal que ela própria estipula (*dois anos*) mediante determinada condição (*exercício do cargo*). Na medida em que o magistrado reuniu essas duas (*únicas*) condições, ele está automaticamente vitaliciado, independentemente de qualquer declaração do Tribunal *nesse sentido*. Se o Tribunal de Justiça pudesse esticar a seu bel prazer o tempo de duração do estágio restaria como letra morta o dispositivo constitucional inserido no art. 95, I. Se o Tribunal entende inconveniente vitaliciar determinado juiz, de duas uma: ou imprime rapidez ao procedimento administrativo para que a decisão a respeito seja proferida dentro do prazo constitucional de dois anos; ou terá que afastar o juiz do exercício de sua função, evitando-se o vitaliciamento automático pelo decurso do prazo estando o juiz em exercício” (*apud* RMS 4.012-7/MG; Proc. n.º 94.000519-9-MG, do STJ).

Destarte, conquanto o tribunal detenha poderes para impor, dessa forma e nesse prazo, a perda do cargo, resente-se ele, contudo, de poderes para dispor administrativamente acerca do *sobrestamento* (*rectius*: “suspensão”) da vitaliciedade, máxime porque inexistente qualquer base legal para tanto; ao contrário, existe disciplinamento oposto no Texto Maior, ao estatuir que “nesse período” pode o tribunal deliberar a respeito da perda do cargo, competência constitucional que se exaure com o próprio esgotamento do biênio do pleno exercício.

Ressalte-se que não há supedâneo legal para a sanção em debate porquanto tal hipótese consta tão-somente de Regimento Interno e não de legislação complementar à Constituição, conforme determina o figurino constitucional por meio do seu artigo 93. Por óbvio, um *single reeditar* do Plenário, a ocorrer a *qualquer* tempo posterior, dará margem ao reconhecimento desse fato que macula inextoravelmente a sanção objeto do problema tematizado.

Dessa forma, as disposições regimentais, estabelecedoras do critério de que, malgrado completado o biênio em exercício, somente depois da *declaração expressa* do tribunal é que o juiz adquirirá a *vitaliciedade*, são matéria ostensivamente inconstitucional na medida em

que se tornou afrontosa *emenda aditiva* ao texto constitucional, sem que proviesse de um poder constituinte.

A norma regimental não tem o condão de dispor sobre matéria esgotada no Texto Maior, daí falecendo de um mínimo de densidade jurídica o sobrestamento da vitaliciedade, mormente quando esta já foi adquirida na forma preconizada na Constituição Federal. O tema, tal qual posto na *ação originária*, ganha contornos precisos de matéria peculiar da magistratura, o que acarreta o interesse direto ou indireto dos juizes brasileiros, na medida em que a restrição à aquisição da garantia da vitaliciedade está sendo imposta *exclusivamente* aos magistrados.

Releva notar, em suma, que a discussão sobre o tempo e forma de aquisição da *vitaliciedade* do magistrado, com a disciplina contida no art. 95, inciso I, da Constituição Federal, constitui clara matéria de interesse privativo da magistratura nacional, como comprovaram, às escâncaras, os documentos que instruíram a *ação originária* dizendo respeito à singular situação de exigência de declaração posterior do tribunal (após os dois anos de exercício na judicatura), como condição *retrooperante* para a aquisição daquela garantia.

Ou noutras precisas palavras: se seria constitucionalmente possível fosse um magistrado submetido a um procedimento para a perda do cargo, *depois de haver comprovadamente* completado o biênio em pleno exercício. Tal tema, pela magnitude de seu alcance e pelo peculiar interesse que envolve, amolda-se à hipótese contemplada no art. 102, I, *n*, da Carta da República, pois somente o Supremo Tribunal Federal pode, com uma decisão sobranceira e predominante, com efeito vinculativo, dar a sua reclamada e indispensável palavra final.

A questão alusiva aos direitos e deveres dos magistrados, que são “membros de Poder”, vem inserida em topologia própria da Constituição da República (Capítulo III – Do Poder Judiciário), secundada, em sua disciplinação, por lei complementar referida no próprio texto constitucional (LOMAN). Dessa forma, as *questões que digam respeito à aplicação de leis* outras, mormente as locais, sobre esses direitos específicos da magistratura (v.g.: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos; licença-prêmio; limite de idade, acesso a tribunal, *inter plures*) fazem surgir um interesse concomitantemente *geral e peculiar* da magistratura.

Em precedente de porte, decidiu o STF, por votação unânime de seu Plenário, inclusive com voto de seu Presidente, que:

“STF: *competência* (art. 102, I, n): causa cuja decisão pende da solução de *questão prejudicial*, de interesse geral e peculiar da magistratura (aplicabilidade ou não aos magistrados de lei local que outorga direito à licença prêmio aos servidores em geral) – (Reclamação n.º 414-7; Relator Min. Sepúlveda Pertence, in DJU de 10.3.95, p. 4.880).

Malgrado discutido nessa ação que não seria lícito ao magistrado computar, para efeito de licença-prêmio, o tempo de disponibilidade punitiva, o STF reconheceu sua competência originária para julgamento da causa, não pelo fundamento da inicial, mas por envolver matéria de interesse de toda a magistratura – direito dos juízes à licença-prêmio concedida por lei local, em face da Lei Complementar n.º 35, de 14.3.79 (LOMAN) –, e deferiu a liminar, autorizando provisoriamente a pretendida contagem de tempo, avocando os autos do mandado de segurança que tramitava no tribunal de origem, por acolhimento da reclamação formulada.

A tônica da inicial defesa residiu em que a questão imediatamente discutida no mandado de segurança avocado – contagem do tempo de disponibilidade punitiva para fim de licença-prêmio (ou especial) – teria interesse meramente local, por envolver questão relativa à interpretação de norma estadual reguladora de benefício concedido a todos os funcionários públicos e não apenas aos juízes.

O órgão do Ministério Público, opinando sobre o feito, destacou que antes do exame desse tema de fundo deveria ser feito, pelo STF, o da própria admissibilidade da concessão a magistrados de licença de tal espécie, em face do regime jurídico nacional estabelecido pela Lei Complementar n.º 35/79. “Ou seja: antes de deliberar sobre a possibilidade de tal ou qual tempo ser contado para efeito de licença-prêmio, o órgão julgador deverá decidir se a própria licença é lícita. E esse, sem dúvida, é tema de interesse de toda a magistratura do país, a justificar a competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, alínea n, da Constituição da República)”.

Preliminarmente, discutiu-se à exaustão, nesse precedente, a magna questão de competência originária do STF, na medida em que o

presidente do tribunal de origem sustentou que ao impetrante “não interessava, efetivamente, a discussão em torno da subsistência, em face do regime da LOMAN, da licença-prêmio instituída pela lei local. Aliás, pressuposto da sua pretensão é plena vigência da lei estadual, no ponto focado, o que, de resto, não foi questionado na decisão administrativa, que simplesmente indeferiu o pedido pela consideração de que não preenchidos os requisitos previstos na lei local”.

Acrescentou a autoridade: “Desse modo, salvo melhor juízo, sobre contrariar, o tema suscitado, os próprios interesses do reclamante, permito-me ponderar que a questão aqui vertida não se apresenta, sob o ponto de vista da controvérsia estabelecida, com contornos idênticos aos do precedente invocado (RTJ 130/1285), onde, então sim, abertamente se discutia a subsistência da lei estadual concessiva de licença-prêmio aos magistrados, causa do indeferimento do benefício de que resultou o aforamento da ação lá tratada”.

Em adendo às informações, após considerarem o art. 13 da Lei n.º 8.038/90 e o art. 156 do RI-STF, tratando da legitimidade para o exercício da reclamação, fizeram essa observação: “Do enunciado desses dispositivos, a impressão que se colhe é a de que, como em qualquer causa, não agindo esse Pretório *ex officio*, deve o reclamante se apresentar com legítimo interesse na reclamação, requisito que talvez não preencha quando se considere que o acolhimento da reclamação, pelo fundamento acolhido na r. decisão liminar, implicará, inexoravelmente, o próprio indeferimento da pretensão de direito material deduzida na ação que propõe”.

Sopesando tudo isso, o eminente Relator foi categórico: “O argumento é inteligente, mas, *data venia*, não procede”, esclarecendo que seria preciso distinguir as hipóteses: se a reclamação visava resguardar a autoridade de julgamento do STF, então, sim, a parte interessada para ajuizá-la seria apenas aquela a quem aproveitaria a observância da decisão que se pretende desrespeitada; entretanto, o mesmo não sucederia se a reclamação, sobretudo quando interposta antes da decisão definitiva da causa no tribunal de origem, fundava-se em alegada usurpação da competência da Suprema Corte, hipótese em que, além do Ministério Público, qualquer das partes estaria legitimada a reclamar, sem que coubesse especular se, afirmada a competência da Corte, a decisão de mérito que nela

se viesse a tomar seria ou não desfavorável ao reclamante.

Para proclamar a competência do Supremo Tribunal Federal, o julgado disse pouco importar, até, que na origem não se tenha ocupado da questão de existência de interesse geral da magistratura, fulminando: "A admissibilidade, em tese, da concessão de licença-prêmio a qualquer magistrado é questão prejudicial do problema de saber se, para concedê-la, conta-se ou não o tempo em que o magistrado se encontra em disponibilidade punitiva. Ora, cuidando-se de questão prejudicial do mérito do mandado de segurança, não há como fugir da sua decisão, ainda quando não a tenha suscitado a autoridade coatora, de tal modo que, sendo o seu objeto de interesse geral e específico da magistratura, a competência originária se desloca para o Supremo Tribunal".

Mutatis mutandi, a ação inicialmente enfocada encerra também nítida *questão prejudicial*, de real interesse peculiar da magistratura, qual seja, se pode regimento interno criar *pendente conditione* de forma qual que irrelevante seria que o vitaliciando tivesse completado os dois anos em exercício da atividade judicante: ainda seria necessário que o tribunal o "declarasse" vitaliciado. Ou, noutras palavras: se seria constitucionalmente possível regimento interno criar, por acréscimo ao texto maior, condição outra para aquisição de vitaliciedade pelo magistrado. À semelhança do exemplo focado, tal questão prejudicial de mérito há de ser necessária e antecedentemente examinada pela Suprema Corte. E esse, sem dúvida, é tema de interesse de toda a magistratura do país, a justificar a competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, alínea *n*, da Constituição da República).

Assim, quando a questão de direito material estiver disciplinada em capítulo específico referente ao magistrado, pelo princípio hermenêutico da *sedes materiae*, a ela não se aplicam nem as normas constitucionais tratadas em capítulo específico (Dos Servidores Públicos Cíveis) nem tampouco, e especialmente, as leis ordinárias e demais outras modalidades de legislação, inclusive as de âmbito local.

Na formulação da carreira da magistratura, a CF e a LOMAN são exaurientes no tocante aos direitos, garantias e deveres dos juizes. Qualquer inovação legislativa, seja ampliando, seja restringindo tais elementos, há de ser tida como infringente desse ordenamento jurídico, con-

cebido que foi com a premissa de que a função judicante difere das demais pela sua relevância e peculiaridade. Como destacou o Ministro Demócrito Ramos Reinaldo, por ela se atribui ao cidadão autoridade para julgar os seus pares, defender-lhes o patrimônio e a liberdade, propiciar-lhes a ordem e a tranquilidade, sem o que seria impossível a vida em sociedade ("apud" RT 711/17).

Daí a necessidade de observância do princípio da correlação lógica entre o elemento discriminador e o discrimen estabelecido, ou seja, que o direito material – objeto da lide – diga respeito a um interesse peculiar da magistratura, entendendo-se como tal aquele que tem disciplina peculiar aos integrantes do Poder Judiciário, o que é denotado pela regência da CF e da LOMAN, e que, por isso mesmo, não se estende à generalidade do funcionalismo público.

Note-se, a respeito, que até mesmo preceito constitucional autorizador de aposentadoria facultativa proporcional (art. 40, III, *c*) aos servidores públicos civis não pôde ser aplicado aos magistrados e ao Ministério Público, tendo em vista a existência de ordenamento constitucional próprio e peculiar (art. 93, VI, e 129, § 4.º), consoante reconheceu o STF na ADIn n.º 94-0 (DJU de 8.4.94, p. 7225), forte no declarar que, relativamente a essas duas categorias profissionais, há regime de aposentadoria voluntária, de explícito, previsto na Carta da República, de forma exauriente, pelo que se declarou a não-aplicabilidade da norma ampla destinada ao funcionalismo em geral. Na espécie, foi suspensa a eficácia do § 3.º do art. 231 da Lei Complementar n.º 75, de 20.5.1993, decisão com a qual se fortalece o ponto de vista exposto neste trabalho.

Nessa linha, deixa de ser objeto de dissenso na incipiente doutrina que se constrói, como na jurisprudência já desenvolvida, a *ilicitude* de disciplinação da matéria referente a magistrado, que não aquela contida na Constituição Federal e na LOMAN.

Com efeito, o cerne da *questio*, e sua razão de ser, decorre de um elemento político valorado pelo constituinte, que traçou parâmetros rígidos atinentes aos direitos e deveres dos magistrados, não permitindo que qualquer legislação viesse tratar de forma diversa dessa relevante questão, posto que afetaria a uniformidade do disciplinamento nacional e modificaria clara e suficiente preceituação constitucional.

3. O impedimento ou suspeição da maioria
A segunda forma de atração da competên-

cia originária do STF, prevista inovadoramente na Constituição Federal, consiste na hipótese de “ação” em que a maioria dos membros do tribunal de origem esteja juridicamente impossibilitada de atuar no julgamento da causa.

Na sadia interpretação dada ao dispositivo constitucional, o STF depurou o sentido da *mens legis* para entender que a declaração do óbice de atuação dos componentes do tribunal pode ser provocada ou espontânea, devendo ser vencidas as etapas necessárias de convocação de todos os eventuais substitutos e, somente nessa impossibilidade de composição de *quorum* válido, a ação passará automaticamente para a competência da Suprema Corte, com fundamento no aventado dispositivo constitucional.

A Constituição Federal utilizou o termo “ação”, onde também se engloba o “recurso”: portanto, tão-somente as causas de teor jurisdicional sofrem a influência da *vis attractiva* da disciplinação em comento. A competência originária do STF prende-se apenas ao processo de conhecimento; logo, não se estende ao processo de execução consequencial daquele, onde se cuida apenas de realizar, com relação exclusivamente às partes, a norma individual já definitivamente fixada na sentença exequenda” (RTJ 132/620), inteligência com a qual o Supremo estabeleceu nítida distinção entre “processo de execução” e a expressão “execução de sentença” nas causas de sua competência originária, referida na alínea *m*, imediatamente anterior, do dispositivo em comento.

Com efeito, um aspecto fundamental da questão se sobressai: a competência do STF, sob a óptica do art. 102, I, *n*, da Constituição Federal, firma-se em razão do impedimento (de índole *objetiva*) ou suspeição (de caráter *subjetivo*) da maioria dos integrantes do tribunal, “mas não em face de processo administrativo, cujo desfecho cabe, por certo, ao próprio Tribunal, no exercício de sua respectiva autonomia”, como destacado nas AOr n.º 146, Pertence (RTJ 140/361) e 229-0, Galvão (DJU de 8.4.94).

Por último, nesse aspecto, cumpre destacar que compete a cada tribunal julgar exceção de suspeição ou de impedimento contra qualquer dos seus juizes; se acolhida, em relação à maioria de seus membros (ou dos membros do órgão especial), passa a ser competente para julgamento da ação o STF; entretanto, se rejeitada, a Suprema Corte passa a ser competente para julgamento originário do incidente (AOr

146-3-RJ; DJU 27.3.92, p. 3.800); se rejeitado o óbice invocado, a ação permanecerá na competência do tribunal de origem; porém, se acolhido o incidente, a ação passará automaticamente à competência originária da Suprema Corte. Esta última conclusão se impõe em face do princípio de que ninguém pode ser juiz de seus próprios atos.

4. Conclusão

Na permanente luta neurotizante, por meio de ações judiciais para a preservação dos direitos, o constituinte brasileiro de 1988 previu, em dispositivo próprio, uma nova modalidade de fixação de competência originária da Suprema Corte, e fê-lo com nítida atenção aos valores ali protegidos:

a) num *primeiro* aspecto, que o interesse peculiar da magistratura resultasse evidenciado em todas as ações que tratassem de pretensa violação de direitos assegurados pelo texto constitucional, impendendo concluir que interesse “peculiar” não tem a acepção de “exclusivo”, bastando verificar se a afetação, por norma jurídica outra, teve o condão de alterar a específica disciplinação constitucional;

b) num *segundo* aspecto, igualmente relevante, passou à competência do STF toda “ação” em que a maioria dos membros ostente óbice legal para participar do julgamento da causa, seja por impedimento, seja por suspeição, levando a que essa impossibilidade somente há de ser verificada quando esgotadas as etapas necessárias de convocação de todos os substitutos, não se cogitando, nesse caso, de procedimento administrativo que há de ser decidido pelo tribunal de origem e em face de sua autonomia.

A primeira parte do dispositivo constitucional busca a preservação da predominância dos preceitos constitucionais regedores da magistratura nacional, impedindo seja o ordenamento jurídico nacional (tratado na Constituição e na LOMAN) modificado por legislação infraconstitucional, afetando o interesse geral e particular do juiz brasileiro.

A segunda parte, contudo, só se verifica se o tribunal a quem compete julgar a ação ou o recurso estiver “impossibilitado de ver constituído o *quorum* necessário, por impedimento ou suspeição da maioria de seus membros, ainda que se recorra à convocação de outros magistrados, na forma regimental” (RTJ 131/949). O fim visado por este dispositivo consiste “em impedir que quem tenha interesse direto na cau-

sa julgue-a isoladamente ou em colegiado" (RTJ 135/968).

A experiência haurida após a vigência do atual texto constitucional tem permitido verifi-

car a constante evolução e o aprimoramento da jurisprudência da Suprema Corte, dando a intelecção verdadeira do alcance da preceituação do art. 102, I, *n*, da Constituição Federal, demonstrando sintonia fina com a vontade do

O civilista Arnaldo Wald

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

A eleição de Arnaldo Wald para a Academia Brasileira de Letras Jurídicas, em sucessão a José Frederico Marques, na cadeira fundada por Orlando Gomes, notáveis juristas, deu oportunidade para uma reavaliação de sua marcante presença no Direito brasileiro, com projeção internacional, demonstrando o alto critério seletivo com que a Casa presidida pelo ilustre Prof. Othon Sidou, seu insuperável consolidador, escolhe seus integrantes.

Ao transferir-me para o Rio de Janeiro, ainda muito moço, egresso do glorioso Ministério Público paulista, conheci, em minha função judicante, dois jovens e destacados advogados, em seus respectivos setores: Arnaldo Wald e Heleno Fragoso, cujas teses de concurso haviam recebido a melhor acolhida dos doutos, sem intuir que, no futuro, colaboraria em justíssimas obras coletivas em homenagem a eles e que exerceríamos a cátedra na mesma Universidade, vindo a saudar, em nome da congregação, novos professores titulares, inclusive Fragoso.

Acompanhei, assim, com estima e admiração, a evolução da obra desses dois insígnis jurisconsultos e de suas iniludíveis presenças em nosso pensamento jurídico, com atuação relevante na entidade de classe.

Civilista, comercialista, administrativista e constitucionalista, professor catedrático de Direito Civil da UFRJ, livre-docente das Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Federal Fluminense, professor associado da Faculdade de Direito de Paris, procurador do Estado, por concurso a que se submeteram, também, Raymundo Faoro, J.C. Barbosa Moreira e Ricardo Pereira Lyra, além de outros, ex-Procurador-Geral da

Fernando Whitaker da Cunha é Desembargador do Tribunal de Justiça e Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Justiça, ex-Vice-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários e membro do Conselho Monetário Nacional, autor de importantes anteprojetos de leis, como o que se transformou na Lei n.º 7.913/90, que dispõe sobre a ação civil pública por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, portador de sólida formação humanística, influenciado por seus esclarecidos pais, colaborando desde os 14 anos no Suplemento Literário do *Correio da Manhã*, dirigido pelo austero Álvaro Lins, jornalista reputado, Arnoldo Wald, nascido em 1932, fez-se notar ainda como estudante por seus dotes intelectuais, elaborando a substanciosa e precisa monografia sobre a *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro no domínio da Responsabilidade Civil*, premiada pelo governo francês e pela Associação Henri Capitant, da qual seria Secretário-Geral, e cujo Grupo Brasileiro presidiria, e que foi, a rigor, o ponto de partida de uma vasta, densa e significativa produção intelectual, que se espraiou por livros e incontáveis artigos em revistas especializadas.

“Desde o curso secundário”, depõe ele, “interessei-me pelo Direito como forma de defesa da dignidade humana e da distribuição de justiça, sob a influência da literatura e do meio familiar”.

A Segunda Guerra Mundial fê-lo perceber que direitos indisponíveis teriam que ser defendidos.

Tendo ingressado na então Faculdade Nacional de Direito, em 1949, e participado de uma turma, que possuía reais valores, com os quais se vincularia, como Luís Octávio Gallotti, Julio Cesar Leite e Jarbas Medeiros, Wald captou, principalmente, a mensagem de dois grandes mestres, que o influenciaram por toda sua vida: o lúcido, exato e oceânico San Tiago Dantas e o erudito Arnoldo Medeiros da Fonseca, rara vocação de educador e de advogado, do qual seria companheiro de escritório, em banca cuja tradição remontava a Carlos de Carvalho e a Carvalho Mourão, e afilhado de casamento com a heráldica e combativa Heloisa, mulher de grande personalidade, que lhe daria quatro filhos advogados e o clima para suas importantes reflexões.

Do primeiro recolheu, precipuamente, a importância do fator econômico no Direito, e o segundo chamou-lhe a atenção para os aspectos sociais da justiça. Recebeu também influên-

cias de Tullio Ascarelli, René David, André Tunc e Pontes de Miranda, prefaciador de seu *Curso de Direito Civil*, justamente, apreciado, feito, como o clássico *Code Civil*, de Mourlon, para os alunos, mas destinado a um público maior de operadores do Direito, como excelente material de estudo e consulta.

Foi um aluno excepcional, como o havia sido, em Harvard, o ministro George Brandeis, da Corte Suprema dos Estados Unidos.

Lembra o culto Des. Semy Glanz, apreciado civilista, que foi seu inestimável colaborador na ampliação e atualização de *Obrigações e Contratos*, que, na biblioteca da Faculdade, perguntou “a um colega quem era aquele que consultava uma obra tão absorto; respondeu: não sei, mas é um colega que só tira dez”, e que iria receber o Prêmio Astolfo Rezenda. (*Jornal do Comércio* 16.9.94).

A importância de Wald como professor e advogado foi assinalada em magníficas dissertações por Simão Benjô, Carlos Henrique Fróes e Juradir Scarcela Portela, bem como suas relações com o Direito Econômico, pelo talentoso Professor Washington Peluso Albino de Souza, e a cultura jurídica francesa, por Philippe Malinvaud.

As teses compactas e avançadas de Wald, quer sobre o mandado de segurança, quer sobre a correção monetária, a adoção e o desquite, anteciparam e preconizaram inevitáveis transformações em nosso Direito, comprovando sua posição de inovador, com “tecnologia de ponta”. A Súmula 341, pela qual é presumida a culpa do patrão e comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto, encontra raízes em uma sua construção doutrinária.

Pregou o divórcio e a introdução do *leasing*, entre outras propostas.

O problema da correção monetária preocupou-o muito antes que a tivéssemos, como um corolário da responsabilidade civil.

A questão das dívidas de valor, originária da jurisprudência alemã, no primeiro pós-guerra, compreensivelmente, atraiu-lhe o interesse.

Difícilmente o civilista é comercialista, no sentido técnico dos vocábulos, pelas diferenças orgânicas dos ramos que compõem o Direito privado.

Atualmente, Wald notabilizou-se nos dois, por sua própria edificação científica, o que o fez, provocado por seletiva clientela, abrir escritó-

rio de advocacia em São Paulo, embora mantivesse o do Rio de Janeiro, ao qual se dedica um de seus competentes filhos.

O Direito Civil era o direito próprio da cidadania romana, confundindo-se com o Direito Romano, ou o *Jus Quiritum*, que estendeu pela Idade Média, onde o civilista era o romanista.

Savigny deixou claro que, em Roma, *Jus Publicum* significava “não o direito que concerne ao Estado, mas toda a lei sem distinção, todo o *Jus publicum stabilitum*”.

Lentamente, o Direito Civil foi identificando-se como o Direito Privado, deixando de abranger o Direito Público.

O límpido Marcel Planiol, professor da Faculdade de Direito de Paris, cuja elegância estilística não passou despercebida a Arnaldo Wald, em seu modelar *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Tomo I, p. 10, explica a razão. É que, após a queda da administração imperial, certas prescrições perderam ou foram perdendo valor e utilidade, pelo fato de Estado se reger por outras normas e instituições políticas.

“Par suite”, ensina ele, “Les jurisconsultes n’alliaient plus chercher dans les recueils de Justinien que les règles de droit privé. C’est de la sorte que le droit civil prit peu à peu son sens actuel et devint le *droit privé*”.

Desse bloco monolítico desligaram-se, com autonomia, o Direito Comercial e o Direito Processual, que veio, posteriormente, a integrar o Direito Público, no sentido atual da expressão. É por isso que o Direito Civil empolgava o Direito Privado.

Sem ter perdido a perspectiva histórica, Wald não deixou de assimilar, como resíduo cultural, a originária natureza publicística e totalizadora do Direito Civil, o que lhe possibilitou alargar seu campo de investigação jurídica com rara maestria.

Como registrou no prefácio da 1.ª edição de seu *Curso de Direito Civil*, “no mundo da técnica, o Direito deve assegurar a disciplina jurídica, baseado num conhecimento profundo das realidades econômicas e sociais”. Essa visão ampla também está explícita no ensaio *Desenvolvimento, Revolução e Democracia* (p. 62).

Na 11.ª edição de *Obrigações e Contratos* (pp. 117/120), Wald trata do dano patrimonial e moral, invocando a Constituição de 1988, que, como é notório, resolveu todo o ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual, sob sua ótica, todas as controvérsias devem ser enfrentadas.

O artigo 5.º da Constituição Federal, incisos V e, principalmente, o X, dão autonomia à indenização pelo dano moral, o que não ocorria, de modo geral, antes, pelo que se entendia, majoritariamente, que a acumulação do ressarcimento material com o do moral consistiria um *bis in idem*, porque se tinha em vista os reflexos econômicos do último.

O dano moral pertine aos direitos da personalidade, consequência de uma conduta que provoca dor ou sofrimento, que se relacionam com o núcleo ético de ser humano, podendo ser reparado, em certos casos, sem repercussões econômicas visíveis, por importar mesmo em dano material presumido.

Diz bem Wald que “a idéia de que a dor humana não pode ser traduzida em algarismos matemáticos, ou seja, em valor monetário, não mais prevalece numa época como a nossa”.

Tendo sido Wald autor de anteprojeto de lei referente às concessões de obras e serviços públicos, é altamente significativa sua exposição “Novos Aspectos da Concessão de Obras e do seu Financiamento” (in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 112) em que, além de reafirmar sua preocupação com o econômico e o social, e de sustentar que “não há mais hoje a distinção tradicional rígida entre a área pública e a privada, entre o Direito Público e o Direito Privado”, reclama a apropriada legislação sobre concessões, “a fim de evitar um risco de frustração do País, em virtude da falta de recursos adequados para que as empresas concessionárias possam cumprir o papel que delas se espera”.

Escritor que domina um instrumento expressional despojado, mas agradável, inteligência penetrante e possuidor de vasta informação, Wald mostra, em sua obra, indisfarçável repercussão do Direito francês, de cujo governo foi bolsista em 1954, trabalhando no Instituto de Direito Comparado em Paris, de sorte que em seu espírito ressoa a catedralesca codificação elaborada por Tronchet, Portalis, Bigot-Préameu e Maleville, todos com intensa vida pública, determinada pela Constituição de 1791, que estabeleceu regime monárquico e representativo, motivando projeto de Cambacères, que seria cônsul decenal, com Napoleão, pela Constituição de 1799 (Lebrun foi cônsul quinquenal), vindo participar ambos dos debates sobre o Código Civil, cujo nome foi restituído pelo art. 68 da Carta Outorgada de 1814, revista em 1830, que manteve sua força obrigatória, denomina-

ção que perdurou mesmo quando um decreto de 1852, do tempo de Napoleão III, restituiu-lhe o nome de "Código Napoleão" e cujo motivo principal de permanência foi seu realismo social, porque os redatores levaram mais em consideração os costumes (sobretudo os de Paris) do que o Direito romano (este vigorava no Midi, aqueles no Norte, atingidos pelo espírito germânico), porque, como se lê em Aubry e Rau (*Cours de Droit Civil Français*, 5ª ed., Tomo I, p. 36), "le Droit coutumier était le Droit de la majorité des français, et la plupart des membres de la Section de législation du Conseil d'État étaient originaires de pays de coutume".

Outras fontes foram as "ordonnances" reais, o Direito intermediário, ou seja, as leis que vigoravam desde a Revolução, o Direito Canônico, a jurisprudência dos parlamentares e a profunda contribuição de Pothier, grande magistrado e advogado, falecido em 1772. Os princípios fundamentais do estatuto foram a igualdade dos franceses perante a lei, a independência do Direito Civil, em face das crenças, a proteção da liberdade individual e a garantia da inviolabilidade da propriedade.

O intervencionismo estatal nas relações privadas foi uma reação a esses princípios.

Com a publicação do livro de Gastão Morin, *La Revolte du Droit Contre le Code* "não houve mais dúvida quanto à restrição à autonomia dos indivíduos, à decadência da soberania do

contrato e à limitação da propriedade individual", observa Paulino Jacques (*Da Norma Jurídica*, 2.ª ed., p. 35).

Do Código de Processo Civil (1807), preparado por comissão integrada por Treilhard, que votou pela condenação do rei, Try, Seguier, Berthereau e Pigeau, a principal fonte foi a "ordonnance" de 1667, do reinado de Luiz XIV, além das leis revolucionárias e dos debates no Conselho de Estado.

Marcel Proust, romancista sobre o qual Wald escreveu na juventude, como trataria de outros temas literários e de assuntos filosóficos e políticos, registra em *Le Temps Retrouvé*, último volume de *Em Busca do Tempo Perdido*, que viu inscrever-se "no losango de sua janela", o campanário da igreja de Combray que, "pondo assim sob meus olhos a distância das léguas e dos anos, viera em meio da luminosa verdura e com tom inteiramente outro, tão sombrio que parecia apenas desenhado".

Através desse losango de palavras, as quais, segundo o poeta Francis Ponge, constituem, "un monde concret, aussi dense, aussi existant que le monde extérieur", evoca-se, palidamente, a majestosa elaboração teórica de Arnaldo Wald, que o situa, indubitavelmente, entre os maiores civilistas brasileiros, intérprete de uma visão arejada, corajosa, substancial e renovadora do fenômeno jurídico.

Derecho penal como tecnología social

(Notas sobre las contradicciones del sistema penal)

JUAN MARCOS RIVERO SANCHEZ

SUMARIO

1. *Derecho penal clásico y su metamorfosis.* 1.1. *El modelo clásico del derecho penal.* 1.2. *Transformación del derecho penal clásico.* 2. *El derecho penal como tecnología social.* 2.1. *Transformaciones del derecho penal material.* 2.2. *Transformaciones del derecho penal procesal y de ejecución de la pena.* 2.3. *Transformaciones de la teoría penal.* 3. *Un ejemplo reciente: "reformas urgentes" en el sistema penal costarricense.* 4. *Critica del derecho penal como tecnología social.* 5. *El Estado de derecho en la tenaza de la legitimación.* 6. *Derecho penal y prohibición del exceso.* 6.1. *Estado de derecho y prohibición del exceso.* 6.2. *Los parámetros del exceso: idoneidad, carácter necesario y proporcionalidad.* 7. *Dos distinciones.* 7.1. *Aumento cuantitativo y aumento cualitativo de la delincuencia.* 7.2. *Prevención normativa y prevención técnica.* 8. *Critica de la critica.* 8.1. *Critica del principio de prohibición del exceso.* 8.2. *Critica de las distinciones cantidad - cualidad y prevención técnica - prevención normativa.* 9. *La perspectiva de un derecho penal democrático.* 9.1. *Derecho penal y democracia.* 9.2. *La idea de un derecho penal democrático como parámetro crítico del sistema penal.* 10. *Cuatro peligros o las trampas de una política juridico-penal "bien intencionada".* 10.1. *Escatología penal.* 10.2. *Es humano el sancionar?* 10.3. *El derecho a ser desobediente.* 10.4. *La sospecha como método.*

1. *Derecho penal clásico y su metamorfosis*

1.1. *El modelo clásico del derecho penal*

El sistema del derecho penal clásico se desarrolla como consecuencia de la crítica al derecho natural por parte del idealismo alemán¹.

Con anterioridad se habían buscado los

Juan Marcos Rivero Sanchez és Especialista en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica. Doctor en derecho. Universidad de Frankfurt a.M. Prof. Universidad Autónoma de Centroamérica. Prof. Universidad de Costa Rica.

¹ Ver: HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1994, p.4.

principios de la filosofía práctica en ideas objetivas del bien y de la justicia, en la voluntad divina, en la naturaleza del hombre, etc. Por ello podía considerarse aceptable una norma penal en la medida en que ella guardara correspondencia con la ley divina o natural.

El idealismo alemán, por el contrario, problematiza la creencia en la posibilidad de un conocimiento *a priori* de valores materiales. Kant pone de manifiesto la cuestionabilidad epistemológica de las construcciones de la metafísica tradicional y muestra que ellas fracasan a la hora de fundamentar leyes prácticas con pretensión de validez universal, pues la razón humana sólo puede reconocer carácter necesario y vinculante a aquellas normas y reglas que ella misma se ha dictado. Luego de la "Crítica de la Razón Pura", resulta en consecuencia imposible, como lo ha puesto de manifiesto el Prof. Hassemmer², extraer el contenido concreto de las normas jurídico-penales de un código divino o de una ley natural eterna. En el centro de la filosofía práctica de Kant está más bien el concepto de autonomía, de la razón práctica como auto-legisladora. Para el idealismo alemán no se trata en consecuencia de derivar el ordenamiento jurídico de un conjunto de principios supremos, sino más bien de señalar la posibilidad de concertar el orden jurídico a través de aquellos que se verán regidos por él. El modelo de esta teoría lo constituye el contrato social. La idea fundamental es que a través de este contrato no se modifica el volumen o la extensión de la libertad del hombre, sino sólo su modalidad: se renuncia a la libertad "salvaje" o "sin ley" en beneficio de una libertad "segura", ejercida al amparo de leyes justas³. Es un orden fundado en la libertad y para la libertad.

En este marco conceptual se desarrolla el derecho penal clásico, el cual viene a cumplir un encargo social determinado: debe marcar (y asegurar) los límites de la libertad civil. El derecho penal clásico se configura así como el derecho de "las violaciones a la libertad y sus consecuencias"⁴ y postula una serie de principios cuya filosofía, si se la mira detenidamente, parece poder reducirse a la idea de que la única política criminal conveniente es aquella que re-

duce la represión penal al mínimo posible⁵. A ello colaboran, decididamente, las siguientes máximas:

El principio del derecho penal como *ultima ratio*, que señala que el derecho penal, debido tanto a sus consecuencias estigmatizantes como a los vínculos que debe guardar con el Estado de derecho, sólo debe reaccionar frente a las perturbaciones más importantes de la convivencia social y ésto a condición de que las demás ramas del ordenamiento jurídico hayan fracasado en la tarea de proteger los valores fundamentales en juego. La idea esencial en este sentido es la de que el derecho penal no puede protegerlo todo; es solamente "la más afilada espada del control estatal"⁶.

El principio del derecho penal fragmentario, según el cual el derecho penal constituye un conjunto discontinuo de ilicitudes donde los espacios vacíos significan necesariamente libertad.

El principio de no confusión entre el derecho penal y la moral, de conformidad con el cual los actos que son contrarios a la moral de un grupo determinado no necesariamente tienen que ser por ese mismo hecho tipificados como delito. De gran importancia es en este sentido el concepto de bien jurídico, que cumple originariamente una función descriminalizadora: Las sanciones penales (penas o medidas de seguridad) que tienen por fin *no* la protección de un bien jurídico concreto, sino que solamente persiguen asegurar concepciones morales, no resultan legítimas⁷.

El principio de culpabilidad, que hace la pena dependiente de la posibilidad de que se formule al sujeto un juicio de reproche por no haberse comportado conforme a derecho pudiendo haberlo hecho. Este juicio de reproche es de carácter estrictamente jurídico: se reprocha no haber actuado conforme al ordenamiento jurídico, no el haber violado tal o cual precepto

⁵ Ver: HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 3 ff.

⁶ Así: ALBRECHT, Peter-Alexis, *Formalisierung versus Flexibilisierung: Strafrecht quo vadis?*, en: *Vom guten, das noch stets das Böse schafft. Essays científico-criminales en honor der Herbert Jäger*, editado por Lorenz Böllinger y Rüdiger Lautmann, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993, p. 255.

⁷ Así: HASSEMER, Winfried, *Sozialtechnologie und Moral: Symbole und Rechtsgüter*, en: *Rechts und Moral*, editado por Heike Jung, Heinz Müller-Dietz y Ulfried Neumann, Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 331.

² HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a.M., Athen um Verlag, 1973, p. 29.

³ Ver: KERSTING, Wolfgang, *Wohlgeordnete Freiheit*, Frankfurt a.M. Suhrkamp, 1993, p. 351.

⁴ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 5.

moral. Con el principio de culpabilidad se excluye además la responsabilidad por el resultado. La culpabilidad se configura así como un elemento constitutivo del delito, sin el cual no es posible hablar de un hecho punible.

El principio de inocencia, según el cual nadie es culpable hasta tanto no se demuestre en juicio su culpabilidad. Fundamento del principio de inocencia es la idea de que vale más dejar libre a un delincuente que sancionar a un inocente, lo que, según mi manera de ver las cosas, conduce a limitar las hipótesis de prisión preventiva. En efecto, si el imputado no es culpable hasta tanto una sentencia no lo declare tal, la restricción de su libertad en el proceso debe ser la excepción y no la regla.

El principio del debido proceso, que se resuelve en una serie de derechos que configuran la noción moderna del proceso y entre los que se destacan, sin querer ser exhaustivo, los siguientes: a) amplias posibilidades de defensa en juicio, b) derecho de ser oído en el proceso, c) notificación de las resoluciones, d) posibilidad de apelar las decisiones judiciales sin que sea posible que se resuelva la apelación en perjuicio del apelante (prohibición de la *reformatio in peius*), e) derecho a un juez natural (sólo aquel que ha sido investido con arreglo a la constitución y las leyes con la potestad de dirimir los conflictos jurídico-penales puede determinar si una persona ha cometido un delito e imponerle la sanción correspondiente), f) derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito (*non bis in idem*).

1.2. Transformación del derecho penal clásico

En estos principios se refleja un particular aspecto de "la dialéctica de la modernidad"⁸. Pues con ellos se pretende combatir originariamente un derecho penal moralizante con armas tomadas del arsenal de la filosofía política de la ilustración. La batalla, como lo señala el Prof. Hassemer, fue ganada y el enemigo resultó derrotado. Pero las armas adquirieron autonomía y se han vuelto en contra de los principios al servicio de los cuales estaban. El derecho penal, al radicalizarse la lucha contra las concepciones moralizantes, toma entonces el camino que lo lleva a convertirse en una tecnología social⁹. Ello coloca al derecho penal bajo la presión de una nueva necesidad de legitimación. Las tra-

dicionales fórmulas deontológicas de legitimación se consideran entonces insuficientes para justificar la intervención jurídico-penal. El sistema penal como tecnología social se ve así ante la imposible tarea de demostrar en todos los campos en los que es requerido, que es funcional, que produce consecuencias favorables y evita las desfavorables¹⁰.

2. Derecho penal como tecnología social

Puede afirmarse que el tránsito del derecho penal hacia una tecnología social se observa en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo actual. En Alemania, por ejemplo, la nueva tendencia encuentra respaldo en una parte significativa de la teoría y práctica judicial, precisamente aquella que podríamos llamar conservadora¹¹. Las directrices generales de esta nueva orientación del derecho penal son claras y pueden sintetizarse, como ya ha sido puesto de manifiesto¹², en los siguientes puntos fundamentales:

2.1. Transformaciones del derecho penal material

En primer lugar se producen cambios significativos a nivel del derecho penal material.

Meta del derecho penal material pasa a ser sobre todo la persecución *pronta y eficaz* de una serie de fenómenos que la llamada "opinión pública", manipulada de ordinario por los medios de comunicación colectiva, considera *peligrosos*. El derecho penal es llamado a cumplir eficazmente su función represiva en los más variados campos: la economía, la política ambiental, la política fiscal, el derecho del consumi-

¹⁰ *Ibid.*, p. 331.

¹¹ Una encuesta realizada en Alemania a los Jueces y funcionarios del Ministerio de Justicia de Hesse, señala que la mayoría de estos funcionarios está de acuerdo en acelerar el proceso penal por medio de medidas tan radicales como la limitación de los medios de prueba, de las oportunidades en que pueden ser presentados así como de los recursos de que dispone el imputado en contra de las resoluciones judiciales (!). Sobre el punto, ver: ALBRECHT, Peter-Alexis, *op.cit.* (supra nota 6), pp. 260 ss. Ver también en este sentido el proyecto de ley alemán para "descargar" la administración de justicia, publicado en: Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, Drucksache 12/3832. Este proyecto contempla también considerables limitaciones de los derechos del imputado.

¹² Una exposición de estas ideas puede verse en: HASSEMER, Winfried, *Sozialtechnologie*, *op.cit.* (supra nota 7), pp. 329 ss.; del mismo autor: *Produktverantwortung* (supra nota 1), pp. 6 und ss.; ALBRECHT, Peter-Alexis, *op.cit.*, (supra nota 6), pp. 264 ss.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, p. 329.

dor, consumo de drogas, etc. El lema de la nueva tendencia parece ser: del cielo a la tierra y de la cuna a la tumba, todo y todos dentro del sistema penal.

En lugar de perseguirse la protección de bienes jurídicos individuales y concretos, se busca la tutela de bienes jurídicos indeterminados y universales (la salud pública, el orden público, la moral y las buenas costumbres, etc.).

Se recurre a la multiplicación de los llamados delitos de peligro abstracto, es decir, de aquellos que reprimen una conducta que ni daña ni pone concretamente en peligro un bien jurídico (!), sino que en el fondo criminalizan tan sólo la posibilidad de una lesión a un bien jurídico.

Se reducen los presupuestos de la imputación de delitos. Se tiende a reprimir las formas de tentativa en lugar de los delitos consumados; se aumenta la represión de las formas de participación criminal (autoría y complicidad); se aumenta el número de los delitos de omisión y culposos.

Se recurre al uso de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, con lo que se lesiona el principio de legalidad criminal (sólo el legislador puede determinar que es delito y sus consecuencias) y la seguridad jurídica.

Todo ello va acompañado de un aumento generalizado de los límites mínimo y máximo de las sanciones penales, con lo cual se pretende satisfacer el interés de la prevención general.

2.2. Transformaciones del derecho penal procesal y de ejecución de la pena

A nivel del derecho procesal penal se observa la tendencia a mejorar la eficiencia del sistema a costa de los derechos del imputado. Esto se manifiesta en el acortamiento, abaratamiento y desformalización del proceso y el rechazo de supuestas "perturbaciones del proceso" provenientes del imputado y su defensa. El problema radica en el hecho de que todas esas reformas, que pretenden verificarse en favor de la protección de la víctima del delito, corren, por decirlo así, a cuenta del imputado y no del Estado represor¹³. Ellas se traducen a menudo en una reducción de las posibilidades de defensa así como de los trámites procesales e investigaciones tendientes a la averiguación real de los hechos.

El derecho de ejecución de la pena tiende a

¹³ HASSEMER, Winfried, *Sozialtechnologie*; op.cit. (supra nota 7), p. 329.

modificarse en dirección a una desformalización de la posición del prisionero seguido éste de una reducción de los beneficios que se conceden a la clientela de las prisiones.

2.3. Transformaciones de la teoría penal

A nivel de la teoría penal se prefieren explicaciones funcionalistas que permiten la adaptación de los institutos penales a los requerimientos de la moderna política criminal. El derecho penal deja de ser un límite de la política criminal -como lo consideraba v. Liszt-. El derecho penal se convierte más bien en instrumento de aquella.

Las teorías de la pena se fundamentan igualmente en criterios sociotecnológicos. La razón por la que se castiga se busca no en la retribución del hecho según su reprobabilidad, sino de conformidad con las consecuencias que la sanción pueda tener con relación al desarrollo de la criminalidad. El individuo deja de ser la meta de la pena y se convierte en instrumento de la política criminal.

Finalmente se refleja esta tendencia en una serie de esquemas cognitivos y normativos. Se trata de dominar el futuro, de prevenir riesgos, en lugar de sancionar los hechos ya cometidos. Se profesa una fe en la posibilidad de que el derecho penal configure activamente la realidad socioeconómica. La legitimación de las intervenciones jurídico-penales se busca no en el concepto de justicia sino en el de eficacia, no es la persona del delincuente y la reprobabilidad de sus actos lo que es relevante, sino los imperativos funcionales de una sociedad despersonalizada.

Por lo demás puede decirse que la tendencia de convertir al derecho penal en una tecnología social tiende a impregnar todas las manifestaciones del quehacer jurídico penal y afecta de ordinario todas las instancias de control social: legislación, administración de justicia, ejecución de la pena, policía, ministerio público, etc.

3. Un ejemplo reciente: "reformas urgentes" en el sistema penal costarricense

Un ejemplo reciente de esta tendencia puede verse en el proyecto de ley que fue recientemente sometido a la consideración de la Asamblea Legislativa costarricense por el Ministro de Seguridad y que lleva el significativo título de "Reformas Urgentes al Código Penal, el Código Procesal Penal y Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores"¹⁴.

¹⁴ La crítica siguiente se basa en el proyecto propuesto el 14 de diciembre de 1992, en trámite en la

En sus líneas generales se basa la propuesta en los siguientes aspectos:

Se plantea una nueva tipificación de determinadas conductas. En este sentido se propone considerar como delito internacional el tráfico de vehículos automotores proveniente de actividades ilícitas (reforma al art. 7 C.P.); se introduce la figura de la conspiración para cometer el delito de homicidio tanto simple como calificado (arts. 111 y 112 C.P.), aspecto éste que se relaciona con la inclusión de un artículo "47 bis" en la Parte General del Código Penal, el cual vendría a establecer la figura de la "conspiración"; se reprime al que sin estar debidamente registrado y autorizado en el Ministerio de Seguridad Pública, realice actividades propias de los miembros del servicio de vigilancia privada, de la Reserva de la Fuerza Pública o desempeñe cualquier clase de labores de seguridad privada (art. 308 C.P.).

Se propone un aumento sistemático de los límites mínimos y máximos de las penas privativas de libertad previstas para determinados delitos. Están en esta hipótesis la reforma al art. 74, según la cual a los autores, coautores, cómplices e instigadores que realicen el hecho punible con la participación de menores de 18 años, se les aplicará la pena más grave aumentada en otro tanto; la reforma al artículo 77 que prevé un aumento de las penas en el caso en que la víctima sea un menor de 18 años y las reformas a los artículos 209, 229, 213, 214, 321 y 322, que agravan las penas en determinadas hipótesis del delito de robo, daños, hurto y extorsión. En estrecha relación con la idea de agravar las penas de prisión se encuentra la propuesta de introducir pena de prisión para las contravenciones previstas por los artículos 374 y 413 C.P. y la introducción de un requisito económico para el otorgamiento de la libertad condicional y de la condena de ejecución condicional (artículos 60 y 65 C.P.).

Se propone como complemento de estas medidas una reforma del artículo 298 del Código Procesal Penal que tendría como objeto otorgar la posibilidad de negar la excarcelación cuando la víctima del delito haya sido un menor de 18 años y cuando se imputen delitos de hurto, robo agravado y extorsión relacionados con vehículos automotores. La propuesta de reforma de algunos artículos de la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores (21 bis, 23, 32, 43 y 51

Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

bis) y que configuran una política de tratamiento del menor, que en el mejor de los casos es inadecuada y obsoleta y que se resuelve, en sus rasgos fundamentales, en las siguientes medidas: 1) sometimiento al menor a exámenes técnicos para determinar su adicción a las drogas o al alcohol, 2) internación del menor como medida tendiente a su recuperación (!) y 3) se propone la especialización de determinados órganos (O.I.J., Centro de Información Policial del Ministerio de Seguridad Pública, Ministerio Público), en la investigación y represión de las conductas realizadas por los menores.

La concepción general del proyecto es en realidad simple. Ella se resuelve, como puede apreciarse, en un aumento de penas, tipificación de nuevas conductas como delitos, reducción de las garantías procesales y persecución de los menores infractores. Con ello se pretende introducir una manera de combatir la criminalidad basada en lo fundamental en una reducción sistemática de las libertades individuales y un aumento correlativo de las facultades intervencionistas-represoras del Estado. Todo el proyecto reposa, pues, en la firme creencia de que al fenómeno de la delincuencia se le combate con más represión, sacrificio de las libertades individuales y de los principios del Estado de derecho.

No es mi intención analizar los problemas que presenta en detalle el anterior proyecto de reforma - los que sin lugar a dudas son muchos y muy graves¹⁵. Más bien quisiera llamar la atención sobre la concepción general que lo anima y sobre su actitud ante el problema de la delincuencia.

4. Crítica del derecho penal como tecnología social

La concepción del derecho penal como tecnología social es criticable, pues no medita suficientemente sobre las causas de la delincuencia y las medidas *legítimas* para combatirla.

¹⁵ Merece resaltarse en este lugar, y a manera de ejemplo, la desaguizada política que se pretende seguir en relación con la reforma de la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores, la que se basa (según se deduce del texto de la propuesta de reforma de los artículos de dicha ley números 21 bis, 23, 32, 43, 51 bis y 52) en la idea paradójica de lograr la recuperación del menor por medio de su internamiento en instituciones de control. Paradójica porque el problema no se ataca recluyendo al menor en un establecimiento de este tipo, sino sólo por medio de la modificación efectiva de las condiciones socioeconómicas en las que aquél vive.

En efecto, no es poco frecuente que los legisladores pasen por alto el hecho de que el delito es su propia creación.

Más bien la opinión común es la de que hay delinquentes por naturaleza, que éstos se encuentran "allí afuera", en la calle, y que basta con perseguirlos, reprimirlos y encerrarlos el mayor número de años posible para que el delito y la delincuencia se reduzcan sensiblemente o desaparezcan por completo.

No hace falta señalar lo ingenua que es esta visión de las cosas. Frente a ella quisiera resaltar en forma de tesis, los siguientes aspectos.

Nadie es delincuente por naturaleza. Delito, delincuente y delincuencia son creaciones del sistema de represión de una sociedad (integrado por las distintas agencias de control, tales como el legislador, los tribunales, la policía y las prisiones). De aquí se sigue que en la medida en que se amplíe el catálogo de delitos -o se agraven las consecuencias jurídicas de los hechos punibles-, lejos de reducirse la delincuencia ésta va a aumentar, con la consecuencia de que ahora los tribunales van a tener que resolver un mayor número de casos (los relativos a los nuevos delitos) y se va a tener que gastar más dinero en aumentar los recursos policiales y del sistema penitenciario.

Existe, claro está, el fenómeno de la violencia. Esta es un fenómeno omnipresente en toda sociedad. El problema de la reacción del sistema penal ante la violencia, sin embargo, no puede resolverse de un modo que engendre nueva violencia por medio de más represión. De aquí la importancia de investigar en que medida otras ramas jurídicas y otros sistemas sociales diferentes del jurídico (como la política, la economía, la familia, la educación o la cultura) pueden aportar soluciones viables para la solución o adecuado tratamiento del problema de la violencia y sus distintas manifestaciones en la sociedad. Claro está que ello requiere un mayor derroche de imaginación que el que necesita el recurso al fácil expediente de aumentar penas y multiplicar los delitos. Pero ese mayor derroche se ve compensado con el fortalecimiento de las instituciones democráticas y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Las campañas de la ley y el orden no persiguen, de manera general, otra cosa más que desviar la atención de las causas socioeconómicas de aquellos comportamientos que atentan contra los valores de la cultura oficial. Al

empeoramiento de las condiciones mínimas de existencia de amplios sectores de la población se responde, no creando condiciones favorables a un mejor reparto de la riqueza y de las oportunidades de acceso a la educación, cultura y deporte, sino mediante un aumento de la represión. Con ello no sólo se desvía la atención de los verdaderos problemas que aquejan a la sociedad sino que se crea otro adicional: el del mantenimiento de un aparato represivo que crece día con día.

Toda campaña que tiende al aumento de los delitos y de sus penas reposa sobre la creencia de que existe en la sociedad un bloque monolítico de valores y una jerarquía axiológica que es compartida por todos los miembros del conglomerado social. El razonamiento del legislador es más o menos el siguiente: siendo la vida, la libertad y la propiedad valores fundamentales para todos, puede lograrse una reducción de la criminalidad amenazando a los delincuentes potenciales con privaciones de estos bienes. Ahora bien, este supuesto no es necesariamente cierto. La vida y la libertad no son bienes supremos para todos. Para algunos pudiera ser más importante el disfrutar de determinados bienes materiales por un tiempo determinado, aún cuando ello pudiera comprometer su vida o libertad. Esto explicaría él porqué, la introducción de la pena de muerte o el aumento de la de privación de la libertad no vayan siempre acompañadas de una reducción en el número de delitos¹⁶. Y la propiedad como valor sólo tiene sentido para aquellos que la poseen. Por eso no es posible establecer una conexión ineludible entre el aumento de las penas y delitos y un mejoramiento del sistema de prevención general en la sociedad.

Que se puede hacer entonces ante el problema de la delincuencia? No es acaso legítimo el interés que tienen los ciudadanos en que el Estado defienda sus vidas, integridad, libertad y propiedad? No es acaso deber ineludible del Estado hacer halgo por mantener o en su caso restablecer el orden, la seguridad y la tranquilidad públicas?

Estimo que una adecuada política criminal

¹⁶ El Estado actual de las investigaciones conduce a la afirmación de que no existe ningún fundamento empírico para sostener la tesis de que la pena de muerte pueda tener un efecto preventivo general de la delincuencia. Sobre el punto, ver: MARTIS, Roderich, *Die Funktionen der Todesstrafe*, Bonn, Forum Verlag Godesberg, 1991.

debe tomar en serio estas preguntas y paralelamente admitir que su planteamiento es válido. El problema radica en consecuencia no en *si* el Estado debe velar por los derechos e intereses legítimos, sino en el *cómo* debe llevar a cabo esta política.

5. El Estado de derecho en la tenaza de la legitimación

Yo creo que el interés de los ciudadanos en que el Estado asegure sus vidas y sus bienes debe relacionarse siempre con el interés básico de toda persona en que el Estado garantice la existencia de espacios de libertad, entendidos estos como ámbitos en los que las agencias de represión no tienen ingerencia. Ninguna política criminal puede pasar por alto estos dos imperativos sin que el Estado pierda legitimidad, entendida ésta en el sentido en que el sociólogo alemán Max Weber le atribuyó a este término, esto es, como explicación del porqué y bajo qué circunstancias la estructura y sistema del orden social existente es aceptado o al menos tolerado por los sujetos y grupos que lo constituyen. El concepto de legitimación designa pues la base de confianza sin la cual la estructura del orden social no es capaz de mantenerse¹⁷. Esto explica la complicada situación del Estado de derecho, que debe combatir la criminalidad, porque sino incumple su función de garante de los derechos e intereses de sus ciudadanos. Pero para combatir este fenómeno no puede recurrir a cualquier medio, porque la implementación de medidas que reduzcan sistemáticamente los derechos fundamentales llevan con el tiempo a socavar los fundamentos mismos del Estado de derecho. El Estado de derecho se autoelimina tanto si no hace nada frente al problema de la delincuencia, como si se excede en su represión.

Por encima de todo debe tenerse muy en cuenta que la única forma de lograr una justicia penal eficaz, que garantice a los ciudadanos la protección de sus intereses esenciales y a la vez respete los ámbitos de libertad y los derechos fundamentales de las personas, consiste en implementar una política de descriminalización¹⁸.

¹⁷ WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4. Edición, Tübingen, J.C.B. Mohr, vol. II, 1956, pp. 551 ss.

¹⁸ Sobre el punto resultan ilustrativas las recomendaciones realizadas por la comisión de Hessen "Política Criminal" para la Reforma del Derecho Penal, que están publicadas en: *Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung*, editado por Peter-Alexis

En efecto, la razón fundamental por la cual el sistema penal se torna cada día más ineficiente radica en el hecho de que ha ido asumiendo paulatinamente funciones que no le corresponden y pretensiones que no está en capacidad de cumplir. El derecho penal está diseñado para reaccionar, fundamentalmente, ante conflictos de carácter estrictamente individual. Por ello fracasa cuando se le asignan funciones de control de complejos sistemas sociales tales como las relaciones económicas, la cultura, la política, el ambiente. En estos campos lo único que puede hacer el derecho penal es *mostrar los dientes*¹⁹ de manera simbólica, lo que bien puede tranquilizar momentáneamente a las masas de votantes, pero con el tiempo hace colapsar al sistema penal.

No obstante: el discurso de la descriminalización no es, por sí mismo, suficientemente crítico. Pues no da respuesta a cuales conductas deben descriminalizarse y cuales no, ni tampoco señala cual reacción ante las conductas que no han sido descriminalizadas puede considerarse legítima. Es necesario, en consecuencia, avanzar todavía más.

6. Derecho penal y prohibición del exceso

6.1. Estado de derecho y prohibición del exceso

Un principio de solución del problema consiste en comprender que el legislador no puede definir cuando y como se le antoje cuales conductas deben ser consideradas como delito ni tampoco es libre de reprimir indiscriminadamente esas conductas con las penas y medidas de seguridad que arbitrariamente decida imponer sin lesionar al mismo tiempo con ello el principio de prohibición del exceso (*Übermaßverbot*).

En este sentido resulta ilustrativa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*), el cual en una serie de sentencias ha elevado el principio de la prohibición del exceso al rango de norma rectora de toda actividad estatal²⁰.

Según la doctrina alemana mayoritaria, la prohibición del exceso se deduce de *manera necesaria* del principio del Estado de dere-

Albrecht, Winfried Hassemer y Michael Voá, Baden-Baden, Nomos, 1992.

¹⁹ La expresión, sumamente gráfica, es de: ALBRECHT, Peter-Alexis, op.cit. (supra nota 6), p. 256.

²⁰ Sobre el punto: STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, C.H. Beck, 1984, p. 861.

cho²¹. Ello tiene importantes consecuencias prácticas. Pues si la prohibición del exceso es un elemento esencial del Estado de derecho, de forma tal que éste no se puede concebir sin aquella, entonces no resulta necesario para aplicar el criterio de la prohibición del exceso el que éste se encuentre previsto expresa o implícitamente en la ley. Más bien se trata de un criterio rector de toda actividad creadora de derecho, especialmente de la legislativa²².

6.2. *Idoneidad, carácter necesario y proporcionalidad*

El principio de la prohibición del exceso señala que las intervenciones legislativas en el ámbito de la esfera privada sólo son admisibles en la medida en que siendo indispensables para la tutela de los intereses públicos sean además: a) idóneas, b) necesarias y c) proporcionadas.

Idoneidad significa que los medios de que se vale el legislador deben ser razonablemente adecuados para alcanzar la meta legal propuesta²³. En especial debe analizar el tribunal constitucional si las medidas adoptadas por el legislador son inapropiadas o inútiles para alcanzar y fomentar el fin o fines perseguidos por la ley.

La jurisprudencia constitucional alemana también ha dicho que el principio de la prohibición del exceso significa que las medidas legislativas de intervención en la esfera privada no sólo deben ser adecuadas para lograr el fin propuesto por el legislador, sino también deben ser *necesarias* en el sentido de que el fin legislativo no pueda ser realizado de una manera menos gravosa para la persona²⁴.

Finalmente se requiere que el peso de los deberes que se hacen recaer sobre los ciudadanos como consecuencia de la intervención legislativa esté en relación de razonable proporcionalidad con las ventajas que se derivan para ellos mereced a la intervención del legislador²⁵. Si la medida resulta "inexigible", "desproporcionada" o "excesiva" de conformidad con este criterio es contraria a la Constitución²⁶.

²¹ Ibid.

²² Ibid, p. 864.

²³ BVerfGE, 35, 382 (401). Se refiere a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht), citado aquí y en lo sucesivo según el número de tomo, sentencia y página.

²⁴ BVerfGE, 39, 156 (165); 57, 250 (270).

²⁵ BVerfGE, 38, 281 (302).

²⁶ STERN, Klaus, op.cit., (supra nota 17), p. 866.

En resumidas cuentas puede decirse que el referido principio obliga a la observancia de una razonable relación medio-fin, sobre todo en aquellos aspectos que tienen que ver con la limitación de los derechos fundamentales²⁷.

El principio de la prohibición del exceso cobra una enorme importancia en relación con él del derecho penal, en virtud de las gravosas consecuencias que las sanciones penales acarrearán para los sujetos que tienen que sufrirlas. Y puede afirmarse que el precio que hay que pagar por convertir al derecho penal en una tecnología social es, a menudo, la creación de un sistema de represión excesivo, cuya constitucionalidad es cuestionable.

7. *Dos distinciones*

La doctrina reciente propone además una doble estrategia para reaccionar ante la criminalidad: se sugiere distinguir entre un aumento meramente cuantitativo de la delincuencia y uno cualitativo. En segundo término se propone una consecuente distinción entre prevención normativa y prevención técnica.

7.1. *Aumento cuantitativo y aumento cualitativo de la delincuencia*

La primera estrategia consiste en establecer, como ya se dijo, una distinción entre un mero aumento *cuantitativo* de la criminalidad y uno de carácter *cualitativo*. La doctrina afirma que ambos fenómenos se diferencian en cuanto a las causas que les dan origen y requieren diversas estrategias de prevención y represión²⁸. El aumento cuantitativo de la delincuencia se presenta con el fenómeno de la llamada delincuencia en masa (*Massenriminalität*). Un aumento cualitativo de la delincuencia podría marcarlo la aparición del fenómeno de la criminalidad organizada, entendida ésta en su sentido estricto, esto es, como aquella que tiene por fin acceder y controlar precisamente a aquellas instituciones que tienen por objeto el combatir la criminalidad: policía, ministerio público, tribunales, sistema penitenciario. "Lo propio de la criminalidad organizada es la paralización del brazo que se encarga de combatirla; con la corrupción del aparato estatal aparecería verdaderamente una nueva forma de criminalidad"²⁹.

²⁷ Ibid, p. 863.

²⁸ HASSEMER, Winfried, *Rechtsstaatliche Grenzen der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Frankfurt a.M., Manuscrito de la conferencia pronunciada ante la Europäische Rechtsakademie Trier, 1994, p. 1 ss.

²⁹ Ibid., p. 2.

El sentimiento de inseguridad de la población y su temor frente a la posibilidad de ser víctima de un delito se basa, en lo fundamental, en un aumento cuantitativo de la criminalidad, que se manifiesta sobre todo en delitos tales como el robo de vehículos, robos practicados en las viviendas o en la vía pública (llamados popularmente "carterazos"), bandas juveniles, etc.

Ahora bien, el hecho de que los delitos se realicen de manera profesional, por medio de bandas, a nivel internacional, con el empleo de moderna tecnología o incluso con el empleo de medios financieros considerables, no representa, en general, nada cualitativamente nuevo, sino tan sólo, como lo afirma la doctrina de comentario³⁰, un aumento cuantitativo de las prácticas delincuenciales comunes. Para la represión de este tipo de criminalidad bastarían por lo general las leyes penales existentes (en lo fundamental el Código Penal, Procesal Penal y leyes conexas). A lo sumo se requiere una cuidadosa adaptación, pero no la sustitución de los principios clásicos garantes de los derechos fundamentales³¹. Sólo para combatir un aumento cualitativo de la delincuencia, en especial al fenómeno de la criminalidad organizada, podrían resultar necesarias medidas más enérgicas.

7.2. *Prevención normativa y prevención técnica*

La distinción entre prevención normativa y prevención técnica es también importante. Por prevención normativa se entiende aquella que tiene lugar por medio de la creación de delitos y sanciones jurídico-penales. La segunda es aquella que combate la criminalidad con una serie de medidas de carácter técnico que tienden a eliminar los supuestos fácticos que favorecen las conductas delictivas. En este sentido se ha propuesto recientemente como alternativa al recrudescimiento de la prevención normativa un mejoramiento de las medidas de prevención técnica. Por ejemplo: para combatir fenómenos de corrupción en la administración pública no haría falta crear más delitos y agravar las penas existentes, sino adoptar medidas de reorganización administrativa que hagan desaparecer o modifiquen las estructuras que favorecieron el surgimiento de los problemas de corrupción. O bien: para combatir el problema de la droga es necesario hacer desaparecer el mercado ilegal, a lo que podría contribuir, paradójicamente, su legalización.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

8. *Crítica de la crítica*

Las soluciones antes expuestas, por más sugerentes que puedan ser, no dejan de ser en el fondo insatisfactorias.

8.1. *Crítica del principio de prohibición del exceso*

El principio de prohibición del exceso, aplicado al derecho penal, quiere suministrar un parámetro de crítica de las políticas criminales excesivas. Pero las posibilidades reales que ofrece este principio para controlar el aumento de la represión estatal no deben sobreestimarse. En efecto, lo que es "idóneo", "necesario" y "proporcionado" no puede apreciarse de manera absoluta. Algo es idóneo, necesario y proporcionado sólo para determinados sujetos, en determinado tiempo y en determinado lugar. De forma tal que - dependiendo de los sujetos, los tiempos o la sociedad - podría estimarse incluso que la supresión de derechos fundamentales de los individuos (por ejemplo, la pena de muerte) es necesaria para combatir la delincuencia. Ahora bien, estas restricciones o supresiones de los derechos fundamentales resultan inadmisibles, como se expondrá más adelante, si se parte de la perspectiva de un derecho penal democrático. Por lo demás, no debe perderse de vista que el principio de prohibición del exceso pierde su carácter crítico y se convierte en un elemento de legitimación del control social, en aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional señala que las medidas adoptadas por el legislador *no son excesivas*.

8.2. *Crítica de las distinciones cantidad - cualidad y prevención técnica - prevención normativa*

La distinción entre el aumento cuantitativo y cualitativo de la criminalidad es doblemente criticable. En primer término, porque se contenta con afirmar que para reprimir un aumento cuantitativo de la criminalidad bastan las leyes existentes, con lo cual se deja sin problematizar el sistema de represión existente. Por otra parte, sugiere que ante un aumento cualitativo de la criminalidad se pueden utilizar medidas más enérgicas. Ahora bien, estas "medidas más enérgicas" suponen, de manera general, un ataque a los principios del Estado de derecho.

Al concepto de prevención técnica también se le pueden hacer varios reparos: 1) no debe olvidarse que toda medida de prevención técnica, en tanto que provenga de algún ente público, debe estar amparada por alguna norma

del ordenamiento jurídico. A ello obliga el principio de legalidad administrativa. Por tanto, las medidas técnicas tienen también una base normativa, 2) por otra parte, debe tenerse cuidado en no caer en la trampa de que las medidas técnicas vengan a resultar más peligrosas que las estrictamente normativas. En efecto, un aumento considerable de la intervención estatal redundará, en general, en detrimento de la libertad individual y en beneficio del sistema de control oficial.

9. La perspectiva de un derecho penal democrático

9.1. Derecho penal y democracia

Conviene primero que nada relacionar dos conceptos: derecho penal y sociedad democrática.

El derecho penal constituye un conjunto de normas cuya estructura lógica está constituida por un supuesto de hecho (comportamiento que la norma define como delito o contravención) y un efecto jurídico (que es siempre una valoración jurídica del comportamiento definido como delito). El efecto jurídico propio de las normas jurídico-penales se resuelve en el deber ser de una sanción que consiste siempre en una pena o en una medida de seguridad.

En la estructura lógica de la norma jurídico-penal se relevan así dos problemas que merecen resaltarse: el del poder de definición del comportamiento como delito o contravención y la represión que se revela en la sanción que se liga a tal comportamiento y que lleva implícita una lesión de los derechos fundamentales de la persona.

Por sociedad democrática entiendo aquella en la que todo ciudadano tiene la *oportunidad*: 1) de desempeñarse potencialmente tanto en el rol de legislador como de destinatario de normas, 2) de participar en los procesos de decisión de los problemas de la comunidad, y en la que 3) el fundamento último de legitimidad de toda decisión o institución política o jurídica radica en el hecho de que es producto de una discusión en la que todos los miembros del conglomerado social han podido tomar parte.

9.2. La idea de un derecho penal democrático como parámetro crítico del sistema penal

De la unión de estos conceptos -derecho penal y sociedad democrática- se sigue, en lo que aquí interesa, un parámetro para criticar: 1) la legitimidad de las medidas de represión jurídico-penales y 2) determinar el límite mismo de

la represión jurídico-penal.

Las sociedades modernas son, en realidad, sociedades de minorías, en el sentido de que se componen de una serie de grupos y subgrupos muy heterogéneos, cada uno de los cuales se rige por sus propias representaciones del mundo y de lo que se considera valioso o no. La llamada "cultura oficial" no es la cultura de todos, ni siquiera de la mayoría. La cultura oficial es también cultura de minorías, precisamente la de aquellas que han logrado elevar sus propias representaciones al rango "oficial".

La existencia de una cultura oficial supone necesariamente la presencia de una serie de representaciones culturales que no son oficiales y que, por tanto, concurren con aquella. Como la cultura oficial a menudo se encuentra revestida del poder definitorio de lo que debe ser considerado valioso o no, no es raro que la relación entre la cultura oficial y las subculturas que existen a su lado se traduzca en *represión*, la que se resuelve a favor de la primera y en detrimento de las segundas. Por esta razón es frecuente que el fenómeno de la represión se presente como una específica variante de las relaciones de poder entre minorías concurrentes. La represión tendría su origen cuando por diversas razones de orden sociológico una minoría alcanza el poder de definición relativo a que conductas deben ser sancionadas como desviadas, nocivas, perjudiciales, etc. y priva de validez a toda otra manifestación cultural.

La represión llega a uno de sus puntos más problemáticos cuando una minoría alcanza el poder de definir cuales conductas se consideran delitos, cuales son sus consecuencias y quienes deben ser considerados delincuentes.

En una sociedad democrática, por el contrario, el poder de definición relativo a las conductas que deben considerarse como delitos y a las sanciones que se aplican como consecuencia de aquellos, debe ser objeto de crítica por parte de todos los grupos que componen la sociedad. Todo ciudadano en su doble rol de legislador potencial y destinatario de normas debe poder participar activamente en la crítica y problematización de dicho proceso de definición.

La política criminal, la dogmática penal y en general las ciencias penales, en su calidad de discursos especializados en la tematización de los problemas criminales, juegan en los procesos de definición de los delitos y las penas un papel de gran importancia. Con todo debe señalarse que en una sociedad democrática el dis-

curso de las ciencias penales no puede reclamar una absoluta autoridad epistemológica en lo que concierne a la comprensión de la criminalidad y los medios de combatirla. No existe una "realidad allí afuera", que "la ciencia" capta y la presenta como verdad revelada a los mortales. La ciencia en general no hace en el fondo otra cosa que producir una nueva realidad, que concurre con las producidas por otros discursos sociales (moral, cultura, política, economía, etc.) y las producidas por las conciencias de los sujetos individuales. En una sociedad democrática debe siempre existir, en consecuencia, la posibilidad de que el discurso de las ciencias penales sea problematizado no sólo "desde adentro", es decir, por los teóricos de las ciencias penales, sino también desde afuera, por todos los sectores de la población interesados o afectados por los problemas criminales.

En el concepto de sociedad democrática va implícita una barrera de la represión jurídico-penal: esta no puede llevarse al extremo de que dificulte o ponga en peligro la existencia misma de los procesos democráticos de decisión y entendimiento.

Sin querer ser exhaustivo en este punto, creo que la represión jurídico-penal hace peligrar esos procesos democráticos cuando menos en los siguientes casos:

cuando pone en entredicho la existencia de aquel derecho humano primigenio del que hablaba Kant, a saber, el derecho de toda persona a participar de las mismas libertades de que gozan todos los demás sujetos³². Tal sería el caso de una política criminal racista, aún cuando refleje la opinión de la mayoría;

cuando la represión se traduce en un obstáculo para que determinados grupos de personas se desenvuelvan como *miembros activos* de la colectividad y participen en los procesos políticos, económicos, etc. Tal es el caso de la criminalización de determinadas formas o estilos de vida (homosexualidad entre adultos, consumo de drogas, confecciones religiosas o creos políticos);

cuando la represión se traduce en una nor-

³² "Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht". KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, en: *Werkausgabe*, editado por Wilhelm Weischedel, Frankfurt a.M., Suhrkamp, T. VII, 1977, p. 345.

ma de las garantías jurídico-procesales, pues en este caso se niega o reduce la posibilidad de hacer justicia, sin la cual ninguna sociedad democrática puede existir.

El ejercicio de los derechos fundamentales del ser humano (políticos y sociales) es lo que hace posible el intercambio efectivo de ideas y la formación de discursos que problematizan los diversos campos del quehacer humano. Y el desarrollo dinámico de estos discursos da lugar a su vez al nacimiento de los procesos democráticos, los que son responsables de la creación legítima del derecho. Por ello no pueden limitarse sistemáticamente los derechos fundamentales de las personas, sin que se afecte a su vez el carácter democrático de una sociedad. De aquí se sigue, entre otras cosas, la prohibición de la pena de muerte, que es la negación absoluta de toda posibilidad de desarrollo de la propia personalidad, de la pena de prisión y general de las penas perpetuas o excesivamente largas. Todas ellas se traducen en obstáculos insalvables para que determinadas personas o grupos de personas se integren efectivamente a los procesos de discusión democráticos.

10. Cuatro peligros o las trampas de una política criminal "bien intencionada"

Con todo, esta manera de razonar esconde cuatro peligros. En primer término, puede fácilmente transformarse en un medio de legitimación de la opresión de las clases menos favorecidas de la sociedad. En segundo término, no da respuesta precisa al problema de si el castigar puede armonizarse realmente con la idea del Estado de derecho y de democracia. En tercer lugar, no dice que hacer en los casos en que determinadas personas o grupos, de hecho o por razones jurídicas, quedan totalmente excluidos de participar en los procesos democráticos de decisión. Por último, no explica como es posible racionalizar aquello que es irracional: el sistema de control social. De manera tal que es necesario complementar la tesis de un derecho penal democrático, con las siguientes observaciones.

10.1. Escatología penal

El discurso del derecho penal mínimo no es inofensivo. Esconde en realidad una trampa muy peligrosa. Dicho discurso señala que el derecho penal, esa "espada afilada" del Estado, sólo debe intervenir: 1) ante las violaciones más graves, 2) de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad y 3) cuando las demás ramas del ordenamiento jurídico han fracasado en el in-

tento de defender los bienes en juego. Ahora bien, como el derecho penal está diseñado sólo para resolver -y mal- los conflictos individuales de carácter tradicional, resulta que el discurso del derecho penal mínimo supone una advertencia para que se renuncie a la pretensión de controlar por medio del derecho penal la criminalidad económica, ecológica, la criminalidad de las grandes empresas, en una palabra: la criminalidad de los poderosos. En estas circunstancias el llamado para reducir el derecho penal al mínimo necesario, se resuelve en última instancia en una lucha por reforzar el carácter *clásico típico del derecho penal liberal*. Reducción de la represión significa entonces represión de las conductas tradicionales, de la clientela tradicional del derecho penal, en una palabra, de las clases y grupos pertenecientes a los estratos inferiores de la sociedad. Un llamado en favor de la constitución de un derecho penal democrático entraña, en estas circunstancias, una burla siniestra. Pues significa llamar a las clases desfavorecidas a participar en una discusión que desde el principio no tiene otro fin que el de criminalizarlas. Es como pedirle al que debe ser ahorcado que se coloque la soga en el cuello, o decirle a alguien que cabe su propia tumba. La sonrisa de beneplácito del sistema penal ante la idea de su democratización es la del sepulturero que se alegra al ver que los deudos cargan el féretro del pariente difunto, porque ello significa trabajo para él. La lucha por un derecho penal democrático se inserta así en esa dialéctica del bien, que engendra el mal como su propia negación.

Por eso la idea de democratizar el proceso de definición de los delitos y las sanciones sólo puede escapar a esa trampa en la medida en que se toma conciencia de la existencia de esta dialéctica bien-mal y se transforma el proceso de discusión democrática de los delitos y las penas no en un instrumento de *legitimación* del sistema penal, sino en uno de *crítica y de deslegitimación*, fundamentalmente de aquellas relaciones de represión que ejerce una minoría sobre las demás que componen la sociedad.

Yo creo que un proceso democrático de discusión del poder punitivo debe tomar el cause de una crítica del poder de definición el cual, como lo advirtiera Walter Benjamin en un célebre ensayo, reposa en última instancia en un ejercicio de violencia³³.

³³ Ver: BENJAMIN, Walter, Zur Kritik der Gewalt, en: *Gesammelte Schriften*, 2. Edición, Frank-

10.2. *Es humano el sancionar?*

Normalmente no se cuestiona si la idea de la pena, de la sanción, del castigar, está en realidad en armonía con la idea del Estado de derecho y de sociedad democrática. Los tratados tradicionales dedican largas páginas a la teoría de las penas. Pero raramente se repara en el hecho de que la pena de prisión es en sí misma algo profundamente degradante e inhumano. La pena de prisión trae siempre aparejado un mal irreparable para quien la sufre: el tiempo y las oportunidades perdidas. Una sociedad que tolere que existan grupos de personas privadas de su libertad en el fondo deja de ser democrática, pues las personas sin libertad no son sujetos del discurso democrático. Derecho penal democrático no supone que todos se pongan de acuerdo para crear más delitos sancionados con penas privativas de la libertad o que aumenten los límites mínimos y máximos de las ya existentes. La discusión democrática de las sanciones debe llevar más bien a eliminar todos aquellos impedimentos para que toda persona pueda participar plenamente en los procesos democráticos. Esta discusión debe conducir especialmente a la institucionalización de penas alternativas, que regirían en lugar de la pena de prisión y en los casos en que el proceso de deslegitimación del sistema penal no haya llegado al grado de la descriminalización -siempre deseable-, de la conducta³⁴.

10.3. *El derecho a ser desobediente*

Por otra parte debe reconocerse un derecho a la desobediencia civil, que estaría fundado en aquellos casos en que determinadas personas o grupos han quedado excluidas de la participación en los procesos democráticos. Este es el caso, por ejemplo, de las minorías reprimidas por el Estado. El reconocimiento de un derecho -moral y jurídico- a la desobediencia civil, es el resultado necesario de afirmar el fundamento de legitimidad de las normas jurídicas en los

furt a.M., Suhrkamp, T. II.1, 1989, pp. 179 ss.

³⁴ Sobre el problema de la sustitución de la pena de prisión, véase: LÜDERSSEN, Klaus, *Stufenweise Ersetzung der Freiheitsstrafe*, en: *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*. Editado por Winfried Hassemer, Frankfurt a.M./Bern/New York, Peter Lang Verlag, 1987, pp. 83 ss.; Luzón Peña, Diego-Manuel, *Die Ersetzungsformen der Freiheits- und anderer Strafen in der spanischen Strafrechtsreform*, en: *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*. Editado por Winfried Hassemer, Frankfurt a.M./Bern/New York, Peter Lang Verlag, 1987, pp. 103 ss.

procesos de discusión democráticos. En efecto: las normas jurídicas no pueden imponerse legítimamente a aquellos que no han podido tener la posibilidad de discutirlos. Y si la aplicación de la norma es ilegítima, debe tenerse el derecho de oponerse a su aplicación.

10.4. *La sospecha como método*

Con todo, no encierran estas elucubraciones otra trampa? Pues, no es en el fondo contradictorio querer racionalizar lo que por principio no es racional, es decir, la venganza organizada e institucionalizada en manos del Estado? Como es posible interactuar racionalmente con lo irracional, sin correr a su vez el riesgo de irracionalizarse o, lo que es todavía peor, de llegar a encontrar la razón en la sinrazón? Yo creo

que para evitar ese riesgo conviene elevar la sospecha a rango de principio y afirmar que la razón es siempre la máscara de la sinrazón. Toda institución, incluso aquellas que afirman ser razonablemente democráticas, deben someterse a la prueba de la sospecha de ser irracionales. Yo creo que esto conduce a rechazar toda pretensión de darle a las instituciones -cualquiera que éstas sean- un fundamento esencialista. Tan sólo queda la posibilidad de buscar fundamentaciones de tipo procedural. Es decir, tan pronto como se someten las instituciones y las ideas al "torbellino de la problematización"³⁵, no quedan más que procesos de discusión en los cuales unos argumentos sustituyen a otros en un proceso permanente de renovación y crítica.

³⁵ Sobre el papel esencialmente crítico de una moral racional, véase: HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992, p. 145.

Da codificação à lei civil brasileira

FERNANDO BRAGA

SUMÁRIO

1. *A lei como idéia e princípio.* 2. *A codificação antiga (histórico).* 3. *A polêmica.* 4. *As Ordenações.* 5. *A codificação civil brasileira.* 6. *Apresentação do Código Civil Brasileiro.* 7. *Divisão do Código Civil Brasileiro.* 8. *Esquema da evolução do Direito (quadro demonstrativo).*

1. *A lei como idéia e princípio*

A lei é a relação causal ou funcional constante, existente entre formas de comportamento social.

Deste conceito a polêmica surgiu com a idéia de um código, como conjunto de preceitos ou proibições, socialmente aprovados e garantidos por um sistema de sanções, e, juridicamente, como um conjunto de leis e disposições institucionais, formulado e relacionado com os aspectos normativos da legislação, agrupando um sistema de *mores*, que no entendimento de Ellsworth Faris¹ diz-se de um padrão de comportamento sancionado pela sociedade que o adotou, sendo essas sanções presas à conservação de costumes drásticos, podendo ser legais em todos os casos desde que exista consagrado em lei, e que represente a moral de uma sociedade, como padrões de comportamento, mesmo coercitivos.

2. *A codificação antiga (histórico)*

O Código de Hamurábi² foi dado a conhecer em escrita cuneiforme, em língua sumeriana³, con-

¹ In *A Natureza e a Significação dos Mores (Estudos de Organização Social, dirigidos por Donald Pierson)*. São Paulo, 1949.

² Habilidade rei, soldado, diplomata e legislador. Viveu provavelmente 2.000 a.C. na Babilônia.

³ Adj. de Sumere, região sul do mais antigo Império Caldeu. 3000 a.C.

Fernando Braga é Advogado e Professor Universitário.

tendo 280 artigos, dividido em duas partes. A primeira, trata do direito de propriedade, repressão a roubo e transações comerciais, e a segunda, das pessoas, da família, do casamento, dos crimes contra a fidelidade e do relacionamento de homens livres e escravos. Esse código, segundo alguns autores e estudiosos do assunto, é notável pela sua amplitude, onde disciplina a vida familiar, a simpatia pelos devedores e proteção do indivíduo contra a violência e o crime. As sanções cominadas ao delito têm uma semelhança com as de talião⁴, onde, mesmo não sendo configurado o dolo, o agente da ação pagava do mesmo jeito com que delinqüira. Ampara a mulher casada, dando-lhe direitos iguais aos do marido, em se tratando dos bens, e valoriza os cidadãos como trabalhadores, numa mostra de progresso, na época, superior a qualquer sistema europeu.

O Código de Hamurábi cogita de uma triplíce base unitária: administrativa, jurídica e religiosa, estabelecendo uma técnica oficial para os atos públicos, instituindo uma religião ao Estado, fazendo do poder uma espécie de realeza de direito divino. Esse conjunto de normas se estendia à sociedade, tendo para o tempo enfoque original e moderno, onde trata da legislação social, caracterizando dois elementos essenciais: a fixação dos salários e o reconhecimento das responsabilidades profissionais.

Na cultura original, apareceram, na Índia, as legislações de Manu, líder espiritual, tendo como fonte os livros sagrados, como o *Guatama-Dharma-Cástra*, o *Vishnu-Dharma-Cástra* e o *Mánava-Dharma-Cástra*. Neles se encontram as doutrinas das muitas escolas brâmanes sobre o *Dharma*, ou deveres civis e religiosos. Este código fora escrito em sânscrito, dividindo-se em 12 livros, nos quais apenas uma quarta parte se detém sobre matéria jurídica, com textos no livro oitavo, contendo leis de natureza civil e criminal, sendo que a moralidade e a lei são subordinadas a um sistema de castas, onde a sacerdotal é a de maior autoridade.

A cultura jurídica de Roma tinha início com a *Lei das Doze Tábuas* (*Lex XII Tabularum*), que segundo o Professor A. L. Machado Neto, in *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*⁵ diz ter surgido "quando os plebeus rebeldes reivindicavam a lei escrita, a publicidade

do direito que a lei trazia implícita, expediente que os livraria da insegurança vital, resultado do ocultamento das fórmulas sacramentais de correntes dos *mores majorum*, que consistia privilégio de casta do patriarcado dominante."

Este código foi o marco na história do direito humano. É estruturado por uma lei delegada (*lex data*) e elaborada pelo magistrado em razão de poderes recebidos através de uma (*lex rogata*) proposta por um magistrado e votada por cúrias (*lex curiata*) ou pelos comícios e por centúrias (*lex centuriata*) ou ainda quando proposta por um tribunal submetido à deliberação dos comícios da plebe (*plebiscitum*). No concernente ao Direito Público, abstraída a parte referente ao direito penal, são poucas as disposições: proibidas de propor aos comícios leis em prejuízo de um particular (*privilegium*); provisão de apelação para os comícios por centúrias das sentenças condenatórias à morte (*provocativa ad populum*). No referente ao direito privado: o pátrio poder (*patrio potestas*) – *essência estrutural da família no direito romano* –, mereceu apenas duas disposições: a primeira, revigorando o teor de uma lei régia, a qual obrigava o *pater familias* a matar, logo após o parto, o descendente estupidamente disforme, uma espécie de eutanásia; a segunda, também calçada em lei régia, estabelecia que, se o pai vendesse o filho três vezes, perderia o pátrio poder.

Este é o mais sucinto código existente, aparecido no século V a.C., tendo os estoícos introduzido uma distinção entre a lei do país (*jus civile*) e a lei da natureza (*jus naturae*). Foi chamado de *Doze Tábuas* por ter sido escrito em doze pedaços de madeira, à imitação das pedras da *Lei de Moisés* que, pregando a monolatria, induzindo os homens à adoração de um só deus, ou seja, o monoteísmo, devotando essa adoração única a Iavé ou Jeová, fazendo surgir dessa aliança *Os Dez Mandamentos*, um código simples que, relacionando a religião à moral, mudaria o curso histórico do mundo.

Sobre a *Lei das Doze Tábuas*, Cícero⁶, em afirmação tida exagerada pelos romanistas, dizia que o *libellus continha todo o direito romano* e valia mais pela autoridade e utilidade que a biblioteca de todos os filósofos.

Roma legou ao universo das normas o *Corpus Juris Civile*, de Justiniano (482-565 a.C.)⁷, que, coligindo documentos de grandes juristas

⁴ Pena que consistia vingar um delito, causando ao criminoso dano ou mal semelhante ao que praticara.

⁵ Op. cit., p. 203.

⁶ Marco Túlio Cícero. Século I a.C. Orador e escritor latino.

⁷ Imperador de Bizâncio. Governou de 527 a 565.

romanos, reuniu um trabalho de grande mérito, o qual, até hoje, segundo especialistas, serve de modelo para a elaboração de códigos da civilização moderna.

O primeiro Código foi promulgado em 529 e teve a participação de Triboniano e Teófilo, professores da Escola Jurídica de Constantinopla, servindo como alicerce para o *Digesto* ou *Pandectas*, que entrou em vigor em 533, constituindo-se de 50 livros, que, à exceção dos de números 30, 31 e 32, se dividem em títulos, subdivididos em leis ou fragmentos precedidos do nome do autor, contendo uma parte inicial (*principium*) e vários parágrafos, tendo sido elaborado por Triboniano, 15 juristas, sendo 11 advogados, 2 professores da Escola de Berito, Doroteu e Anatólio e 2 professores da Escola de Constantinopla, Teófilo e Cratino. Ultimado o *Digesto*, Justiniano designou uma comissão tríplice composta de Triboniano, Doroteu e Teófilo, tomando como padrão os ensinamentos de Gaio, para a elaboração de um compêndio jurídico de 4 livros, o qual recebeu a denominação de *Institutiones*, derivados de *Instituere* (ensinar). Nessa obra, os livros foram divididos em títulos, e estes, numa parte inicial, em parágrafos. O segundo Código, ou *Codex Repetitae Praelectionis* (Código de Preleção Repetida), promulgado em 534, objetivando harmonizar o primeiro código com as inovações supervenientes, elaborado por uma comissão composta por Triboniano, Doroteu e 3 advogados. Consta de 12 livros divididos em títulos, subdividido da mesma maneira que o *Digesto*, com a diferença de que as subdivisões, também chamadas leis, denominaram-se instituições, e não fragmentos. Entre a vigência do segundo Código e da morte de Justiniano, foram promulgadas outras leis (*Novellae*), com mais 177 novas normas. Essas *Novellas*, que não foram reunidas em corpo único, compõem-se de prefácio, capítulo e epílogo. Ao conjunto da legislação justiniana (*Institutas, Digesto, Código e Novellas*) deu-se o nome de *Corpus Juris Civilis*.

Após a queda do Império Ocidental, o conhecimento científico e histórico do Direito Romano perdeu-se gradualmente, até que uma cópia do *Digesto*, principal parte do *Corpus Juris*, fosse encontrada na Itália Setentrional, no século XI, tendo, por isso, o estudo do Direito Romano se expandido pela Europa Continental.

3. A polêmica

No século XIX, teve início o mais férreo movimento codificador da história, sob o influ-

xo do racionalismo perpetrado por integrantes da Escola Clássica do Direito Natural, influenciados pelo *Code Napoléon (dura lex sed lex)* de 1807 e ratificado em 1852, tendo como intérpretes Blondeau e Bugnet, na defesa da lei como fonte exclusiva do direito, levando o movimento à meditação liberal constitucionalista e ao princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*). A expansão desse movimento acompanhou a luta pela conquista de constituições escritas, tendo como fundamento o modelo clássico liberal que, repercutindo na Alemanha, o país mais feudal da moderna Europa Ocidental, iria gerar a famosa polêmica, tendo, de um lado, Thibaut⁸, partidário da codificação, espelhado no exemplo francês (napoleônico), defendendo um sistema de logicidade e de mais fácil conhecimento, advogando a realidade histórica amparada pela Egologia, com a lógica do *dever-ser* aplicada à ideia do tempo existencial; e do outro, Savigny⁹, irracionalista que postulava contra a codificação, partidário do sistema consuetudinário, evocando como manifestação maior o espírito nacional (*Völkgeist*) na justificativa de que a codificação seria um esclerosamento do direito escrito pelo seu constante descompasso com a mutável realidade, em razão de uma legislação extravagante e constantemente revogada.

Foram estes os argumentos de Savigny: “o direito é produto da vida social e não de uma abstração, não se podendo fixar sob a forma de artigos de um código; a codificação maniet a desenvolvimento desse produto histórico, que é o direito, impedindo o seu envolver, e sufoca a sua principal fonte de criação; é inútil a codificação, pois o texto codificado é suplantado pela elaboração espontânea do povo, tornando-se, em breve prazo, antiquado e superado”.

Estes argumentos, mesmo revistos depois por Savigny, retardaram a codificação na Alemanha.

Dessa polêmica resultou o esforço da razão humana entre o *dever-ser* e o *vir-a-ser*, levando, inclusive, alguns sociólogos a meditar sobre as manifestações da “revolta dos fatos contra os códigos”. Vingou, todavia, a tese de Thibaut (a norma escrita), cabendo à jurisprudência

⁸Friedrich Justus Thibaut. Jurista alemão (1772-1840). Autor (*Da Necessidade de um direito civil geral para toda a Alemanha*), 1814.

⁹Friedrich Karl Von Savigny. Jurista alemão (1779-1861). Fundador da Escola de Jurisprudência Histórica.

dência histórica de Savigny (a norma pelos costumes), servir, mais tarde, de base para o sistema científico-racional.

4. As Ordenações

A idéia da codificação nos vem de Portugal, detentor da pedra angular do nosso direito, desde as *Ordenações*, nascidas na *Consolidação do Reino*, em 1139, com a independência da Lusitânia do jugo espanhol, onde vigoravam leis esparsas denominadas *Cartas Forais* e *Diplomas*, disciplinando as obrigações, direito e privilégio, referentes aos direitos fiscal, judicial e agrícola. A vigência dessas leis perdurou até D. Diniz, "O Lavrador" (1261-1325), que depois promulgou a *Lei das Sete Partidas*, alicerce jurídico das *Ordenações*, fortificadas no reinado de D. Duarte "O Eloquentente" (1391-1438), ao promover diversas medidas destinadas à organização jurídica (Estado dentro do Estado), a integrar os semitas na sociedade portuguesa, nascendo assim a idéia de um código único, que substituísse e unificasse as disposições parciais, às vezes contrárias e/ou contraditórias.

Em 1446, na chamada *Idade do Ouro*, foram tornadas públicas, por Afonso V, "O Africano" (1442-1481), as *Ordenações Afonsinas*, que instituíram, para as causas de pequeno valor, o processo exclusivamente real e a obrigatoriedade de os juízes tentarem alcançar, preliminarmente, a conciliação entre as partes.

No período denominado *Novos Mundos ao Mundo*, surgiam as *Ordenações Manuelinas*, no reinado de D. Manuel I, "O Descobridor" (1469-1521)¹⁰, com substanciais modificações na legislação anterior, apenas sumariadas, dando ênfase ao processo comum e ao dever de justiça, atuantes no movimento nacionalista, emendadas e atualizadas.

Com a morte do Cardeal D. Henrique (1512-1580), na era dos *Fogos de Crepúsculo*, mas sob o *Poder dos Áustrias*, como documenta João Ameal, Portugal passa para o domínio espanhol, com o reinado de Felipe II de Espanha e I de Portugal (1580-1598)¹¹. Eram as *Ordenações Filipinas* que passavam a vigor, com as normas estabelecidas nas anteriores, como o processo escrito, a mínima iniciativa dos juízes e a observância das três fases processuais: a postulatória ou ordinária, a probatória ou instrutória e a decisória, bem como a conservação de todas as

características de soberania: leis, governos, liberdades, privilégios, usos e costumes, e ainda a administração da justiça prometida com propósito legislativo de unidade. Além do processo ordinário, foi também conservado o sumário e instituído o especial, este aplicável a certas causas, como as do despejo, as de executivo fiscal e as possessórias, segundo lições do Professor Antonio José de Souza Levenhagen¹². Nestas *Ordenações*, foi editada, em 1729, a *Lei da Boa Razão*, que enfraquecia as influências do Direito Romano e do Canônico, por questões de rivalidade do Estado com o Clero.

As *Ordenações Filipinas*, mesmo depois da Revolução de 1640¹³, continuaram em vigência por força da lei promulgada por D. João IV, em 29 de janeiro de 1643, e se estendiam ao Brasil.

5. A codificação civil brasileira

A extravagância da legislação contida nas *Ordenações*, bem como sua complexidade de disposição, de difícil consulta, eram sentidas pelos juristas brasileiros. Esse pensamento surge justamente com as primeiras manifestações de uma nova codificação. Após proclamada a Independência, a lei de 23 de outubro de 1823 determinava a vigência, com algumas modificações, de toda a legislação portuguesa, necessária, ainda, à continuidade da ordem jurídica, ressaltando, entretanto, que vigoraria até a elaboração de um código que atendessem jurídica e socialmente, uma normatização essencialmente brasileira.

Em 1855, o Governo imperial deliberou, como medida preliminar ao novo código, a consolidação de nosso Direito Civil, em virtude de se encontrar a legislação, na época, completamente esparsa, sem sistemática e sem ordem, encarregando-se desse engenho, Augusto Teixeira de Freitas que entregou, em 1858, a obra *Consolidação das Leis Civis*, considerado o primeiro tratado jurídico nacional, admirável linha de organicidade.

Depois da elaboração desse trabalho, o eminente jurista fora contratado para elaborar o Projeto do Código Civil, o qual fez divulgar em 1865, parte do esboço com quase 5.000 artigos,

¹² In *Manual de Direito Processual Civil*. Editora Atlas, 3.ª ed., São Paulo, 1978.

¹³ Conhecida como a "Jornada de 1.º de dezembro", quando a Coroa e o Cetro voltaram restaurados para Portugal, conquistados em Aljubarrota, pelo Soberano de Castela, D. João IV (1604-1656), o "Restaurador" e fundador da Dinastia de Bragança.

¹⁰ In *História de Portugal (Das origens até 1940)*. 6.ª ed., Livraria Tavares Martins, Porto, 1968.

¹¹ Período de reinado.

sendo severamente criticado pela Comissão encarregada de estudá-lo, que o achou longo e prolixo. Entretanto, a obra de Teixeira de Freitas, considerada genial, influenciava o jurista Velez Sarsfield, para adaptá-la à codificação argentina, como autor, também, naquele país, de um Projeto que levou seu nome.

Nabuco de Araújo, ministro na época do contrato de Teixeira de Freitas, fora encarregado de novos estudos atinentes à elaboração do Projeto, vindo a falecer antes de sua conclusão, deixando apenas redigida uma minuta contendo 182 artigos.

Em 1881, foi apresentado por Joaquim Felício dos Santos um outro Projeto, estudado por uma Comissão formada por Lafayette Rodrigues Pereira, Antônio Joaquim Ribas, Francisco Justino Gonçalves de Andrade, Antônio Coelho Rodrigues e Antônio Ferreira Vianna, tendo sido, de imediato, criticados tais apontamentos, pela falta de sistema e também pela prolixidade. Dissolvida a Comissão, Felício, sabendo de sua tentativa frustrada, entregou seu trabalho como colaboração, à Câmara dos Deputados que o arquivou como documento histórico.

O Conselheiro Cândido de Oliveira, Ministro da Justiça, nomeia, em 1889, uma outra Comissão, reformando o propósito de elaboração do Projeto do Código Civil, mas é alcançado pela Proclamação da República, não realizando, assim, o seu trabalho.

Campos Sales, em 1890, verificando os resultados infrutíferos do trabalho em Comissão, entrega ao jurista Coelho Rodrigues o penoso encargo. Em 1893, termina ele a tarefa, que é também rejeitada, apesar de o Senado da República tentar, sem êxito, convertê-lo em lei.

A idéia persiste. O Congresso vota nova deliberação encarregando o Governo de nomear outra Comissão ou designar um só jurista que a concretizasse.

Campos Sales, agora Presidente da República (1898-1902), juntamente com o Ministro Epitácio Pessoa, escolhem o jovem jurista cearense Clóvis Beviláqua, Professor em Recife. Essa escolha é criticada, conforme transcreve Mário da Silva Pereira,¹⁴ “sob a alegação de não ser ele profundo conhecedor da língua, e por faltar-lhe, para a tarefa, amadurecimento de idéias”, uma vez que a recomendação feita a Beviláqua era de aproveitar, no possível, o Projeto de Coelho Rodrigues.

¹⁴ In *Instituições de Direito Civil*, v. I. 2.ª ed., 1966, p. 63.

Em janeiro de 1899, Clóvis Beviláqua inicia seu trabalho, entregando o Projeto, em novembro do mesmo ano, à Comissão incumbida do estudo, sob a presidência do Ministro Epitácio Pessoa, o qual solicita a colaboração de outros juristas e entidades especializadas. Após muitas críticas e debates em reuniões sucessivas, onde foram emendados e alterados alguns pontos, surge, então, o *Projeto Revisto*, que é encaminhado à Câmara dos Deputados em 17 de novembro de 1900 e recebido para examiná-lo pela “Comissão dos vinte e um” que, trabalhando seriamente, produziu um enorme compêndio em 8 volumes de atas.

Concluiu-se a aprovação do Projeto em 1902 pelo Plenário da Câmara, sendo enviado ao Senado e recebido por outra Comissão encarregada de revisá-lo, tendo como Relator o Doutor Rui Barbosa, que apenas em três dias redigiu o seu parecer, revisando todos os artigos e expondo uma apresentação de emendas. Era precedido o trabalho de mestre Rui de uma crítica de conjunto que concluía por acentuar a necessidade de espelhar o código à cultura nacional, para o que requeria vazado em linguagem escoreita, de forma a “considerá-lo à posteridade como um monumento impecável”.

Na seqüência desse assunto, faz-se urgente e necessária a transcrição de uma peça literária de mestre Rui, intitulada de *Gramática e Língua*¹⁵

“Para bem redigir leis, de mais a mais não basta gramaticar proficientemente. A gramática não é a língua. O alinhamento gramatical não passa de condição elementar, nos exames de primeiras letras. Mas o escrever requer ainda outras qualidades; e, se se trata de leis, naquele que lhes der forma se hão de juntar aos dotes do escritor os do jurista, rara vez aliados na mesma pessoa. São as codificações monumentos destinados à longevidade secular; e só o influxo da arte comunica durabilidade à escrita humana, só ele marmorisa o papel, e transforma a pena em escopro. Necessário é, portanto, que, nossas grandes formações jurídicas, à cristalização legislativa presente a simplicidade, a limpidez, e a transparência das mais puras formas de linguagem, das

¹⁵ In *Coletânea Literária (1868-1922)*. Organizada, anotada e prefaciada por Baptista Ferreira, 4.ª ed. Cia. Melhoramentos, Editora Nacional, 1940, pp. 209-10.

expressões mais clássicas do pensamento. Dir-se-á que ponho demasiadamente longe, alto em demasia, a meta que sublinho a um ideal praticamente irrealizável. Mas eu não exijo que igualemente essa perfeição custosa e rara. Basta que, ao menos, dela nos esqueçamos, não a podendo alcançar: que a lei não seja imprecisa, obscura, manca, disforme, solecista. Porque, se não tem vernaculidade, clareza, concisão, energia, não se entende, não se impõe, não impera: falta às regras da sua inteligência, do seu decoro, da sua majestade.”

Divulgado o parecer de Rui Barbosa, é aplaudido pelos juristas e filólogos, como Cândido de Figueiredo, sendo também criticado por outros.

Ainda sobre a apresentação do Projeto do Código Civil, e à guisa de ilustração, é o Professor Ebion de Lima¹⁶ quem comenta:

“Em 1902 o Presidente da Comissão Especial do Código Civil, Dr. Joaquim Seabra, solicitou ao seu antigo professor Carneiro Ribeiro a correção linguística do maior cometimento de nossas letras jurídicas. O gramático, dispondo apenas de quatro dias para rever cerca de 2.000 artigos, abalçou-se à empresa, em atenção à amizade e ao serviço patriótico. Passado da Câmara ao Senado, coube a Rui Barbosa emitir o parecer sobre o Projeto. Rui impugna-o a começar pela linguagem, apontando 524 senões de gramática, entre os quais 7 correções indêbitas de Carneiro Ribeiro. Este revida em *Ligeiras Observações*. Quanto aos 7 pontos observados, defende 2 e passa em seguida a criticar as demais emendas ao Senador. Foi então que Rui produziu a sua *Réplica*, monumental exibição de filologia onde analisa com documentação dos clássicos, cada um dos senões no parecer que dera. Carneiro Ribeiro retruca com volumoso comentário de 900 páginas, demonstrando não menos vasta e profunda erudição vernácula. É a *Tréplica*. Foi a mais célebre polémica filológica do Brasil. Proveitosa para a boa linguagem. Muito nobre, porque se terminou a refrega sem rancor. Rui envia ao seu antigo mestre um exemplar da saudação que

fez em francês a Anatole France na Academia de Letras. E quando da campanha eleitoral na Bahia (1919), quem o recebeu em nome do povo foi o venerando mestre e contendor.”

O Projeto não teve o andamento que merecia, fazendo com que, em 1911, João Luis Alves propusesse sua aprovação provisória, o que não foi aceito. Serviu, porém, sua insistência de estímulo no Senado que, de imediato, o discutiu, votou e aprovou, devolvendo à Câmara para discussão final das emendas.

Finalmente, pela Lei n.º 3.071¹⁷, de 1.º de janeiro de 1916, é convertido em realidade o sonho de quase um século, tendo trabalhado em sua elaboração os civilistas brasileiros, notadamente na última fase, a da votação, que despertou o interesse de todo o país e a colaboração de juristas de todos os Estados, com pareceres, colaborações, críticas e artigos doutrinários, entrando em vigor somente em 1.º de janeiro de 1917, um ano depois.¹⁸

6. Apresentação do Código Civil Brasileiro O método na codificação

Todo código supõe-se uma distribuição sistemática das partes que se compõem. A ordem metódica na classificação das matérias é, portanto, essencial em uma boa codificação.

O método histórico tradicional

Gaio foi o seu autor. É a figura mais enigmática da Jurisprudência Romana. No *Digesto* encontra-se formulado: *Omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*.

Nesse método o Direito Civil compreendia as regras referentes às pessoas, às coisas e às ações. Foi aplicado no *Code Napoléon* (pessoas, bens e as várias maneiras pelas quais se adquire a propriedade).

A França, como berço do Iluminismo, preferiu adotar a sistematização compreensiva e ci-

¹⁷ A Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, no Código Civil foi modificada pela Lei n.º 33.725, de 15 de janeiro de 1919.

¹⁸ A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942) foi modificada pela Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957. A Lei n.º 6.952, de 6 de novembro de 1981, publicada no *DOU*, de 7 de novembro de 1981, acrescenta parágrafo ao Art. 134 da Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, em seu art. 4.º estatui: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

¹⁶ In *Curso de Literatura Brasileira*. V.II. Editora FTD. S/D pp. 251-2.

entífica.

O processo de Leibnitz

Fundado nas causas geradoras, ou seja, a diferenciação entre as causas que fazem nascer ou extinguir o direito. Essas causas são: natureza, convenção, posse, sucessão e delito.

Essa classificação não é satisfatória, segundo alguns juristas, em razão de o direito poder ter causas diversas, como por exemplo, o usufruto que pode advir da lei, da convenção ou do testamento.

Classificação deduzida na natureza do Direito

Esse critério (pessoais e reais) foi proposto por Teixeira de Freitas. A noção, embora sendo exata, porque todo direito é pessoal ou real, impossibilita, estabelecidas as divisões, proceder-se às subdivisões, não resolvendo, portanto, as dificuldades.

O método científico-racional

Preconizado, como vimos, por Savigny e adotado pelo Código Civil Alemão, compreende uma Parte Geral e outra Especial. Na primeira, são apresentadas as pessoas, as coisas, os atos jurídicos e a disposição sobre prescrição e exercício dos direitos. Na segunda, estão o direito das obrigações, das coisas, de família e sucessões.

O método usado no Brasil

O método científico-racional foi o usado pelo legislador brasileiro, o qual, segundo o Professor Washington de Barros Monteiro, com mais técnica que a verificada no Código Alemão, ao dar à Parte Geral outra disposição (pessoas, bens e fatos jurídicos), e invertendo a ordem das matérias na Parte Especial (família, coisas, obrigações e sucessões), pois, sendo a família o motivo maior da sociedade, é ali que se encontram os mais importantes institutos jurídicos e morais.

Críticas têm sido dirigidas à compreensão da Parte Geral, dizendo-se encerrar princípios meramente acadêmicos, elementos heterogêneos ou abstrações inúteis, que poderiam ser dispensados sem prejuízo para o Código, sustentando-se, inclusive, que as futuras codificações de Direito Privado não mais precisarão da Parte Geral.

Washington de Barros Monteiro sustenta que "a subsistência da Parte Geral é um fato e apresenta incontestável utilidade. Nela são dispostos todos os princípios e regras de aplicação comuns a qualquer relação jurídica."

Essa assertiva é oportuna, porque é justamente na Parte Geral que se enfeixam regras essenciais sobre pessoas, bens como objeto de direito e sobre fatos jurídicos, como causas geradoras, ou extintoras de direitos.

7. Divisão do Código Civil Brasileiro

Conforme já foi dito, nosso Código foi elaborado pelo método científico-racional, consagrado pelos países mais desenvolvidos:

Alguns estudiosos tem observado algumas omissões, bem como contemplação de institutos em decadência, sustentando, porém, que na época de sua elaboração não se afiguravam como hoje os institutos apreciados.

Prova-se, no entanto, que a solidez da obra de Bevilacqua tem resistido ao tempo e, por mais que se a adapte, não há por que mudá-la em sua substância.

8. Esquema da evolução do Direito (quadro demonstrativo)

O Código Civil Brasileiro é uma peça rigorosamente científica, devendo apenas ser atualizada, adaptada e/ou acrescida aquelas partes que o desenvolvimento sócio-político vem premindo¹⁹, valorizando ou extinguindo, na razão direta da necessidade atual²⁰, porque é, sem dúvida alguma, o nosso Código, um "monumento impecável", uma riqueza de que se orgulha a Lei Civil Brasileira.

¹⁹ O projeto do futuro Código está redigido com 2.099 artigos que, se aprovado, substitui o Código em vigor, bem como a Primeira Parte do Código Comercial de 1850, e a Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, que contém 1.807 disposições, tendo sido enviada ao Congresso em 1975, pelo então Presidente da República Ernesto Geisel. O referido projeto divide o Código em sete livros: Parte Geral, Direito das Obrigações, Atividade Negocial ou Empresarial, Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões e Livro Complementar, este abrangendo as disposições transitórias necessárias à passagem de uma parte para outra codificação. O projeto fora elaborado pelos juristas Miguel Reale (Supervisor), João Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. Sua vigência, se aprovada, está prevista para um ano após sua publicação.

²⁰ Sendo o direito uma ciência mutável e tendo sido o Código elaborado numa época em que prevalecia o individualismo e a formação agropecuária no país, é providencial a sua atualização, vez que hoje predomina o interesse social.

Bibliografia

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano – *Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*, São Paulo, 1957.

FERGUSON, John – *Fundamentos da Civilização Ocidental*, Zahar Editores, 1964.

NOGUEIRA, Adalicio Coelho – *Introdução ao Direito Romano*, Rio de Janeiro, 1966.

PEIXOTO, José Carlos de Matos – *Curso de Direito Romano*, Rio de Janeiro, 1950.

O direito eleitoral português

JORGE MIRANDA

1. Vai fazer, dentro de pouco mais de um mês, vinte anos que se realizaram as eleições para a Assembleia Constituinte. E vai fazer, dentro de poucos dias, vinte anos que começou a campanha para estas eleições.

Viriam a ser, apesar de alguns incidentes de percurso, as primeiras eleições com garantia de liberdade em Portugal após cinquenta anos. Viriam a ser as primeiras eleições com sufrágio universal da nossa história.

Viriam a ser eleições participadas a 91%, em que votariam cerca de 7 milhões de eleitores (quando, em 1973, só estavam recenseados 1.800.000 eleitores). Nunca esquecerei a comoção que me assaltou quando, muito antes da abertura das assembleias de voto, às 8 horas, vi nas ruas grandes filas de pessoas, preparando-se para ir votar – o que nunca tinham feito nas suas vidas!

E os eleitores optaram, mais de 80%, conscientemente, pelas candidaturas e pelos partidos identificados com a democracia de tipo ocidental e com o Estado de Direito. O chamado voto em branco, para o qual alguns sectores militares apelaram, não teve expressão significativa e os partidos leninistas revelaram-se claramente minoritários.

Esse dia – 25 de Abril de 1975 – deve considerar-se o momento fundador da democracia portuguesa. É não menos importante que o 25 de Abril de 1974: pois, se a Revolução convocou ela própria a Assembleia Constituinte e logo restaurou as liberdades públicas, o denso e turbulento processo político que se seguiu chegou a ameaçá-la e, apenas depois das eleições, foi possível resistir a todos os desvios e perversões.

Jorge Miranda é Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Só as eleições deram pleno sentido ao 25 de Abril. Somente as eleições o tornaram irreversível. Momento fundador, portanto, distinto da situação provisória emergente do acto revolucionário. Momento fundador de uma nova legitimidade – da legitimidade assente na ideia de que todo o poder político vem do povo através do voto e deve ser exercido no respeito da lei. Momento fundador de uma nova ordem política – a que se radicaria na Constituição de 2 de Abril de 1976.

Pode perguntar-se por que só agora, tão tardiamente em confronto com os outros países europeus? Para responder, importa lembrar a história jurídico-constitucional portuguesa desde 1820, a qual se reflecte directamente na evolução do Direito eleitoral.

2. Como se sabe, são três os períodos históricos do nosso Direito constitucional: o período do constitucionalismo liberal, de 1820 a 1926; o período do constitucionalismo autoritário, de 1926 a 1974; e o período actual, do constitucionalismo democrático. São quatro as Constituições liberais – de 1822, 1826, 1838 e 1911; uma, a de 1933, Constituição do período autoritário; e uma também, a de 1976, Constituição do período democrático. E oferecem-se completamente diversas, irreduzíveis e mesmo antagonicas as instituições e a prática do Direito eleitoral em cada uma dessas fases.

a) Assim, quanto à fase liberal, caracterizam-na o sufrágio restrito, o predomínio (com variações e oscilações) dos sistemas maioritário e de representação de minorias na eleição do Parlamento e a introdução também da regra da eleição para os órgãos dos municípios.

Por sinal, a Constituição de 1822, a primeira das nossas Constituições, foi a que mais aberta se mostrou na atribuição do sufrágio. As Cortes, unicamerais, eram eleitas directamente. E, decerto, num intuito educativo, estabelecia-se que, para futuro, não teriam direito de voto os que, chegando à idade de 25 anos completos, não soubessem ler e escrever, se tivessem menos de 17 anos quando se publicasse a Constituição (art. 33.º).

Na Carta, a Câmara dos Deputados (que coexistia com a Câmara dos Pares) era eleita por sufrágio indirecto e mais restrito do que na Constituição de 1822: não tinham direito de voto os que não tivessem de renda líquida anual 100.000 réis. Apenas o Acto Adicional de 1852 voltaria ao sufrágio directo e alargaria um pouco mais o

sufrágio.

Na Constituição de 1838 as duas Câmaras eram electivas. Para a Câmara dos Deputados o censo baixava para 80.000 réis, mas para capacidade passiva elevou-se a 400.000 réis. E nítido era o carácter classista da Câmara dos Senadores, ao prever como duas primeiras categorias de elegíveis os proprietários que tivessem de renda anual dois contos de réis e os comerciantes e fabricantes cujos lucros anuais fossem avaliados em quatro contos de réis (art. 77.º).

Quanto à Constituição de 1911, ela nada prescrevia sobre a capacidade eleitoral e a lei ordinária consagraria – em 1913 – expressamente a exclusão do voto feminino. Por seu turno, o Presidente da República era eleito pelo Parlamento.

Sidónio Pais, no seu efémero governo, alteraria a Constituição por um decreto ditatorial, o Decreto n.º 3.997, que instituiria, por um lado, o sufrágio de todos os cidadãos de sexo masculino maiores de 21 anos e, por outro lado, uma forma de representação territorial e proporcional no Senado.

De todo o modo, o próprio principio de uma legitimidade política assente nas eleições não pôde implantar-se em toda essa época – de mais de 100 anos – por causas ligadas às debilidades socioculturais e políticas do país. A falta de partidos estruturados, o caciquismo e outros vícios, bem descritos na literatura (*A Morgadinha dos Canaviais, O Conde de Abranhos, Uma eleição perdida*, etc.).

b) Se o constitucionalismo liberal não pôde, o constitucionalismo autoritário não quis adoptar o principio da legitimidade democrática.

A Constituição de 1933 previu a eleição tanto do Presidente da República como da Assembleia Nacional por sufrágio directo e que nunca deixou de ser restrito, de natureza censitária e capacitária. Em 1931 as mulheres obtiveram, pela primeira vez, embora muito limitada e discriminatoriamente, direito de voto. Em 1959, o Presidente passou a ser eleito por um colégio formado pelos Deputados, pelos Procuradores à Câmara Corporativa e por representantes dos municípios e dos territórios ultramarinos.

Na eleição da Assembleia Nacional adoptou-se, primeiro, a representação maioritária em círculo único (só sendo eleitos os candidatos da lista vencedora e que tivessem obtido, pelo menos, 1/10 dos votos atribuídos a essa lista); e mais tarde, desde 1945, a representação maio-

ritária em círculos distritais com sufrágio plurinomial. Daí a Câmara monoclar que sempre se formou. Aliás, os partidos estavam proscritos e só em 1969 se consentiram “comissões eleitorais”.

A originalidade do regime era a tentativa de um sufrágio corporativo, aplicado por via piramidal (não sem, paradoxalmente, lembrar o modelo dos soviets ou do “poder popular”). Desde os chefes de família e as juntas de freguesia aos conselhos e às câmaras municipais, aos conselhos de província (e, depois, de distrito) e à Câmara Corporativa. Porém, esta nunca substituiu a Assembleia Nacional de sufrágio dito “inorgânico”.

Na prática, nenhuma eleição era em sentido material. Não se tratava de escolher os governantes, mas de realizar outros fins (para o regime, preparação de quadros, propaganda, conhecimento dos adversários, aparência democrática para o estrangeiro; e para a Oposição, oportunidade de presença, possibilidade de se fazer ouvir sem as restrições do resto do tempo, lançamento de certas ideias-força). O próprio Salazar escreveu que as eleições se destinavam ao “reconhecimento solene das benemerências do regime e à afirmação da confiança do País na realidade sempre fecunda dos princípios da Revolução Nacional”. Se a oposição ganhasse, seria um “golpe de Estado constitucional”.

c) O nosso actual Direito eleitoral democrático remonta à legislação para a eleição da Assembleia Constituinte publicada ainda em 1974.

É nessa altura que, finalmente, se alcança – com atraso de décadas sobre os demais países europeus – o sufrágio universal de ambos os sexos, a partir dos 18 anos, independentemente de se saber ler e escrever, e extensivo, em certas condições, aos residentes no estrangeiro. E outros aspectos merecem, outrossim, todo o relevo: os cuidados postos no recenseamento, a regulamentação das campanhas eleitorais, o papel primordial dos partidos e a adopção do sistema de representação proporcional com o método de HONDT.

Graças ao significado histórico das eleições de 25 de Abril de 1975 (nunca é demais insistir), assim como aos progressos da cultura cívica dos portugueses, ao rigor das normas jurídicas e à interferência de instituições como a Comissão Nacional de Eleições e o Secretariado Técnico para os Assuntos do Processo Eleitoral (STAPE) – por essas normas então criadas –

um “mau passado” de fraudes e de descrédito dos actos eleitorais foi vencido e não mais se admitiu outro modo de escolha do rumo colectivo que não fosse o voto. Esta convicção está hoje bem arreigada, só ela tem permitido a alteração, quer a nível nacional, quer a nível local, só ela permitiu as revisões constitucionais através das quais se reconformou, em parte, a Constituição.

3. De um prisma formal, recortam-se identicamente três fases no desenvolvimento do Direito eleitoral português, se bem que não sobrepostas, salvo a última, com as acabadas de indicar. Há uma primeira fase que se reporta às três Constituições monárquicas; uma segunda fase abrange quer a Constituição de 1911, quer a Constituição de 1933; e uma terceira que começa em 1976.

Aquilo que marca a fase das Constituições monárquicas é o relevo directo e imediato que as eleições adquirem no corpo das normas formalmente constitucionais. A matéria das eleições entra a ser objecto de normas constitucionais formais. Mesmo sem serem exaustivas (nem podiam ser) as Constituições ocupam-se, em numerosos preceitos e com minúcia, das matérias eleitorais (Constituição de 1822, arts. 32.º a 74.º; Carta, arts. 63.º a 70.º; Constituição de 1838, arts. 71.º a 79.º).

No que diz respeito à Constituição de 1822, é bastante significativo que ela trate das eleições antes do Parlamento (ao contrário do que farão as Constituições de 1826 e 1838). E isso vem na lógica do princípio representativo: o Direito eleitoral precede e conforma o Direito parlamentar.

A segunda fase abrange as Constituições de 1911 e de 1933. Aqui, chega-se a uma situação inversa. As Constituições, praticamente, não se ocupam da matéria eleitoral e devolvem-na para lei ordinária; apenas contém algumas normas reguladoras da eleição do Presidente da República.

Por último, a meio caminho entre as Constituições monárquicas e as duas primeiras Constituições republicanas situa-se, quanto ao modo de tratamento do Direito eleitoral, a Constituição de 1976. Porém, mais do que isso, avultam, em primeiro lugar, a inserção do direito de sufrágio no contexto dos direitos, liberdades e garantias e, em segundo lugar, a formulação de um conjunto de princípios gerais de Direito eleitoral objectivo (no art. 116.º) aplicáveis imedia-

tamente às eleições para os órgãos de soberania, para os órgãos das regiões autónomas e para os órgãos do poder local.

Nas Constituições do século XIX há um tratamento quase regulamentário (chegando a de 1822 a dispor em pormenor sobre o processo de votação nas assembleias eleitorais). Nas Constituições de 1911 e de 1933 – não obstante os seus diversos princípios – ocorre uma obnubilção. Na de 1976 procura-se um sistema unitário e homogéneo tanto do Direito eleitoral substantivo quanto do Direito eleitoral adjectivo.

Só é pena não se ter até agora (não obstante já há vários anos estar pronto um texto) vertido em Código toda a dispersa legislação ordinária de desenvolvimento e execução dos princípios e preceitos constitucionais. Ganhar-se-ia, por certo, em rigor, em certeza e em visibilidade num Direito que não é tanto para os juristas quanto para os cidadãos comuns – os cidadãos eleitores.

4. Importa agora apresentar os aspectos essenciais desse Direito eleitoral formalmente constitucional.

a) Para a Constituição, se a soberania reside no povo (art. 3.º, n.º 1), a forma primeira do seu exercício é o sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico (art. 10.º, aditado na revisão constitucional de 1982). Este princípio, concretizado mais de uma vez (arts. 116.º, n.º 1, 124.º, n.º 1, 233.º, n.º 1, e 241.º), vem a ser um limite material da revisão constitucional, juntamente (embora noutro nível) com o princípio da representação proporcional [art. 288.º, alínea h].

Sufrágio universal e igual significa que o sufrágio é um direito de todos os cidadãos maiores de 18 anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral (art. 49.º, n.º 1), não podendo estas ser senão as decorrentes do Estado de Direito democrático. O mesmo princípio vale para a capacidade eleitoral passiva (art. 50.º, n.º 1).

O exercício do sufrágio é pessoal (art. 49.º, n.º 2) – o que exclui qualquer tipo de representação ou procuração, conquanto não, dentro de limites razoáveis, o voto por correspondência, salvo na eleição do Presidente da República (art. 124.º, n.º 2). E o seu exercício constitui um dever cívico – o que não implica, nem tão-pouco impede, o chamado voto obrigatório ou obrigação sancionada de votar, a esse dever acrescem o de recenseamento e o de colaboração com a administração eleitoral, nas formas previstas na lei (art. 116.º, n.º 2 e 4).

Por sua vez, a periodicidade liga-se ao princípio da renovação ou da não-vitaliciedade dos cargos políticos (art. 121.º) e determina a repetibilidade dos actos electivos ao longo dos tempos.

b) Regras gerais sobre as eleições políticas, em termos institucionais, são as que estipulam:

– O carácter oficioso, permanente e único para todas as eleições por sufrágio directo e universal do recenseamento eleitoral (art. 116.º, n.º 2).

– A marcação do dia das eleições do Presidente da República, dos Deputados à Assembleia da República, dos Deputados portugueses ao Parlamento Europeu e dos Deputados às assembleias legislativas regionais (mas não dos titulares dos órgãos do poder local) pelo Presidente da República, de harmonia com a lei eleitoral [art. 136.º, alínea b].

– A liberdade de propaganda [art. 116.º, n.º 3, alínea a].

– A igualdade de oportunidade e de tratamento de diversas candidaturas [art. 116.º, n.º 3, alínea b], com direito a tempos de antena regulares e equitativos na rádio e na televisão (art. 400.º, n.º 3).

– A imparcialidade das entidades públicas perante as candidaturas [art. 116.º, n.º 3, alínea c].

– A fiscalização das contas eleitorais [art. 116.º, n.º 3, alínea d].

– A representação proporcional nas eleições para órgãos colegiais ou, porventura, numa interpretação mais restrita, nas eleições para assembleias (arts. 116.º, n.º 5, 155.º, 233.º, n.º 2, e 241.º).

– A necessidade de, no acto de dissolução de órgãos colegiais baseados no sufrágio directo, ser marcada a data das novas eleições, a realizar nos 90 dias seguintes e pela lei vigente ao tempo da dissolução, sob pena de inexistência jurídica daquele acto (art. 116.º, n.º 6).

– A competência dos tribunais para o julgamento da validade e da regularidade dos actos eleitorais (art. 116.º, n.º 7).

c) Formuladas a propósito da eleição dos Deputados à Assembleia da República, devem ainda ter-se por extensivas às eleições das demais assembleias políticas e das câmaras municipais as seguintes regras:

– No caso de a Constituição ou a lei prever círculos eleitorais, o número de titulares a eleger por cada círculo é proporcional ao número de cidadãos eleitores nele inscritos (art. 152.º, n.º 2).

- Os titulares dos órgãos colegiais representam toda a colectividade – todo o País, toda a região autónoma, toda a autarquia – e não os círculos por que são eleitos, quando por eles seriam eleitos (art. 152.º, n.º 3).

- Ninguém pode ser candidato por mais de um círculo eleitoral ou figurar em mais de uma lista (art. 154.º, n.º 2).

- O preenchimento das vagas que ocorrem, bem como a substituição temporária dos titulares por motivo relevante, são regulados pela lei eleitoral (art. 156.º).

5. O Direito eleitoral adjectivo repousa na intervenção dos tribunais. Ao contrário do que sucede noutros países, o contencioso respeitante a todos os procedimentos eleitorais está-lhe confiado – em coerência, aliás, com os princípios do Estado de Direito.

Trata-se de um contencioso de tipo administrativo, mas atribuído aos tribunais judiciais e ao Tribunal Constitucional, e não aos tribunais administrativos, dada a natureza especificamente *constitucional* da administração eleitoral (e daí a necessidade de uma interpretação adequada do art. 214.º, n.º 3 da Constituição). De resto, embora o art. 116.º, n.º 7 não fale especificamente em tribunais judiciais, a competência destes aparece consonante com o princípio geral da sua competência no domínio dos direitos, liberdades e garantias – pois que está em causa (mesmo nas eleições para os órgãos das autarquias locais) um direito, liberdade e garantia, o direito de sufrágio.

São regras tradicionais do nosso contencioso eleitoral duas: que as irregularidades ocorridas no decurso da votação e do apuramento apenas podem ser apreciadas em recurso, desde que hajam sido objecto de reclamação ou protesto apresentado no acto em que se tenham verificado (assim, por toda a legislação actual, o art. 117.º da Lei n.º 14/79, de 16 de Maio); e que a votação em qualquer assembleia de voto (ou em qualquer círculo eleitoral) só é julgada nula, implicando a sua repetição, quando as irregularidades possam influir no resultado geral da eleição (art. 119.º da mesma Lei n.º 14/79).

A jurisprudência do Tribunal Constitucional formulou também o princípio da *aquisição sucessiva*. Todos os actos dos procedimentos eleitorais são impugnáveis e não é possível passar de uma fase a outra sem que aquela esteja definitivamente consolidada. Porém, não sendo os actos correspondentes a uma dada

fase objecto de reclamação ou recurso no prazo legal ou, tendo-o sido, não sendo declarada a invalidade ou a irregularidade, já não mais poderão ser contestados no futuro.

À face do art. 225.º, n.º 2, alínea c, o Tribunal Constitucional dir-se-ia funcionar apenas como tribunal eleitoral de última instância. Mas a Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, dilatou a sua competência em matérias eleitorais, fazendo-o intervir também sem ser como tribunal de recurso (dilatou-a talvez demasiado, com sobrecarga de trabalho em certos períodos em detrimento, na prática, da sua competência por natureza que é a de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas).

6. A par dos tribunais existe desde 1974 (salvo durante um pequeno lapso de tempo) a Comissão Nacional de Eleições.

Não contemplada na Constituição, ela insere-se *de pleno* no âmbito da administração eleitoral a que alude o art. 116.º, n.º 4. Segundo a Lei n.º 71/78, de 27 de Dezembro (que continua a regulá-la), cabe-lhe, essencialmente, assegurar a igualdade de tratamento tanto das candidaturas como dos cidadãos e todos os actos de recenseamento e operações eleitorais. E, quer as sucessivas leis eleitorais, quer as leis sobre referendos locais e nacional ter-lhe conferido novos poderes, como a distribuição do número de Deputados a eleger por cada círculo eleitoral do território nacional em razão do número de eleitores por ele inscritos (art. 13.º da Lei n.º 14/79) ou a verificação das declarações dos partidos quanto à tomada de posição sobre questões submetidas ao eleitorado (art. 32.º da Lei n.º 45/91, de 3 de Agosto).

Nem por isso o nosso sistema se converte num sistema misto. Pode falar-se, sim, um sistema complexo, com um duplo controle dos procedimentos eleitorais – jurisdicional e administrativo. A separação afigura-se clara e, se não é completa, é apenas porque os tribunais ainda possuem certas competências materialmente administrativas (as atinentes à apresentação das candidaturas) – ao passo que a Comissão Nacional de Eleições deixou de exercer, em 1982, o poder de suspensão do direito de antena dos partidos, por se reconhecer que ela era de natureza jurisdicional. Aliás, das decisões da Comissão Nacional de Eleições há recurso – ainda em *contencioso administrativo constitucional* – para o Tribunal Constitucional [art. 9.º, alínea f da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro].

Assim como os princípios da descentraliza-

ção e da participação (arts. 6.º, n.º 2, e 267.º, n.º 1 e 2 da Constituição) explicam várias administrações especiais ou sectoriais (arts. 63.º, 64.º, 76.º e 267.º, n.º 3), assim como o princípio da separação dos órgãos de soberania (art. 114.º, n.º 1) justifica a administração específica da Assembleia da República (art. 184.º), assim como o do Estado regional justifica o Poder Executivo próprio das regiões autónomas [art. 229.º, n.º 1, alínea g] – assim o princípio democrático representativo fundamenta a administração eleitoral e o carácter de órgão independente da Comissão Nacional de Eleições. Nem faria sentido que a administração ligada ao exercício do sufrágio pelos cidadãos, através do qual se manifesta a soberania popular (arts. 3.º, n.º 1, 10.º, 111.º, 117.º, n.º 1), quedasse, de qualquer modo, dependente de um órgão derivado desse mesmo sufrágio, o Governo.

Tal como a Alta Autoridade para a Comunicação Social, o Conselho Superior de Magistratura ou a Procuradoria-Geral da República, a Comissão não pertence, pois, a qualquer das estruturas da administração – directa, indirecta ou autónoma – subordinadas (ainda que por vias e graus diferentes, ao Governo), nem depende (ou qualquer dos seus membros, no exercício das suas funções) de ordens ou instruções dele ou de outra qualquer entidade. E essa qualidade de órgão independente vem ainda reforçada pela composição tripartida (com juiz-conselheiro-presidente, designado pelo Conselho Superior da Magistratura, cinco cidadãos designados pelo Parlamento e técnicos designados pelos departamentos ministeriais; e pela fixação de um mandato dos vogais em correspondência com a duração da legislatura.

7. Para terminar, ainda uma nota.

O Direito eleitoral político constante da Constituição e da lei serve de direito subsidiário da regulamentação de quaisquer outras eleições, públicas ou privadas, que decorram no âmbito da ordem jurídica portuguesa. E há alguns princípios constitucionais tão essenciais que se lhes aplicam directamente.

São tais princípios, pelo menos: o do sufrágio universal e igual relativamente aos membros da categoria ou comunidade a que se reporte a eleição; o do sufrágio secreto (como, de resto, a Constituição explicita para as eleições em grupos que regula, as das comissões de trabalhadores, das associações sindicais e das comissões de moradores); o princípio de sufrágio periódico; o da liberdade e da igualdade de propaganda; o da jurisdicionalidade da apreciação (ou da última apreciação) dos recursos eleitorais, e, talvez, o da representação proporcional para efeito de eleições de assembleias.

É também por isto – e por razões que se prendem com a coerência do regime democrático, tendo como sujeitos primaciais (embora não-exclusivos) os partidos políticos – que venho defendendo a extensão do Direito eleitoral ao Direito dos partidos ou, doutra perspectiva, a necessidade de a lei dos partidos abranger regras precisas (mas de flexível concretização) sobre as eleições partidárias. Pois se destas eleições decorre, em larguíssima medida, o sentido das eleições gerais – tanto no momento das candidaturas como nos momentos subsequentes da acção dos eleitos – a lei do Estado democrático não as pode ignorar.

Licitação: pontos polêmicos

TOSHIO MUKAI

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Os pontos polêmicos.*

1. *Introdução*

A Lei n.º 8.666/93 – a denominada Nova Lei de Licitações –, com as alterações que lhe foram introduzidas, a par de conter inúmeros avanços, em especial, no sentido da moralização das licitações, contém vícios de inconstitucionalidade, regras distorcidas e conflitantes, e, ainda, normas obscuras, que tem levado os estudiosos do assunto a ter visões distintas e controvertidas sobre vários dos comandos inseridos nessa legislação.

O objeto da presente exposição, que nos foi determinado pelos organizadores deste excelente, oportuno, democrático Seminário, a quem parabeno efusivamente nesta oportunidade, por sua realização, é não só apontar e comentar os pontos polêmicos da referida legislação, como também indicar as distorções, os pontos conflitantes e as deficiências legislativas que, certamente, são encontradas na Lei n.º 8.666/93.

Por oportuno, apenas para mantermos uma metodologia razoável de indicação e análise desses pontos, esclarecemos que iremos seguir a própria ordem dos artigos e demais dispositivos da Lei.

Outro detalhe que queremos esclarecer: não teceremos críticas a autores ou articulistas, pois todos, indistintamente, merecem de nós o maior respeito científico por seus posicionamentos.

2. *Os pontos polêmicos*

Assim, vejamos tais pontos:

1) *Art. 1.º e parágrafo único* – A polêmica aqui é quanto à inconstitucionalidade da Lei, no ponto em que diz que ela estabelece normas

Toshio Mukai é Doutor em Direito – USP.

Aula magna, ministrada no 1.º Seminário Nacional de Direito Administrativo – Recife – 27.11.94 a 2.12.94 – Editora NDJ.

gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 1.º – *caput*) e logo declara que todas as entidades da Administração Pública, direta ou indireta, devem se subordinar ao regime (integral) da Lei (parágrafo único). Ou seja, a Lei diz simplesmente que *todas* as suas disposições são normas gerais.

Há quem tenha defendido esse comportamento do legislador.

Para nós, e temos evidenciado isso em todos os lugares em que falamos dessa Lei, essa estratégia do legislador levou ao seguinte resultado: uma lei ordinária federal a pretender legislar sobre licitações e contratos (em todos os aspectos, específicos e procedimentais) para Estados, Municípios, Distrito Federal e empresas, autarquias e fundações de qualquer nível de governo; para isso, declarou que todas as suas normas são gerais. Ora, se observarmos que a Lei n.º 8.666/93 veio substituir um Estatuto Jurídico de Licitações e Contratos, que regia, portanto, todos os aspectos das licitações e contratações, é evidente que ela também tem esse caráter, portanto, na realidade, se constitui de normas gerais, específicas e procedimentais.

No caso, as enquadrando todas como sendo gerais, a pretexto de se fundar na competência exclusiva da União para baixar normas gerais sobre licitações e contratações (art. 22, inc. XXVII da CF). Ora, aí, exatamente porque o constituinte falou apenas em normas gerais, é porque ele deixou de fora as normas específicas e procedimentais. O legislador, ao trazer estas últimas para o campo das normas gerais, à evidência, infringiu a Constituição.

Além disso, quando declarou, na ementa, que a Lei n.º 8.666/93 regulamenta o art. 37, inc. XXI, da CF, declarou-se agindo inconstitucionalmente, posto que, à evidência, quando o constituinte ali falou “... nos termos da lei”, não poderia estar dando ao legislador ordinário da União competência para regulamentar matéria puramente administrativa (que é o caso das licitações e contratos) através de lei nacional.

Não. Sendo o Brasil uma Federação, com Estados e Municípios autônomos política, legislativa e administrativamente (art. 1.º – *caput* e art. 18, da CF), a lei ali mencionada só pode ser federal para as licitações e contratações federais, estadual para as dos Estados e municipal para as dos Municípios. Além disso, o *caput* do art. 37 fala que os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios obedecerão aos incisos que indica.

2) Art. 5.º – Controvérsia quanto ao significado da expressão “fonte diferenciada de recursos”.

Ao início da vigência da Lei n.º 8.666/93 entendíamos que essa expressão apontava para as diversas dotações orçamentárias indicadas nos próprios contratos, por onde correriam as despesas (obras e serviços públicos, serviços de terceiros, fornecimentos); contudo, outros lhe deram diferentes significados: por exemplo, fontes de recursos para a merenda escolar, relativos aos SUDS, etc. Hoje entendemos que este último entendimento é o correto.

3) Art. 7.º, § 3.º – Controvérsia sobre a expressão “explorados sob o regime de concessão”. Alguns têm entendido que sob essa expressão cabem as concessões de serviços públicos. Entendemos que a ressalva só se justifica para as concessões de obras públicas, porque é da natureza delas que os recursos para a implantação da obra pública sejam do concessionário.

4) Art. 7.º, § 4.º – Veda o contrato “guarda-chuva” (aquele em que os serviços e fornecimentos são fixados por estimativa).

Entendem alguns que a norma veda a estimativa em contratos de fornecimento ou de serviços. Entendemos nós que o § 4.º do art. 7.º somente trata de contrato de execução de obra pública, pois somente aqui há fornecimento de *materiais e serviços concomitantemente*.

5) Art. 12 – Consideração do requisito “impacto ambiental” para a elaboração do projeto básico.

A norma labora em erro, mas não chega a ser inconstitucional.

É que o § 1.º, inc. IV, do art. 225 da CF exige, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de *significativa degradação do meio ambiente* estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Portanto, não é qualquer obra que está a exigir estudo prévio de impacto ambiental.

A controvérsia: poderia a lei ordinária, no caso, exigir mais do que a Constituição exigiu? Temos para nós que sim.

6) Art. 15 – inc. IV – As compras, sempre que possível, deverão “ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade”.

A norma parece indicar que o legislador está a induzir a "picotagem" das compras, fazendo com que sejam sempre utilizados os convites.

Será isto que a Lei pretende?

Se formos ao art. 23, em especial, aos seus §§ 1.º e 2.º, teremos, infelizmente, a resposta positiva, pois o primeiro dispositivo repete, com redação mais detalhada, o inc. IV referido, e o segundo dispõe que, no caso do § 1.º, "a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação".

Verifica-se que a retirada da expressão "do total do" antes do vocábulo objeto, constante da redação original (art. 8.º), promovida pela Lei n.º 8.883/94, deu à regra aquele sentido.

7) Art. 15, § 7.º, I – Vedação da indicação de marca.

Tem-se, algumas vezes, admitido a indicação de marca, nesses casos, com argumentos frágeis.

O certo é que, talvez dificultando a aquisição de certas mercadorias como remédios, por exemplo, a norma existe e não pode ser violada.

Observe-se que aqui a norma veda expressamente a "indicação de marca", enquanto que, no inc. I do art. 25 (que fundamenta a padronização), veda-se a "preferência de marca", o que significa que não se pode escolher a marca pela marca.

8) Arts. 17 e 18 – Alienação de bens. Inconstitucionalidade.

A despeito de vozes tímidas que ao início pretenderam (pasmem!) defender a constitucionalidade dessas disposições (que pretenderam legislar a respeito dos bens públicos, de maneira uniforme para todas as entidades políticas), já o STF, em cautelar (decisão provisória), declarou inconstitucionais tais normas em relação aos Municípios.

E com inteira razão, posto que, num sistema federativo como o nosso, é inconcebível que uma lei ordinária federal vá dizer ao Município de que modo ele vai administrar os seus bens (públicos) e, em especial, em que condições ele pode aliená-los.

9) Art. 21 – inc. II – Trata da publicação de avisos das concorrências e tomadas de preços dos Municípios no *Diário Oficial* do Estado.

Temos registrado que nenhuma voz (salvo engano nosso), na doutrina, se levantou con-

tra tal aberração jurídica, ou seja, o fato de uma lei ordinária federal vir mandar que os Municípios publiquem seus avisos de licitações, não nos seus Diários Oficiais ou em jornais locais que lhes façam as vezes, mas sim no *Diário Oficial* do Estado.

É mais uma flagrante inconstitucionalidade da Lei, como tantas outras que se contém nela.

10) Art. 21, § 3.º – Contagem dos prazos de apresentação dos envelopes a partir da última publicação do edital resumido.

A Lei n.º 8.666/93 exigia, na sua redação original, três publicações. As MPs reduziram para uma publicação e a Lei n.º 8.883/94 alterou a redação do dispositivo para dizer que não era da primeira publicação que se contava o prazo, mas sim da última; esqueceu-se o legislador que só há uma publicação.

11) Art. 22 – §§ 2.º e 9.º – Conceito de Tomada de Preços.

O § 2.º do art. 22 da Lei, desde a redação original, conceituava a Tomada de Preços como a modalidade de licitação "realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação".

Ocorre que a Lei n.º 8.883/94 incluiu o § 9.º ao art. 22, expressando que "na hipótese do § 2.º deste artigo, a Administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital".

Portanto, a segunda parte do § 2.º (do conceito de tomada de preços), embora tenha o legislador se esquecido de subtraí-la do texto, está revogada por esse § 9.º, posto que, segundo a LICC (§ 1.º do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4.9.42), está revogada disposição de lei anterior por disposição de lei nova: "... quando expressamente a declare, quando suas disposições são incompatíveis, ou ...".

No caso, à evidência, o disposto no § 9.º é inteiramente incompatível com o que se contém no § 2.º do art. 22, segunda parte. Portanto, esta disposição está revogada.

12) Art. 23, §§ 1.º e 2.º – Impõem a divisão em tantas parcelas quantas necessárias se comprovem técnica e economicamente viáveis, das obras, serviços e compras (§ 1.º), bem como que a cada etapa ou conjunto de etapas deles,

corresponda licitação distinta, preservada a modalidade cabível para cada etapa ou conjunto de etapas (§ 2.º).

O § 1.º, com o acréscimo das "compras", foi transportado do § 1.º, art. 8.º da Lei n.º 8.666/93 (redação original), pela Lei n.º 8.883/94.

O § 1.º do art. 8.º dizia que as obras, serviços e fornecimentos seriam divididos em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, *a critério e por conveniência da Administração* ...

O § 1.º do art. 23 (pela redação da Lei n.º 8.883/94) excluiu do texto esta parte final, com o que a estatuição tornou-se imperativa (As obras, serviços e compras ... *serão divididas* ...).

Assim, toda vez que estivermos perante objetos licitatórios cindíveis por natureza devemos, de regra, proceder a licitações distintas, não podendo (salvo se, comprovadamente, isto não for viável técnica e economicamente) efetuar mais, como antigamente a uma só licitação com julgamento cindido ou por itens.

13) *Art. 24, inc. VIII da Lei n.º 8.666/93 – Operações entre órgãos e entidades públicas.*

A redação original do inciso VIII do art. 24 era: "quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, exceto se houver empresas privadas ou de economia mista (*sic*) que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que ficarão sujeitos à licitação".

A redação dada pela Lei n.º 8.883/94 foi totalmente diferente: "VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado".

Com essa redação amplíssima (as contratações podem agora ser tanto na horizontal, ou seja, no âmbito do mesmo Governo, como na vertical, ou seja, entre órgãos e/ou entidades da União, Estados e Municípios; e a exceção quanto à possibilidade do oferecimento do bem ou do serviço pela iniciativa privada foi excluída do texto) a norma ofenderá, em muitos casos concretos, o princípio da licitação.

É que a exceção referida é em respeito ao princípio da livre iniciativa, inserto no texto constitucional, e não poderá ser afastada sem

mais pela norma infraconstitucional.

Portanto, se em determinado caso o objeto da contratação estiver ao alcance da iniciativa privada (como ocorreu no caso do R.E. n.º 87.347, 1.ª T. – 4.3.1980, Rel. o Ministro Xavier de Albuquerque: "Não cabe dispensa de licitação, em favor da Petrobrás, para instalar postos de gasolina e de socorro mecânico em estrada estadual" – *Vox-legis*, v. 137, pp. 20 e s. – maio de 1980), sem dúvida que caberá a licitação, não obstante a redação atual do inc. VIII do art. 24 omita aquela exceção.

14) *Art. 25, "caput" – Inviabilidade de competição. Comparecimento de apenas um interessado.*

Não obstante haja entendimentos no sentido de que, em comparecendo apenas um interessado na licitação e em atendendo ele a todas as condições do instrumento convocatório, é lícita a sua contratação, temos entendido que não há fundamento legal para tal.

Aliás, pela ausência da competitividade, princípio fundamental da licitação, inscrito no inc. I do § 1.º do art. 3.º da Lei n.º 8.666/93, tal não será possível.

Mas, por outro lado, se, aberto um certame, em que se deu ampla divulgação, compareceu apenas um interessado, pelo menos nesse caso específico, ficou exatamente comprovada a inviabilidade de competição, daí por que caberá a contratação com base no art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/93. Para tal, formar-se-á, com os elementos extraídos do processo do certame licitatório, um processo específico de inexigibilidade de licitação, com a observância das formalidades do art. 26 da Lei, e contratar-se-á diretamente a única empresa que compareceu ao certame.

15) *Art. 30 – Qualificação técnica: comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação.*

Sabe-se que a Lei n.º 8.666/93 veio, quanto às exigências técnicas, dizer que a comprovação de aptidão referida no inc. II do art. 30, no caso de obras e serviços, seria feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, *limitadas as exigências a:*

a) quanto à capacitação técnico-profissional –

.....

b) vetado.

O veto recaiu sobre a exigência de apresentação de prova de capacitação *técnico-operacional*, constituída por *atestados fornecidos em nome da empresa*, limitados os quantitativos das obras e serviços executados a 50% (cinqüenta por cento) do objeto da licitação.

Quando da aprovação da Lei n.º 8.883/94, o Congresso aprovou novamente os itens *a* e *b*, agora como incisos I e II, tendo este segundo sido novamente vetado.

A nossa posição a respeito dessas exigências, desde o início, foi no sentido de que, se as comprovações de aptidão por desempenho técnico anterior eram: I – a capacidade técnico-profissional (o acervo técnico do profissional) e II – a capacidade técnico-operacional (os atestados em nome da empresa) e tendo esta última sido vetada, só se poderia exigir, nos editais de obras e serviços de engenharia, a *capacitação técnico-profissional*, ficando vedada a exigência de atestados em nome da empresa.

Entretanto, analisando os argumentos de outros estudiosos, em especial os que nos foram apresentados pelo Prof. Carlos Ari Sundfeld, curvamo-nos ao acerto da tese oposta, ou seja, aquela pela qual é possível, mesmo após o veto, exigir-se nos editais de obras e serviços de engenharia atestados de desempenho anterior, em nome da empresa.

E o argumento jurídico para tal entendimento nos parece irrepreensível.

Entende-se que a exigência de comprovação de aptidão por desempenho anterior está prevista, antes de mais nada, no inc. II do art. 30 e melhor especificado, para o caso de obras e serviços de engenharia, no § 1.º do art. 30.

Tendo o Sr. Presidente vetado o inc. II do § 1.º do art. 30 da Lei n.º 8.666/93, o que acabou sendo extirpado do texto legal não foi a possibilidade de se exigir atestados de desempenho anterior em nome da empresa, que estes já são exigidos naquelas disposições citadas foi simplesmente eliminada a limitação (a 50% do objeto da licitação, em termos de quantitativos), pois a parte final do § 1.º do art. 30 referia-se aos incisos I e II como sendo limitações (“... limitadas as exigências a:”).

Assim, o veto recaiu sobre a limitação da exigência, não sobre a exigência em si que continua a existir no inciso II do art. 30 e no § 1.º do mesmo artigo.

16) *Art. 31, inc. I – Balanços.*

A norma previu que deverá ser apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, *vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios...*

Diante dessa regra, vínhamos entendendo que ela era simplesmente inconstitucional, posto que não admite que empresas com menos de um ano de existência possam participar das licitações, violando o princípio da igualdade.

Entretanto, Marcos Juruena Villela Souto e Flavio Amaral Garcia, recentemente, publicaram artigo intitulado “Qualificação econômico-financeira das empresas recém-constituídas” no *Repertório IOB – Jurisprudência* – n.º 20/94, p. 407, concluindo que “aquela vedação da Lei somente se aplica às empresas já constituídas há mais de um ano e que, portanto, estariam compelidas a apresentar a documentação relativa à qualificação econômico-financeira, não significando que as empresas recém-constituídas estariam dispensadas da apresentação de qualquer tipo de documentação relativa à qualificação econômico-financeira. É preciso que elas também comprovem a sua idoneidade financeira, cabendo, nesta hipótese, a substituição por balancetes ou balanços provisórios. Aí a vedação do art. 31, inc. I, da Lei n.º 8.666/93 não incide (posto que seu balanço de exercício ainda não é exigível)”.

Essa interpretação do texto nos parece bastante razoável, a salvá-lo da eiva de inconstitucionalidade.

17) *Art. 38, VII, em face do art. 43, VI – Competência para adjudicar e homologar.*

Há quem pretenda que a Lei n.º 8.666/93 tenha alterado o iter final do procedimento licitatório, entendendo que a Comissão de Licitação apenas classifica as propostas, sendo que a autoridade superior, após homologar a licitação, é quem adjudicaria o objeto correspondente. Esse entendimento tem base na interpretação isolada do inciso VI do art. 43, que reza:

“deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.”

Ocorre que o inc. VII do art. 38 dispõe:

“VII – atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação.”

Como se verifica, esta última regra contém dois comandos claros: a) determina que o ato

de adjudicação é de competência de um órgão inferior à autoridade homologante; b) determina que a adjudicação seja anterior à homologação e que esta recaia também sobre aquela e não só sobre o procedimento licitatório até a classificação.

Portanto, ante essa aparente antinomia entre as duas disposições, ao intérprete resta a missão de tentar harmonizá-las.

E, para isso, se dermos prevalência ao inc. VI do art. 43, restará violado o comando do inc. VII do art. 38, pois a adjudicação será posterior à homologação e a própria autoridade superior estará adjudicando o objeto da licitação, em fronteiras descompassos com o inc. VII do art. 38.

Ao contrário, se dermos prevalência a esta última norma, será possível, harmoniosamente, eliminar o conflito, pois o texto do inc. VI do art. 43 permite uma interpretação razoável para tal, ou seja, no sentido de que essa norma apenas indica que a autoridade superior, recebendo o processo, deliberará se homologa ou não o procedimento, inclusive a adjudicação (“deliberação quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”).

Com essa interpretação eliminaremos o aparente conflito entre as duas normas.

18) *Art. 40, inc. X* – Critério de aceitabilidade dos preços unitário e global.

Com a redação original, nos casos de obras e serviços, onde há, obrigatoriamente, o “orçamento detalhado em planilhas”, era fácil fixar, legalmente, os limites máximos e mínimos (critérios de aceitabilidade) dos preços. Havia dúvidas se se poderia fixar o limite mínimo, pois o tipo de licitação seria de menor preço. Entendíamos perfeitamente possível tal fixação, pois o § 3.º do art. 44 da Lei dizia expressamente. ... *ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos ...*, com o que a Lei admitia o preço mínimo.

Ocorre que a Lei n.º 8.883/94 veio dar redação diferente ao referido inciso X do art. 40 da Lei n.º 8.666/93, nestes termos:

“critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme o caso, vedada a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência” (grifei).

No artigo 48, II, previu a possibilidade de se

fixar nos instrumentos convocatórios valor global máximo como limite.

Portanto, embora aquela regra do § 3.º do art. 44 permaneça no texto atual, ela está revogada porque é incompatível com a nova redação do inc. X do art. 40, dada pela Lei n.º 8.883/94 (§ 1.º do art. 2.º da LICC), não se podendo fixar limites mínimos para os preços. Entretanto, existe um limite mínimo genérico na Lei: preço simbólico, de valor zero ou irrisório, incompatível com o preço de mercado, acrescido dos respectivos encargos (§ 3.º do art. 44).

Além disso, o preço máximo global pode ser fixado em valores de reais e não em percentual sobre o orçamento detalhado em planilhas.

19) *Art. 45 – § 4.º* – Contratação de bens e serviços de informática.

A referência ao art. 3.º da Lei n.º 8.248, de 23 de outubro de 1991, e a obrigatoriedade do tipo de licitação de técnica e preço foram regras que levaram à ilegalidade das disposições do Decreto n.º 1.070, de 2 de março de 1994, exatamente no ponto em que criou forma diferente de julgamento para o tipo de licitação de técnica e preço daquele previsto na Lei n.º 8.666/93 (e um decreto não poderia fazê-lo), e, ainda, no ponto em que, após o julgamento, dá preferência, ainda sem empate, a empresas em determinadas condições (por exemplo, empresas brasileiras de capital nacional).

20) *Art. 49* – Caráter motivado da revogação.

Muitos ainda teimam em ver na revogação do procedimento licitatório, como ocorria antes do Decreto-Lei n.º 2.300/86, um ato puramente discricionário, dependente, para a sua efetivação, apenas dos critérios de oportunidade e conveniência.

Ocorre que já o Decreto-Lei n.º 2.300/86 exigia que a revogação se fundasse no interesse público.

Portanto, a revogação, ainda que discricionária, deveria ser ato motivado no interesse público demonstrado.

Com o advento da Lei n.º 8.666/93, a revogação de uma licitação não pode mais se basear em critérios de conveniência e oportunidade, e, sendo assim, trata-se de um ato obrigatoriamente motivado e comprovado o interesse público.

Segundo o art. 49, vinculada à ocorrência de um interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificá-la, a revogação

aí, na realidade, é quase que um ato vinculado.

Essa disposição, ainda, deixa claro que a revogação da licitação é exceção (a expressão "somente poderá revogar" é indicativa dessa condição), sendo a regra, a contratação. Quem vence uma licitação, em princípio, salvo essa exceção, tem direito subjetivo ao contrato. Além disso, deixa expresso que o fundamento básico é, ainda, o interesse público, este, entendido como interesse público primário (da coletividade) ou secundário (do órgão ou entidade públicos).

21) *Art. 51 – Competência da Comissão. Membros "qualificados". Condição jurídica dos membros.*

O art. 51 traça a competência da Comissão de Licitação, deixando claro que lhe compete *julgar as propostas* e não apenas classificá-las.

Julgar exige resultado, o vencedor. Daí a adjudicação ter que ser ato de competência da Comissão, pois adjudicar é declarar o vencedor da licitação, resultado final do julgamento, sem o que não há falar nem neste nem naquele.

A adjudicação é ato inerente ao julgamento, pois este exige o resultado final, que é a indicação do vencedor, e esta indicação já é a adjudicação.

A norma fala, ainda, que 2 (dois) dos membros da Comissão deverão ser *servidores qualificados* pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração. A expressão *qualificados* é de difícil compreensão. A nós tem parecido que o legislador pretendeu que duas vagas de membros não fossem preenchidas, sendo que isso ocorreria em e para cada licitação, dependendo do objeto da licitação.

Assim, se se tratar de licitação de obra ou serviço de engenharia, as duas vagas seriam preenchidas somente para essa licitação, por dois engenheiros. Em outros casos ocorreria o mesmo.

Por outro lado, como o § 3.º do art. 51 dispõe que os membros das Comissões de Licitações responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, entende-se que todos os membros das Comissões devem ser funcionários do órgão ou entidade, posto que, a não ser assim, não há possibilidade de punição com o caráter solidário.

22) *Art. 51, § 4.º – Recondução dos membros da Comissão.*

O § 4.º do art. 41 do Decreto-Lei n.º 2.300/86 dispôs, pela vez primeira, que:

"A investidura dos membros das Comissões Permanentes não excederá de um ano, vedada a recondução, para a mesma Comissão, no período subsequente" (grifei).

Qual teria sido a *mens legis* dessa regra?

Evidentemente, salta aos olhos que a disposição exigindo, a cada ano, a renovação completa da Comissão, pretendeu evitar a formação de feudos que dominassem *ad aeternum* as comissões de licitações.

Essa, sem dúvida, a finalidade da norma.

O § 4.º do art. 51 da Lei n.º 8.666/93 trouxe a mesma regra, mas com alteração de redação, talvez com outra intenção do legislador:

"A investidura dos membros das Comissões Permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente" (grifei).

Essa regra pode levar à seguinte interpretação: se a totalidade é que está proibida de ser reconduzida, a maioria pode ser. Ou seja, se tenho uma Comissão de 7 (sete) membros, posso reconduzir 6 (seis) ou 5 (cinco).

Essa interpretação não pode ser aceita, a nosso ver, porque:

a) repousa numa visão privatista do princípio da legalidade, ou seja, o que não está proibido, está admitido, não passível de acatamento em Direito Público;

b) viola o princípio da finalidade administrativa, corolário essencial do princípio da legalidade, no dizer de Caio Tácito, posto que, se posso reconduzir, de sete, seis, está formado o feudo, o que a Lei procura evitar. Haveria, aí, portanto, flagrante desvio de finalidade.

Portanto, a interpretação mais consentânea com o Direito Público é aquela que vê, na norma referida, a vedação de recondução de qualquer membro da Comissão, interpretando-se a expressão "totalidade de seus membros" no sentido de todos e cada um.

23) *Art. 57, incisos I, II e IV – Duração dos contratos.*

Algumas dúvidas surgiram com as novas redações dadas, pela nova legislação, aos incisos I, II e IV do art. 57. A regra continuou a mesma do art. 47 do Decreto-Lei n.º 2.300/86: a duração dos contratos é adstrita aos respectivos créditos.

Quanto ao inciso I, que trata de projetos

cujos produtos estejam contemplados nas metas fixadas no Plano Plurianual, a principal dúvida já não mais existe, ou seja, se os 5 (cinco) anos de que falava o inciso I do art. 47 se referia ao prazo máximo de duração do contrato ou da prorrogação. Nós entendíamos que era da prorrogação. O TCU, por mais de uma vez, entendeu que era do contrato.

Agora a regra inexistente, razão por que o prazo é livre, para ser fixado pelo edital, de acordo com o vulto da obra. A prorrogação é discricionária (a única que restou, com tal característica), mas a sua admissão e o seu prazo devem vir fixados também no edital.

Quanto ao inciso II, serviços contínuos, havia quem continuasse entendendo, na redação original da Lei n.º 8.666/93, que o primeiro período devesse ser de, no máximo, um ano (adstrito ao respectivo crédito) e a prorrogação seria de mesmo prazo. Discordávamos desse entendimento, pois a Lei n.º 8.666/93 não repetia as expressões do inc. II do art. 47 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, ou seja: "estender pelo exercício seguinte ao da vigência do respectivo crédito". Entendíamos que o primeiro período era livre, podendo ser de dois, três anos ou mais, porque a norma falava em prorrogação por igual período, e só. Tínhamos receio de abusos e, exatamente por isso, o legislador, preocupado com esse aspecto, limitou tais contratações a 5 (cinco) anos (modificação da Lei n.º 8.883/94).

Outra modificação é que o inc. II, com a redação atual, não mais admite prorrogação contratual discricionária. Ele impõe a fixação do prazo total do contrato e uma vez ele fixado não prevê qualquer prorrogação; esse prazo pode ir a 5 (cinco) anos, como dito, no máximo.

Qualquer prorrogação somente será possível se ocorrer uma das 6 (seis) hipóteses previstas, de prorrogação, no § 1.º do art. 57.

Quanto ao inc. IV, a dúvida ficou por conta da expressão "ao aluguel de equipamentos...". Tratar-se-á de qualquer equipamento ou somente o de informática?

De início entendíamos que ali se enquadraria qualquer equipamento. Entretanto, posteriormente, soubemos que essa norma adveio de solicitação do setor de informática, para que os prazos de locação ou utilização de programas de informática, pelos trabalhos que dão a implantação dos equipamentos no local onde funcionarão e também os prazos de retirada que são razoáveis, fossem longos, fixando-os em 48 (quarenta e oito) meses.

Entendemos, portanto, que a locação de equipamentos se refere aos de informática somente.

A locação de outros bens móveis pode ser enquadrada no inciso II, já que o inc. II do art. 6.º da Lei n.º 8.666/93 enquadra a locação de bens como sendo serviço e, evidentemente, há de ser serviço contínuo.

24) Art. 61, §§ 2.º e 3.º – vetados na Lei n.º 8.666/93 (não indicados após a Lei n.º 8.883/94) – Proibição de efeitos financeiros retroativos.

O art. 61, na redação original da Lei n.º 8.666/93, repetia o § 2.º do art. 51 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, proibindo atribuição de efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos pelo Decreto-Lei e às suas alterações. O § 3.º repetia o § 3.º do art. 51 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, ou seja, abria uma exceção àquela proibição.

Ambos os dispositivos foram vetados e não foram recriados pela Lei n.º 8.883/94.

Tendo havido o veto e inexistindo a proibição na legislação, indaga-se se é possível dar-se efeitos retroativos aos contratos. Evidente que não, pois trata-se, no caso, mais uma vez, da aplicação do princípio da legalidade pública, ou seja, o que não está autorizado está vedado.

25) Art. 61, parágrafo único – Publicação resumida do contrato. E quanto aos "outros documentos hábeis?"

O Parágrafo único determina a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial.

O art. 62 dispõe que o instrumento é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigências cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação, facultando nos demais casos a substituição do instrumento contratual por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

A dúvida é se tais outros documentos hábeis também devem ser publicados, resumidamente ou não.

Temos entendido, desde o Decreto-Lei n.º 2.300/86, ser necessário, sob pena de ineficácia jurídica de tais documentos, as suas publicações na imprensa oficial.

É que tanto o art. 37, caput, da CF quanto o art. 3.º da Lei n.º 8.666/93 exigem que seja obser-

vado, dentre outros, o princípio da publicidade. Por outro lado, se esses outros documentos hábeis substituem o termo de contrato (art. 62) e se este deve ser publicado, aqueles devem ser publicados, pois estão no lugar, fazendo de as vezes, daquele.

26) Art. 72, em face do art. 78, inc. VI.

O art. 72 da Lei n.º 8.666/93 reza:

“O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração” (grifei).

Essa norma, como se verifica, prescreve dois comandos importantes: a) não admite a sub-rogação das responsabilidades, das obrigações, do contratado para o subcontratado; b) não admite a subcontratação total do objeto do contrato.

Nessas condições, como ficaria a interpretação do disposto no inc. VI do art. 78, que diz ser motivo de rescisão contratual:

“a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato” (grifei).

Se lida isoladamente do contexto, tal regra, poderíamos entender que, se o edital e o contrato admitissem, seria possível a subcontratação, a cessão ou a transferência totais do contrato, o que seria um absurdo, primeiro porque o contrato administrativo é sempre *intuitu personae*, máxime quando decorrente de licitação, e segundo porque, então, uma empresa que sequer tenha participado da licitação, executaria o total do contrato.

Como vimos, por outro lado, o art. 72 impede aquele entendimento, pois ele somente admite a subcontratação se parcial.

Destarte, a única interpretação possível para o inc. VI do art. 78 é no sentido de que será motivo de rescisão do contrato o fato de o contratado ceder, subcontratar ou transferir o contrato totalmente a terceiro, sem dar conhecimento do fato à Administração. O edital jamais poderá prever a cessão, a subcontratação ou a transferência, totais, do contrato.

Já a cessão, a transferência ou a subcontratação parciais, estas, sim, poderão ser efetua-

das, desde que admitidas e nos limites autorizados pela Administração (art. 72), nas condições previstas no edital e no contrato (parte final do inc. VI do art. 78).

27) Art. 82 da Lei n.º 8.666/93.

Essa disposição contém uma redação que poderia levar os menos avisados a um entendimento enganoso do seu conteúdo.

Reza ele:

“Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar” (grifei).

A Lei n.º 8.666/93, em termos de sanções administrativas, somente as prevê para a empresa concorrente (art. 87), não as contemplando para o agente administrativo.

Assim, poder-se-ia pensar nas sanções penais.

Entretanto, isso não ocorre, eis que, para que só o fato do descumprimento de alguma das disposições da Lei, se constituísse em crime, tal estatuição teria que ter sido feita na Seção III – Dos crimes e das penas, em termos de tipificação penal, que os especialistas denominam de norma penal em branco.

Como isso não ocorre, com certeza o art. 82, com a redação que contempla, ficou inócuo em termos de comando legal. A corroborar a nossa interpretação, veja-se a parte final da referida disposição, que diz: ... *sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar*.

Portanto, somente quando o descumprimento de alguma disposição da Lei n.º 8.666/93 for considerado pelos arts. 89 ou seguintes, como sendo crime, é que haverá a pena. Fora daí, não.

28) Art. 87 – Competência para a aplicação das sanções de suspensão temporária para licitar e contratar com a Administração e de inidoneidade.

Tem surgido opiniões errôneas quanto à abrangência ou âmbito de validade dessas sanções.

A Lei n.º 8.666/93 não fixa a competência para a aplicação da primeira sanção (a mais leve), fazendo-o apenas quanto à segunda, no § 3.º

do art. 87 ("A sanção estabelecida no inc. IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso ...").

Os incisos III e IV do art. 87 definem as duas sanções administrativas:

"III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade ...".

No primeiro caso, já que a Lei silencia quanto à autoridade que aplica a pena, subentende-se que esta seja a autoridade superior do órgão e/ou entidade que homologa as licitações. Portanto, a abrangência da penalidade se esgota no âmbito do órgão.

Quanto à sanção de declaração de inidoneidade, embora o inc. IV do art. 87 fale em "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública...", evidentemente, essa expressão genérica não pode levar à conclusão de que a sanção estenderia seus efeitos a toda a Administração, posto que, à evidência, sanção supõe competência para a sua aplicação e, nesse sentido, o âmbito de sua validade está limitado pela competência (atribuições) do agente. É impossível que uma sanção aplicada a uma empresa por prefeito do interior da Bahia, por exemplo, tenha validade perante qualquer outro Município ou Estado, ou perante órgãos federais.

A doutrina é quase unânime nesse sentido. Dissemos nós a respeito:

"Já aquela prevista no inc. IV valerá para o âmbito geral, abrangendo a entidade política que a aplicou ..." (*O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos*, Ed. Rev. Tribs. – 2.ª ed., p. 84).

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles:

"... a declaração de inidoneidade não é, a rigor, uma penalidade contratual, mas, sim, uma sanção administrativa genérica, imposta por determinada entidade estatal, com a finalidade de impedir o acesso de pessoa física ou jurídica, com-

provadamente inidônea, às suas licitações ou contratações, ..." (*Licitação e Contrato Administrativo*, RT – 10.ª ed., pp. 250/251).

E mais:

"A inidoneidade só opera seus efeitos em relação à Administração que a declara, pois sendo uma restrição a direito, não se estende a outras Administrações".

Com a mesma orientação, vejam-se Wolgran Junqueira Ferreira (*Licitações e Contratos na Administração Pública*, Edipro, 1994, p. 285), Raul Armando Mendes (*Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*, Saraiva, 2.ª ed., p. 221), Carlos Ari Sundfeld (*Licitação e Contrato Administrativo*, Malheiros, p. 117) e Marcos Juruena Villela Souto (*Licitações & Contratos Administrativos*, Esplanada, p. 170).

E é assim porque, como lecionou Hely Lopes Meirelles,

"a competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade de Administração" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 19.ª ed., Rev. Tribs., 1994, p. 134).

Finalmente, a propósito do ato sancionatório que pretenda extrapolar o âmbito da competência do agente sancionador, o antigo TFR, pela palavra do Relator de acórdão específico sobre o tema (in RDA 144/42), Min. Romildo B. de Souza, deixou registrado:

"Ao invés de sugerir ao Sr. Presidente da República que baixasse ato específico declarando a inidoneidade das empresas para licitar na Administração Pública Federal, sua Excia., o Sr. Ministro da Saúde atribuiu a si a prerrogativa que é exclusiva do Chefe da Nação e baixou ato relativo a toda a Administração Pública Federal, quando deveria ater-se o mesmo aos órgãos do seu Ministério."

"Todos os tratadistas que discorreram sobre a declaração de inidoneidade para licitar prevista no Decreto-Lei n.º 200/67, são unânimes em afirmar que no alcance do ato limita-se aos órgãos subor-

dinados à autoridade que o baixou.”

“Na verdade, tal como se acha formalizado, o ato ministerial impugnado solicita acatamento de toda a administração pública federal, e, neste sentido, é exorbitante. Deveria restringir-se ao âmbito do Ministério da Saúde.

Ao ampliar a extensão do ato sancionatório, a ilustre autoridade coatora ultrapassa os limites postos pelo art. 20 do Decreto-Lei n.º 200/67, com as alterações do Decreto-Lei n.º 900/69.”

Destarte, nenhuma razão assiste aos que pensam estender os efeitos da declaração de inidoneidade para além do âmbito de competência do agente sancionador.

29) *Art. 109, I e § 5.º* – Contagem inicial dos prazos recursais.

Aqui, apontamos apenas distorções da Lei, quando o legislador impôs nova data inicial de contagem dos prazos dos recursos e se esqueceu de alterar disposição que indicava outra data.

Com efeito, desde o Decreto-Lei n.º 2.300/86, existia regra que contemplava o “direito a recurso, no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata ...” (art. 75, I).

A Lei n.º 8.666/93, no inc. I do art. 109, reproduzira, nesse aspecto, aquela disposição:

I – *recurso*, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata ...” (grifei).

Ocorre que esta Lei contemplou um novo dispositivo, o § 5.º, dizendo que

“nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado” (grifei).

Portanto, a contagem do prazo de recurso não é feita da intimação do ato ou da lavratura da ata, como diz o inc. I do art. 109.

Podemos (e devemos) dar prevalência ao disposto no § 5.º do art. 109, afastando o inc. I do mesmo artigo, em homenagem ao direito à ampla defesa (inc. LV do art. 5.º da CF), já que o conteúdo do referido § 5.º, pela sua simples leitura, deixa demonstrada a intenção do legislador em prestigiar a ampla defesa.

Essas as considerações que tínhamos a fazer, a propósito dos pontos polêmicos, das distorções, lacunas e conflitos existentes na nova legislação sobre licitações e contratações públicas.

A intervenção do Estado brasileiro e a política oligárquica na república velha

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

SUMÁRIO

1. *A intervenção.*
2. *O declínio das oligarquias.*
3. *Conclusão.*

1. *A intervenção*

A atividade intervencionista do Estado no domínio econômico é o objeto essencial do Direito Econômico. A questão da oportunidade ou não desta intervenção não constitui mais motivo de discussão, pois as constituições elaboradas por diversos países, principalmente após a II Guerra Mundial, incluem um capítulo denominado "Da Ordem Econômica e Social".

A intervenção econômica do Estado é, portanto, um fenômeno historicamente permanente. Pode-se dizer que sempre existiram formas de intervenção, embora qualitativa e quantitativamente diferentes das que são características dos nossos dias.¹

As normas interventoras anteriores às atuais eram de caráter proibitivo e de polícia. Esta atitude de abstenção do Estado das atividades econômicas está ligada a um determinado modelo jurídico – o liberal – e a uma determinada ideologia – a do individualismo.² Este modelo jurídico assenta-se em dois postulados essenciais: a separação absoluta entre o direito público e o privado e o predomínio da autonomia da vontade privada na esfera econômica.

O Estado Liberal que emergiu da Revolução Francesa e cuja predominância durante o século XIX acentuou nitidamente a separação entre a atividade econômica e política caracterizou-se pela ausência do seu domínio sobre a economia. O bem-estar geral traduziu-se na soma

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha é Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa. Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Titular de Direito Constitucional na Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – AEUDF. Professora Adjunta da Faculdade Cândido Mendes – Ipanema – RJ e do Centro de Ensino Unificado de Brasília – CEUB-DF.

Trabalho apresentado ao Professor Washington Albino Peluso de Souza, na disciplina de Direito Econômico I, no curso de Doutorado em Direito Constitucional, na Universidade Federal de Minas Gerais.

OBS: NOTAS AO FINAL DO ARTIGO.

de diversos casos de bem-estar individual, sendo as relações governadas pela *invisible hand*, de Adam Smith.

Entretanto, durante o século XIX importantes transformações econômicas e sociais iriam alterar o funcionamento do regime liberal. As descobertas científicas, a Revolução Industrial, o aparecimento dos aglomerados urbanos e de empresas de grande porte exigiriam a intervenção cada vez maior do Estado na vida econômica para resolver conflitos de grupos e de indivíduos.³ É a substituição da mão invisível smithiana pela mão visível do Estado, justificada jurídica e ideologicamente pela realização da justiça social.

O crescimento das escolas socialistas, o Manifesto Comunista de Karl Marx, em 1848, estavam a indicar que novas concepções políticas, diametralmente opostas às existentes, iriam obrigar, ainda mais, o Estado a abarcar maior número de atribuições.

Com o advento da I Guerra Mundial o liberalismo econômico romper-se-ia⁴, dando origem a um novo enfoque ideológico, que já vinha sendo consolidado, sobre a atuação do Estado e a necessidade de uma maior intervenção.⁵

Após a Guerra e até a Grande Depressão de 1929, o Estado tentou se proteger de tais crises. Assim Keynes recriou a concepção que a economia e a política estão indissolúvelmente ligadas.⁶

O plano histórico é caracterizado por duas experiências de intervencionismo antiliberal, onde o Estado passa a controlar tudo, inclusive o processo econômico: o fascismo e o nazismo. É da mesma época a experiência da socialização dos meios de produção na União Soviética com a adoção dos planos quinquenais e técnicas de planejamento governamental.

O mundo assiste também à intervenção do Estado nos Estados Unidos da América, com a *New Deal*, de Roosevelt, para sanar os efeitos da Grande Depressão.

Na verdade, o que se configurou foi intervencionismo social, e o conceito da intervenção foi se consolidando a partir da realidade política e econômica de cada Estado, ajustando-se aos sistemas jurídicos vigentes.

E no Brasil, como se comportou a intervenção do Estado no domínio econômico?

No final do século XIX, regido pela Constituição de 1824, o Brasil teve um regime estável graças ao Poder Moderador, que proporcionou relativo progresso à vida econômica do país.⁷

Entretanto, a economia ainda estava numa

fase liberal. Não havia condições de criar ou fomentar a indústria e a saída era a exportação. A intervenção do Estado se caracterizava pelas reformas alfandegárias, sendo a mais famosa a de Alves Branco, em 1844, que pôe em vigor a nova lei de tarifas, taxando pesadamente têxteis e bebidas, que constituíam o grosso das importações brasileiras. A tarifa de 1844 inaugura uma nova política, encerrando a fase liberal.⁸

Os surtos econômicos decorrentes da arrecadação aduaneira e da abolição do tráfico de escravos carreeu recursos para serem aplicados em novas atividades industriais. Durante este período, o Barão de Mauá tenta introduzir um novo sistema de atividades econômicas, mas se vê tolhido pela presença do governo.

No dizer de Raymundo Faoro, a regulamentação econômica do Estado faz-se sentir com maior incidência no comércio e na indústria. Tudo dependia do governo e, fora deste, nada se conseguia na indústria privada.⁹

Um fato importante deste período é a adoção do Código Comercial, que, com poucas alterações, vem sobrevivendo até os dias de hoje.

Entretanto, este surto de modernismo foi apenas um episódio de um sistema econômico que continuou a manter o predomínio da economia agrária, predomínio este que se estendeu até 1930, quando então houve uma ruptura do poder hegemônico das oligarquias.

De fato, desde a colônia, a classe agrária sempre dominou o Brasil. Apesar das diferenças regionais e dos diversos graus de seu desenvolvimento material, ela apresentou e apresenta pontos comuns que a definem como classe social una, dentre os quais se destacam a posse da terra e seu domínio sobre a sociedade. Pouco importa se no curso da história uma parte dela se voltou para a produção do açúcar e outra para a produção cafeeira; o que a caracterizou foi a posse dos meios de produção, voltados essencialmente para a monocultura e o mercado externo e a manutenção da hegemonia política, moldando, com isso, a sociedade à sua imagem.¹⁰

As sólidas alianças que se teceram entre as diferentes frações da classe agrária e o poder central forjaram a consolidação de um Estado nacional colaboracionista.

O pacto oligárquico pode ser classificado em etapas distintas, que correspondem aos diferentes níveis de articulação anteriores a 1930.

O período posterior à Independência até a

maioridade de D. Pedro II – 1822-1838 – é marcado pela indefinição inicial das alianças entre o poder central e os diferentes segmentos das oligarquias regionais em formação. A partir do 2.º Reinado, o Estado será transformado em avalista das relações sociais coordenadas pelos centros hegemônicos, como também em mediador e elo de ligação entre as oligarquias tradicionais e as emergentes, coesas em torno da perpetuação de interesses comuns.

Após o golpe da maioria, a escravidão prolonga-se por mais cinquenta anos, com o respaldo do Estado, que nela encontrou a fonte de legitimidade de que foi carente em seus primeiros anos de existência autônoma, tornando-se o denominador comum entre os grupos regionais diferenciados e potencialmente divergentes. Consoante esta lógica, o pacto social se exauriu com a abolição da escravatura, que culminou com a queda do Império.¹¹

A Abolição, contudo, não trouxe no seu bojo as transformações esperadas por muitos abolicionistas, como a distribuição da propriedade que findasse o monopólio da terra e criasse uma ampla camada de pequenos proprietários.

A própria transição para o trabalho livre, longe de liberar a mão-de-obra de um rígido controle, imobiliza-a nas zonas mais decadentes em razão da utilização de trabalhadores imigrantes mais qualificados nas zonas de expansão cafeeira.¹²

Na verdade, as alterações sociais, econômicas e políticas, prenunciadas e efetivadas no quadro nacional, não afetaram a hegemonia política e econômica da classe agrária; ao contrário, consolidaram o poder de uma de suas facções – a oligarquia cafeeira paulista – cujo apogeu coincide com o período que se estende da Presidência Campos Sales às vésperas da Revolução de 30.

A Abolição, já pressentida, foi habilmente cercada de anteparos legais bem antes de 1888, a fim de preservar a lavoura de grandes abalos.

Já em 1850, data da proibição do tráfico negreiro, foi promulgada a Lei de Terras em 18 de setembro, que instituiu um novo regime fundiário¹³. Por determinação legal, ficavam proibidas a abertura de novas posses e a aquisição de terras devolutas por outro título que não fosse o de compra.

O sentido da medida era claro e atingia diretamente os camponeses da época. “Diante do fim previsível da escravidão, era também previ-

sível, como aliás já o mencionara a própria lei, o advento de uma modalidade de trabalho livre que permitisse a substituição do escravo sem destruir a economia da grande fazenda. O caminho para essa substituição estaria na abertura de correntes migratórias de países que tivessem excesso de população”.¹⁴

O Estado colaborou com o novo regime fundiário, transferindo para os Estados-Membros suas terras devolutas, com respaldo na Constituição de 1891.

A situação do trabalhador diante deste novo quadro político se alterou, demarcando novos espaços para o fazendeiro e o camponês. O camponês tradicional de agregados e posseiros deu lugar ao camponês moderno, de pequenos proprietários, dependentes do mercado.¹⁵

Foi este o processo característico das Regiões Sul e Sudeste, vez que, no Nordeste, a economia canavieira há muito já havia entrado em crise.¹⁶

Diante de tal contexto, a República desempenhou papel fundamental no cenário das transformações conjunturais do Estado brasileiro, pois somente ela propiciaria novas recomposições de forças, responsáveis pela reformulação do pacto de dominação da classe agrária.

Após os primeiros anos de hegemonia militar e de indefinição política, as oligarquias, rearticuladas com o Estado já descentralizado, legitimaram seu projeto com a “política dos governadores”.¹⁷

Por meio desta, o idealismo democrático da Constituição de 1891 seria reinterpretado a favor do fortalecimento e da hierarquização das lideranças regionais, através das novas funções mediadoras do Estado.¹⁸

Na verdade, com a República, a classe agrária atingiu seu apogeu, expresso pelo absoluto domínio econômico, social e político. Foi a chamada “era das oligarquias”.¹⁹

O grande debate da Constituinte de 1891 girou em torno da discriminação de rendas entre a União Federal e os Estados Federais. As idéias extremadas dos representantes das oligarquias desejando maiores recursos para os Estados são contrabalançadas com o desejo de outros que pregavam o equilíbrio entre a receita federal e a estadual.

É importante notar que o regime adotado pela Constituição de 1891 ainda deixa o Estado bastante afastado das atividades econômicas.²⁰

Neste período, o café continua como o sustentáculo da economia, apesar das tímidas experiências industrializantes, como a proposta por Rui Barbosa.²¹

Para proteger este produto, se processam medidas de intervenção mais ativa do Estado no domínio econômico. É através de mecanismos monetários e financeiros que o processo de intervenção se acentua, cabendo destacar a criação, em 1908, da Caixa de Convenção.²²

O desenvolvimento da economia acentuou a debilidade da União Federal para resolver os problemas. A I Guerra Mundial (1914-1918) veio desequilibrar a vida econômica do país, mostrando a fraqueza e a inadequação do regime jurídico constitucional, obrigando a uma reforma constitucional, em 1926.

Esta reforma ampliou os poderes da União para intervir na economia. A modificação mais importante foi a do art. 34, alínea 5, que deu ao Congresso Nacional competência para legislar sobre comércio exterior e interno. Entretanto, tal fato não foi suficiente para tirar o Estado da posição absenteeista, incapaz de resolver os problemas sociais e econômicos do Brasil.

2. O declínio das oligarquias

A derrocada do predomínio oligárquico se dá por várias razões, sendo a principal delas a crise de 1929.

Seu descenso, contudo, é progressivo. Nas décadas de 1910 e 1920, o crescimento da sociedade, decorrente do incremento das atividades urbanas, representa o primeiro momento de contestação ao regime agrário. É certo que as classes urbanas não se encontravam em condições de, efetivamente, ameaçarem a estrutura, conforme será analisado a seguir. Porém, de um segmento institucional do regime – o Exército – partiria um grito de insatisfação.

Paralelamente, a fundação de novos partidos políticos – o Partido Libertador (1928), no Rio Grande do Sul, o Partido Democrático (1926), em São Paulo – põe fim à hegemonia no interior da própria classe, cindindo-a; cisão esta, aprofundada pelos episódios de contestação à “política café-com-leite”, que privilegiava os Estados de Minas Gerais e São Paulo nas eleições presidenciais de 1910, 1922 e 1930.

A crise econômica, social e política, provocada pelo *crack* de 1929, daria expressividade ao descontentamento dos estados deslocados do eixo do poder central.

Na realidade, muito antes de 1929, já em 1896,

pouco depois da crise caracterizada pelo encilhamento, e após a luta militar contra Floriano, começam a cair os preços do café. O valor médio da saca exportada em 1896 foi de 2,91 libras, contra 4,09 em 1893. Em 1897 continua a queda, que vai alcançar 1,48 libras em 1899.²³ Neste contexto, tornava-se extremamente difícil, com os mecanismos habituais, “socializar os prejuízos”. A descentralização federativa apresentava uma saída interessante: caberia aos governos estaduais defender uma política própria, a da “valorização” no caso do café, que permitisse manter os lucros da classe dominante ligada à exportação. Para efetivar essa política, era indispensável apoio externo. Esse apoio foi encontrado no capital financeiro, e a aliança, outra-tácita, estabeleceu-se de maneira explícita.

Mas a despeito de seu descenso econômico, a oligarquia rural teve maleabilidade suficiente para adaptar-se às novas circunstâncias, preservando seus privilégios e mantendo a dominação do sistema político.

As justificativas para este comportamento são variadas: a experiência de poder, que a classe acumulara desde a colônia, controlando as municipalidades e pressionando direta ou indiretamente a metrópole; o fato de ser ela a única classe social capaz de se organizar modernamente, isto é, criar seu partido político, não importando que ele se apresentasse sob facções variadas, com tendências opostas – monarquistas ou republicanas –, pois ao fim, seus objetivos eram idênticos: deter o monopólio das posições superiores no Executivo, Legislativo e Judiciário, o que se traduzia numa identificação completa entre a classe e o Estado; e, por derradeiro, a existência de outra classe social, ou facção, que pudesse se antepor a ela. Desta maneira, seu predomínio foi absoluto e incontestado, tendo a classe oligárquica conseguido, nos momentos de transição do país, impor seu modelo – Constituições de 1824 e 1891 – via mecanismos de domínio do eleitorado, fator que justificou legalmente seu poder político. Enquanto isso, as outras classes sociais continuavam marginais, sem nenhuma experiência de poder e, o mais importante, sem condições de conquistá-lo.²⁴

Transcorreu-se, assim, a primeira fase da República, fase do triunfalismo oligárquico, embalado pela aliança “café-com-leite”.

Num segundo momento, a República oligárquica enfrentaria sérias e prolongadas crises. Efetivamente, com a entrada do Rio Grande do

Sul na cena política nacional, desestabilizou-se o pacto de poder entre São Paulo e Minas Gerais, o que levaria à Revolução de 30. Ademais, os movimentos tenentistas, sobretudo o de 24,²⁵ minariam os fundamentos da política oligárquica, abalando a natural submissão da cúpula do Exército às autoridades constituídas.

Tal qual ocorrera no início da República, as contestações urbanas e rurais serão dissociadas. Nem o movimento operário nascente nem a classe média (em cujas fileiras incluíam-se os jovens tenentes) sensibilizaram-se no sentido de uma ação conjunta. Os “bandidos cangaceiros” são considerados facinoras e expostos, quando mortos, aos olhares de indiferença ou hostilidade, nas cidades. O bando de Lampião, em contato com a Coluna Prestes, lhe foi indiferente ou adverso.²⁶

Por seu turno, o camponês permaneceu em sua condição histórica de “excluído”.

Excluído da condição de proprietário da terra,²⁷ tratado como agregado da fazenda, posseiro ou sitiante, seus direitos só eram reconhecidos como extensão dos direitos do fazendeiro, predominando a relação de troca.²⁸

Excluído da condição de escravo, já que não podia ser convertido em renda capitalizada do tráfico colonial.²⁹

Excluído, finalmente, de toda e qualquer participação política, pois a Constituição de 1824, confirmando a exclusão política dos pobres, estabelecia uma restrição essencial de ordem econômica, para o cidadão tornar-se eleitor ou elegível.³⁰

Com o advento da Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834, que alterou a Constituição do Império e a criação das forças de repressão – as Guardas Municipais e a Guarda Nacional –, ampliou-se o poder provincial e, conseqüentemente, a participação dos proprietários na vida política da municipalidade.

Subordinada ao Ministério da Justiça e não ao do Exército, a Guarda Nacional era empregada como uma força de elite.³¹

Seus integrantes, graduados segundo uma hierarquia militar, eram denominados “tenentes”, “maiores” e “coronéis”. A patente de coronel, paulatinamente, deixou de se relacionar ao exercício da função militar, passando, popularmente, a designar os chefes políticos e regionais, marcando a presença do fenômeno conhecido por “coronelismo”.

O coronelismo se caracterizou pelo rígido controle dos chefes políticos sobre os votos do eleitorado, o chamado “voto de cabresto”, isto é, o eleitor e o seu voto ficavam sob tutela dos coronéis, que deles dispunham como coisa sua.³²

Ele consagrou um sistema eficaz de exclusão política de todos os dissidentes que não pudessem movimentar uma clientela para negociar posições políticas. A fraude eleitoral era uma prática usual e, na hipótese de uma eventual “surpresa”, havia ainda o sistema de verificação dos poderes – a conhecida “degola” – mediante o qual poderia ou não ser legitimada a eleição dos adversários do governo.³³

Conseqüência da fraqueza da estrutura administrativa do Estado, desprovido de condições para atender às atribuições de sua esfera, o coronelismo exprime uma “política de compromissos”, configurada “pelo encadeamento rígido do tráfico de influências” que forjou acordos entre o eleitorado, o coronel e o poder municipal, estadual e federal.³⁴

Isto resultou num pacto entre as classes dominantes e o Estado, na aliança entre o poder central e o poder local.

“O Estado usava o Exército e a força particular para manter a ordem escravocrata e a integridade territorial, fechando os olhos aos abusos perpetrados pelo poder local”. As classes dominantes, por seu turno, “uniram-se para sufocar discordâncias ou rebeliões das classes dominadas, que denunciasses a asfixiante atmosfera dessa sociedade injusta e violenta”.³⁵

Seria, porém, na década de 30, que se verificaria o descenso das oligarquias. Novas forças sociais se desencadeiam com a crise de 29 e a Revolução de 30, como as formações partidárias do operariado e da pequena burguesia.

A estrutura econômica e financeira, extremamente frágil, que escorava artificialmente os mecanismos de mercado, tornou-se insustentável.

O cultivo do café requeria crédito, vez que o investimento necessitava de quatro anos até que os cafeeiros frutificassem. Inicialmente, os financiamentos provinham dos intermediários, responsáveis pela comercialização do produto, que retinham os empréstimos, seus juros e lucros. Quando veio a decadência, a dependência dos agricultores em relação a estes intermediários aumentou e, em 1850, o Banco do Brasil começou a financiar diretamente os cafeicultores em dificuldades.³⁶

Os debates havidos na época, no Congresso Nacional, os documentos da Sociedade Rural Brasileira, controlada pelos interesses do café, evidenciavam um esforço sistemático e constante em transferir ao governo federal a responsabilidade pela condução da política cafeeira no país e a absorção de seus custos.³⁷

A busca de apoio oficial para a defesa dos interesses dos oligarcas era vista como uma medida temporária, para compensar uma situação adversa no mercado internacional. Com o tempo, no entanto, a própria política de valorização transformou-se num processo permanente.³⁸

Porém, o respaldo financeiro dado aos agricultores não obedecia a qualquer lógica econômica. A *débâcle*, portanto, era inexorável.³⁹

Outro fator de agravamento da decadência oligárquica era o uso predatório da terra, sobretudo no Vale do Paraíba, que ainda se encontrava em sérias dificuldades para superar o problema de substituição da mão-de-obra escrava, em extinção a partir de 1850.⁴⁰

Quanto à oligarquia paulista, se ela havia resolvido o problema da força de trabalho com a imigração, persistia a questão das flutuações do preço do café no mercado internacional.⁴¹

É certo que as iniciativas para o acordo de Taubaté, e as subsequentes medidas de controle de preços, provieram dos cafeicultores paulistas. Segundo Delfim Neto, tal fato justifica-se por serem os cafeicultores de São Paulo os principais plantadores do produto, mais vulneráveis às flutuações de preços.⁴²

A Revolução de 30 modificaria o panorama econômico nacional, marcando o desenvolvimento do capitalismo no Brasil. Foi nesta década que se implantou um núcleo básico de indústria de bens de produção, transformando o pólo urbano-industrial no eixo dinâmico da economia.

Por certo, os condicionantes dessa modernização estão relacionados à conjuntura internacional, desestabilizada pela eclosão da crise de 29. Mas estão, sobretudo, atrelados ao momento social e político vivido intensamente e que pode ser definido como de séria crise de hegemonia do grupo cafeeiro paulista. Neste momento, esgotaram-se as possibilidades de preservação do modelo agrário-exportador baseado no café, após sucessivas tentativas de valorização do produto que socializavam seus ônus por toda a sociedade brasileira beneficiando um só grupo em detrimento dos demais.

3. Conclusão

A intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico durante a república velha não foi, como se viu, consequência de uma evolução político-social que visava ao desenvolvimento.⁴³

Ora, o intervencionismo propõe o impedimento, pelo Estado, dos abusos econômicos, para restabelecer a liberdade contratual e a iniciativa econômica ao nível proposto pelo liberalismo, compreendendo a dinamização de um conjunto de instrumentos estatais a serviço de interesses privados.⁴⁴

A idéia de intervenção carrega, em si, a pressuposição da existência de um campo reservado à ação econômica do setor privado. Não houvesse tal área circunscrita, não haveria intervenção.

Nestes termos, a adoção do regime intervencionista não opera a substituição do capitalismo pelo socialismo, pois o mercado subsiste preservado como mecanismo de coordenação do processo econômico, vez que nele se encontram as condições mais propícias à dinamização dos dois valores fundamentais do capitalismo: a propriedade privada dos bens de produção e a liberdade de iniciativa econômica.⁴⁵

A intervenção só se justifica, portanto, para corrigir distorções do liberalismo, preservando sempre o mercado. Donde decorre que o mercado se nutre do intervencionismo.

No sistema econômico da república velha este encadeamento lógico não se verificou. O mercado e suas condições de operacionalização foram colocados de lado para atender os interesses exclusivos da oligarquia rural.

Na verdade, não houve intervencionismo ou planejamento estatal, concretizado por meio de um plano econômico cuja finalidade seria a adaptação da produção às necessidades sociais, mas uma inversão do processo, com a utilização do Estado como instrumento de classe.

A consequência mais nefasta gerada por esta política de dominação, foi o desvirtuamento das funções do Estado na medida em que, num sistema capitalista típico, definidas as funções tradicionais, delimitado estava o campo no qual começava a intervenção.⁴⁶

Nestes termos, não houve uma "ação supletiva do Estado" a amparar classes sociais em ascensão, e sim, uma efetiva conquista do Estado, consolidada com a "política dos governadores".

Notas

¹ Os diversos autores que estudam, dentro do Direito Econômico, o capítulo da intervenção, procuram, em primeiro lugar, estabelecer a distinção entre o intervencionismo e a intervenção.

Eros Grau considera as palavras *intervenção* e *intervencionismo*, como designadoras da ação desenvolvida pelo Estado no e sobre o processo econômico. Portanto, a intervenção é uma modalidade de ação que lança mão o Estado na prática do intervencionismo. In GRAU, Eros Roberto – *Elementos de Direito Econômico*, SP, Ed Revista dos Tribunais, 1981, pp. 61-63.

Para Washington Peluso Albino o intervencionismo constitui-se na expressão política da intervenção. In SOUZA, Washington Peluso Albino de – *Direito Econômico*, RJ, Editora Saraiva, 1981, p. 399.

Eros Grau conclui que tudo é, na verdade, uma tentativa de variações da expressão que levam a um mesmo objetivo: correção das distorções do liberalismo, para preservação da instituição básica do sistema capitalista, o mercado.

Outra questão que ocupa os autores é a tipologia das intervenções.

Todos eles apresentam a sua classificação que, em suma, representa a mesma coisa com outros nomes.

Uma consideração interessante é devida a Washington Albino, que apresenta as classificações de Karl Mannheim, Guaita e de Laufenburger. O autor conclui afirmando que o planejamento econômico é a técnica mais aperfeiçoada de intervenção, sendo que esta pode verificar-se com ou sem o planejamento, mas que a recíproca não é verdadeira. In SOUZA, Washington Peluso Albino de – op. cit., pp. 436-439.

Já Eros Grau afirma não incluir o planejamento como uma modalidade de intervenção, porque o mesmo, apenas qualifica a ação intervencionista do setor público em relação ao processo econômico. In GRAU, Eros Roberto – op. cit., p.66.

² MONCADA, Luis S. Cabral de – *Direito Econômico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª edição, 1988, p.15.

³ VENÂNCIO FILHO, Alberto – *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico* – RJ, Fundação Getúlio Vargas, 1968, p.8.

⁴ No dizer de Vigorita, “A I Guerra Mundial rompe a tradição do liberalismo econômico, acelerando violentamente a ação dos fatores desagregadores. De fato, tal guerra: a) dilata desmesuradamente as exigências de armamento geral e coativo da vida econômica; b) em virtude disso, constitui uma experiência concreta da total disciplina pública da economia, assumido como modelo de futuros objetivos autoritários de política econômica; e ao mesmo tempo cria hábitos e métodos dirigistas dificilmente anuláveis; c) provoca excessos dimensionais e distribuições erradas na industrialização, com predisposição à ruína

por falta de capital e de demanda, e conseqüente “absorção” estatal para evitar a crise; d) fraciona o mercado internacional pelo surgimento de novos Estados e de um novo nacionalismo econômico, determinando ademais o definitivo desenvolvimento numérico e o despertar classista das massas operárias, de quem acresce o peso político e a força organizatória, colocando em posição de condicionar a tradicional supremacia das antigas classes dirigentes e de exigir a revisão em sentido social do intervencionismo”. In VIGORITA, Vincenzo Spagnuolo – *L Iniziativa Economia Privada nel Diritto Pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, pp. 170-172. Apud. VENÂNCIO FILHO, Alberto – op. cit., p. 12.

⁵ Os autores tratam a I Guerra Mundial como o divisor de águas entre a era liberal pura e a era intervencionista. Foi neste momento histórico que os juristas e filósofos do Direito compreenderam e sentiram a presença do Direito Econômico. In SOUZA, Washington Peluso Albino de – op. cit., p. 410.

⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de – op. cit., p. 426.

⁷ VENÂNCIO FILHO, Alberto – op. cit., p. 25.

⁸ SODRÉ, Nelson Werneck – *Formação Histórica do Brasil*, RJ, Ed. Civilização Brasileira, 9.ª edição, 1976, pp. 254-255.

⁹ FAORO, Raymundo – *Os Donos do Poder*, Porto Alegre, Ed. Globo, 1958, p. 210.

¹⁰ CARONE, Edgar – *A República Liberal, Instituições Sociais (1945-1964)*, São Paulo, Difel, 1985, Tomo I, p. 133.

¹¹ Na verdade, a Abolição atendeu muito mais “aos interesses que engendrava a nova etapa do expansionismo inglês (necessidade de estimular a expansão dos mercados para os produtos manufaturados do Império Britânico), do que às veleidades libertárias...” Ademais, pese o fato de que, já estando estabelecido o monopólio da terra nas mãos de uns poucos proprietários, era mais econômico contratar assalariados ou explorar a mão-de-obra através de uma ampla gama de relações de produção semi-servil, que seguir mantendo a força de trabalho escravo”, a esta altura, já bastante onerosa. In BAMBIRRA, Vânia e SANTOS, Theotônio dos – “Brasil: Nacionalismo, Populismo y Dictadura: 50 Años de Crisis Sociales”, In *América Latina: Historia de Medio Siglo-América del Sur*, coordinación: Pablo Gonzáles Casanova, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 1986, 6.ª ed., p. 131.

¹² REIS, Elisa Maria Pereira, em sua obra *Conservative Modernization in Brazilian Agriculture – The Post Abolition Plantation*, Houston, LASA, 1977, esposa a tese segundo a qual, se as duas Regiões – O Nordeste e o Centro Sul – tivessem competido pela mão-de-obra, o destino dos trabalhadores rurais teria sido radicalmente distinto. Sustenta ainda, que a opção pelos programas de imigração funcionou como uma coalizção reacionária com as elites

do Nordeste, negando aos ex-escravos e à mão-de-obra doméstica, livre acesso ao mercado de trabalho.

¹³ GUIMARÃES, Alberto Passos – *Quatro Séculos de Latifúndio*. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1977, 5.ª ed., pp. 133-135.

¹⁴ Houve, no Brasil, dois padrões de imigração: a “colonização” e a “imigração” simplesmente. O primeiro, dirigido e induzido pelo governo central, foi uma tentativa de criar no país um campesinato de tipo europeu, independente e produtivo. O outro, promovido pelos agricultores de São Paulo e, posteriormente, pelo governo estatal, visa especialmente à provisão de mão-de-obra para as fazendas de café. O padrão de “colonização” obteve êxito relativo nos Estados sulinos do Rio Grande e Santa Catarina, onde se estabeleceram grandes colônias de alemães. O de “imigração”, entretanto, foi o dominante, e São Paulo tornou-se, cada vez mais, a área promotora e de destino deste fluxo. O quadro abaixo representa, em termos percentuais, o volume de imigrantes que chegaram ao Brasil e a São Paulo, nos anos de 1884 a 1888.

ANO	N.º IMIGRANTES (Brasil)	N.º IMIGRANTES (São Paulo)
1884	24.800	20
1885	35.440	18
1886	33.486	28
1887	55.963	57
1888	133.153	69

In SCHWARTZMAN, Simon – *Bases do Autoritarismo Brasileiro*. Rio de Janeiro, Editora Campos Ltda., 1982, 2.ª ed., pp. 81-82.

Ora, a explicação para o sucesso da agricultura paulista passa, necessariamente, pela análise da solução dada pelo Estado à questão da mão-de-obra na transição do trabalho escravo para o trabalho livre, em primeiro lugar, e na política de sustentação de preços ao nível internacional, depois. Para uma análise referente aos dois temas, ver: REIS, Elisa Maria Pereira – *Política Cafeeira e Interesses de Classes*, (tese de mestrado), Rio de Janeiro, Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro, 1972.

Uma descrição dos padrões de imigração no Brasil pode ser encontrada em NEIVA, Artur Hehl – *O Problema Migratório Brasileiro*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1945, separata n.º 2 da revista de Colonização e Imigração: AZEVEDO, Silvio de Almeida – “Imigração e Colonização no Estado de São Paulo”, In *Revista do Arquivo*, São Paulo, Departamento de Cultura, 1941, V. 75 e MARTINS, José de Souza – *A Imigração e a Crise do Brasil Agrário*, São Paulo, Livraria Pioneira, f.d., 1973.

¹⁵ HOBBSBAUM, Eric J. – *Les Primitifs et la Révolte dans L'Europe Moderne*, traduzido para o francês por Reginald Laars, Paris, Fayard, 1966. Caps. VIII e IX.

¹⁶ A análise sobre o emprego de uma nova mão-de-obra nas regiões brasileiras, no período de transição da Abolição da Escravatura, encontra-se em: BEIGUELMAN, Paula – *Formação Política do Brasil*, São Paulo, Livraria Pioneira, Ed., 1967 e *A Formação do Povo no Complexo Cafeeiro: Aspectos Políticos*, São Paulo, Livraria Pioneira, Ed., 1968; ANDRADE, Manoel Correia – *A Terra e o Homem no Nordeste*, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1973, 2.ª ed., pp. 96 ss.

¹⁷ A política dos governadores que apressou a integração dos Estados à Federação verticalizou as relações sociais, consolidando o chefe regional nos Estados e o “coronel”, no Município. Sua consequência no campo foi a feudalização do campesinato, totalmente dependente de uma política, o qual sob condições de lealdade e conformidade absolutas, poderia usufruir parcialmente a terra e alguns outros bens e serviços.

Para uma discussão sobre a existência no Brasil de relações feudais ou semif feudais, consultar SO-DRE, Nelson Werneck, *Formação Histórica do Brasil*, op.cit., pp. 307 ss.

Em sentido contrário, ver PRADO JÚNIOR, Caio – “Contribuição para a Análise da Questão Agrária no Brasil”, in *Revista Brasiliense*, n.º 28, março-abril 1960, pp. 163-238; “Resposta” in *Revista Brasiliense* n.º 32, novembro-dezembro, 1960, pp. 155-157 e *A Revolução Brasileira*, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1966, cap. II. Segundo Prado Júnior, jamais houve no Brasil uma estrutura feudal ou restos de feudalismos. De um lado, porque o fazendeiro era um homem de negócios, de outro, porque prevalecia no campo o assalariado.

Discordando de ambas as posições, por entender que a relação concreta entre o fazendeiro e o colono é complexa e contraditória, onde se mesclam o pagamento de diárias em espécie, o trabalho gratuito, a produção de alimentos e ainda a parceria, regime no qual parte da produção de alimentos é entregue ou recebida pelo colono, ver: MARTINS, José de Souza – *O Cativo da Terra*, São Paulo, Livraria Ed. de Ciências Humanas, 1979, pp. 7-93.

¹⁸ CAMARGO, Aspásia de Alcântara – “A Questão Agrária: Crise do Poder e Reforma de Base (1930-1964)”, In *História da Civilização Brasileira*, São Paulo, Difel, Tomo III: “O Brasil Republicano”, pp. 130-131.

¹⁹ A produção historiográfica relativa às oligarquias na Primeira República é extensa e profícua. Linhas de interpretação emergem a respeito do tema. Autores como Nelson Werneck Sodré e Hélio Jaguaribe destacam a ideia de uma contradição fundamental entre o setor agrário-exportador e os setores urba-

no-industriais, enfatizando o papel vanguardista da classe média nas reivindicações burguesas.

Segundo esta análise, a Primeira República é enfocada em termos de um sistema de dominação do latifúndio, cuja dinâmica se configura em três etapas: a da implantação, em que haveria um predomínio do poder da classe média através da atuação dos militares; a da consolidação, onde o controle exclusivo estaria sob a tutela das oligarquias latifundiárias; e o declínio, marcado pela expansão da burguesia industrial e da classe média e pela disputa desses setores pelo controle do poder. Sob esta ótica, a Revolução de 30 representou um conflito entre o setor industrial e o agrário, uma luta entre a burguesia e o latifúndio. In SODRÉ, Nelson Werneck – *Formação Histórica do Brasil*, op. cit., e JAGUARIBE, Hélio – *Problema do Desenvolvimento Econômico e a Burguesia Nacional*, São Paulo, Centro da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1958, 2.ª ed.

Tal abordagem insere-se num modelo mais amplo de interpretação da realidade brasileira, cuja tese central defende a existência de dois setores sócio-econômicos básicos; o pré-capitalista, localizado no campo e expresso pelo latifúndio, onde predomina a relação de tipo semifeudal; e o urbano-capitalista, que deu origem a uma burguesia industrial e à classe média urbana. Um dos desdobramentos desta concepção é a caracterização dos conflitos de classe no país como resultado do antagonismo entre o latifúndio – aliado ao imperialismo – e as forças nacionais – constituídas de segmentos da burguesia nacional, pequena burguesia e classes populares.

Este posicionamento foi adotado pelo Partido Comunista Brasileiro e pelas forças nacionalistas nos anos 50.

Contestando a proposta de Werneck Sodré ver BEIGUELMAN, Paula – “A propósito de uma interpretação da História da República”. In *Pequenos Estudos de Ciência Política*, São Paulo, Ed. Pioneira, 1973, pp. 83-99.

Com a implantação do regime autoritário em 64 e a conseqüente impossibilidade de manutenção de tais teorias, abriram-se espaços para novas interpretações da conjuntura brasileira.

PRADO JÚNIOR, Caio, em obra pioneira: *A Revolução Brasileira*, op. cit., produziria uma revisão crítica sobre a atuação das esquerdas no Brasil, os equívocos de suas teses estratégicas de ação política, dando azo a uma revisão global das interpretações na Primeira República.

Outro texto fundamental é o de SOUZA, Maria do Carmo Campelo de – “O Processo Político-Partidário na Primeira República”, In *Brasil em Perspectiva*, coletânea organizada por Carlos Guilherme Mota, São Paulo, Difel, 1982, 13.ª ed., pp. 162-227. Tomando como ponto central da análise o processo político-partidário, a autora conduz sua análise no sentido de demonstrar que o desenvolvimento industrial no Brasil não criou um antagonismo com o

antigo setor exportador – tese defendida por Beiguelman – e que havia uma complementariedade de interesses das duas esferas econômicas. A partir desta perspectiva, é retomada uma análise de conjunturas, classicamente considerada como de expansões dos setores urbanos (governos Deodoro, Floriano Peixoto, Hermes da Fonseca e a década de 20), para demonstrar que, nesses períodos, as oligarquias não perderam nem tiveram reduzidos seus interesses. O artigo traça, ademais, um quadro evolutivo dos diferentes governos e aborda a montagem do pacto oligárquico e da política dos governadores. Nesta linha de interpretação, consultar, na mesma obra, o artigo de FAUSTO, Boris – *A Revolução de 30: história e historiografia*, São Paulo, Brasiliense, 5.ª ed., 1978, pp. 227-255. Propondo precisar o significado da Revolução de 30, o autor caracteriza-a como o resultado de conflitos intra-oligárquicos, fortalecido por movimentos militares dissidentes, cujo objetivo era golpear a hegemonia da oligarquia cafeeira, contudo, em virtude da incapacidade das demais classes ou frações de classes para assumir o poder de maneira exclusiva, e com o colapso dos oligárquicos do café, abriu-se um vazio de poder. A resposta para essa situação foi o Estado de compromisso. Em outra obra, *Pequenos Ensaios da História da República, 1889-1945*, São Paulo, Cebrap, 1972, o autor aprofunda as críticas às contradições dualistas de classes – oligarquias agrárias versus setores urbanos industriais – ao enfatizar que a concentração das atividades econômicas em áreas geográficas definidas propiciou a formação no país de uma estrutura regional de classes.

Merece destaque, também, no campo de estudos sobre as oligarquias, as contribuições dos brasilianistas, tais como LEVINE, Robert – *A velha usina: Pernambuco na federação brasileira 1889-1937*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1980; LOVE, Joseph – *O Regionalismo Gaúcho e as Origens da Revolução de 1930*, São Paulo, Perspectiva, 1975; *A Locomotiva: São Paulo na federação brasileira*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982, e WIRTH, John – *O fiel da balança: Minas Gerais na federação brasileira*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1975. As referidas obras analisam as oligarquias nos Estados de São Paulo, Minas e Pernambuco, desde a Proclamação da República até o Estado Novo.

Um outro enfoque sobre a atuação das oligarquias regionais encontra-se em FURTADO, Celso – *Formação Econômica do Brasil*, São Paulo, Difel, 1959. Segundo ele, a hegemonia da oligarquia paulista e mineira sustentava-se na preeminência da economia exportadora cafeeira. Este arranjo político ditava a orientação do governo federal, cuja política financeira sempre esteve voltada para beneficiar este setor. Celso Furtado chega a afirmar a existência de uma quase total subordinação da política econômica do governo federal aos desígnios do setor cafeeiro. A conseqüência desta postura governamental é o conceito, elaborado pelo autor, de “socialização de per-

das”, vez que o mecanismo de depreciação cambial geraria a socialização dos prejuízos das oligarquias, decorrentes do declínio dos preços do café. Em sentido contrário à tese de Celso Furtado, consultar: PELÁEZ, C.M. – “As conseqüências econômicas da ortodoxia monetária cambial e fiscal no Brasil entre 1889-1945”, In *Revista Brasileira de Economia*, v. 25, n.º 3, 1971, pp. 5-82; SUZIGAN, Wilson e PELÁEZ, Carlos Manoel – *História Monetária do Brasil*, Brasília, UnB, 1982 e *Política do governo e crescimento da economia brasileira, 1889-1945*, escrito com Annibal Vilela, Rio de Janeiro, IPEA-INPES, 2.ª ed., 1975; FRITSCH, Winston – “Aspectos da política econômica no Brasil: 1906-1914”, In *Economia Brasileira: uma visão histórica*, coordenador Paulo Neuhaus, Rio de Janeiro, Campus, 1980, pp. 257-315 e “Apogeu e Crise na Primeira República: 1900-1930” In *A Ordem do Progresso. Cem anos de política econômica republicana (1889-1989)*, organizado por Marcelo de Paiva Abreu, Rio de Janeiro, Campus, 1989, pp. 31-72, FRANCO, Gustavo Barroso – *Reforma monetária e instabilidade durante a transição republicana*, Rio de Janeiro, BNDES, 1983 e “A primeira década republicana”, In *A Ordem do Progresso. Cem anos de política econômica republicana*, op. cit., pp. 11-30. Em todas estas obras, busca-se relativizar o papel e o peso de São Paulo e da oligarquia cafeeira no Estado brasileiro, salientando a existência de pressões contrárias a ela, provenientes de outros grupos oligárquicos regionais e dos próprios banqueiros internacionais.

Em *Os Bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi*, São Paulo, Companhia das Letras, 1987, 3.ª ed., CARVALHO, José Murilo de, faz um relato interessante sobre as práticas oligárquicas na primeira década republicana e o alijamento das classes populares do exercício de seus direitos de cidadania.

Finalmente LESSA, Renato e JANOTTI, Maria de Lourdes em suas obras, respectivamente, *A invenção republicana*, São Paulo, Vértice, 1987 e *O Coronelismo, uma Política de Compromisso*, São Paulo, Brasiliense, 1981, concentram sua atenção na política dos governadores e nas dissensões de suas facções. In: GOMES, Angela de Castro e FERREIRA, Marieta de Moraes – “Primeira República: um balanço historiográfico”, In *Estudos Históricos*, São Paulo, Vértice, 1989, pp. 146-250.

²⁰ Examinando-se a competência da União na matéria, ver-se-á que se limita à instituição de bancos emissores e à criação e manutenção de alfândegas (art. 7.º, § 1.º, itens 1 e 2). Cabe, ainda, destacar o artigo 13, onde se remete para a lei ordinária o direito da União e dos Estados de legislarem sobre viação férrea e navegação interior, e uma manifestação incipiente de um papel mais ativo do Estado em defesa da economia nacional, quando o parágrafo único deste mesmo artigo determina que a navegação de cabotagem será feita por navios nacionais. In VENÂNCIO FILHO, Alberto – op. cit., p. 28

²¹ FURTADO, Celso – *Formação Econômica*

do Brasil, op.cit., p. 196.

²² VENÂNCIO FILHO, Alberto – op. cit., p. 29

²³ SODRÉ, Nelson Werneck – op. cit., p. 303.

²⁴ CARONE, Edgar – op. cit. pp. 135-136.

²⁵ O tenentismo, sua ideologia, seu projeto e suas repercussões sociais ultrapassam os limites desta monografia. Neste sentido consultar: SILVA, Hélio – *1922 – Sangue na Areia de Copacabana*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1964 e *1926 – A Grande Marcha*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1985; DRUMOND, José Augusto de – *O Movimento Tenentista: Intervenção Militar e Conflito Hierárquico (1922-1935)*, Rio de Janeiro, Graal, 1986.

²⁶ CAMARGO, Aspásia, op. cit., p. 132.

O poema de Demócrito Rocha, publicado no jornal *O Povo*, de 4 de julho de 1931, sob o pseudônimo de Antônio Garrido, retrata com lirismo “a entrada da coluna no Nordeste”, “contra a qual se ergueram todas as forças coligadas da oligarquia, do misticismo e do banditismo”:

“...Lá vêm eles!

O fantasma da lei sofria vertigens no Ceará e podia socorro

à benção do padre Cícero

e ao chapéu de couro

e à cartucheira de Lampião!

Lá vêm eles!

E dois mil cangaceiros

empiquetavam as fronteiras com o Piauí...”

“O grito da oligarquia era o de que “Prestes não entrará”, pois

governantes, beatos e cangaceiros, estipendiados pelos cofres do

Erário, opunham a resistência mercenária aos desígnios da milícia

revolucionária libertadora”.

“Prestes não entrará!

Um chuveiro de balas – à toa

riscava de fogo as estradas reais

Prestes não entrará

E o dinheiro do tesouro

enchia a bolsa de todos os bandidos nos sertões...

Prestes não entrará!”

In BONAVIDES, Paulo – *Demócrito Rocha – Uma Vocação para a Liberdade*, Fortaleza, editado pela Fundação Demócrito Rocha, 1988, 2.ª ed., pp. 17-18.

²⁷ No Brasil, a abundância de terras não fortaleceu sua distribuição mais eqüitativa. Os proprietários

os de terra reduzem-se a um número limitado de pessoas, que controlam grandes extensões, impossíveis de serem utilizadas produtivamente. Em contrapartida, uma categoria numerosa de pessoas utilizam lotes insuficientes para assegurar a subsistência familiar e cuja dimensão não permite a racionalização e mecanização da produção. Abaixo desses dois extremos encontram-se, ainda, diferentes tipos de trabalhadores rurais, tais como os parceiros, arrendatários, assalariados, "bóias-frias", que, em esmagadora maioria, trabalham para terceiros.

Os dados do censo agrícola no Brasil e da produtividade da terra por hectare estão in SILVA, José Gomes da - *A Reforma Agrária no Brasil*, Rio de Janeiro, Zahar, 1971, pp. 51-52 e CAMARGO, Aspásia, op. cit., pp. 124-125.

²⁸ Era a troca de tudo por tudo, que envolvia um complicado balanço de favores prestados e recebidos, desde as relações materiais - a cessão da terra em troca de parte dos gêneros alimentícios produzidos - até a recíproca lealdade - tão característica pela trama religiosa e do compadrio, através do qual, o agregado colocava seu filho sob a tutela e proteção do fazendeiro - padrinho, tecendo uma teia de relações sagradas. Sobre o assunto consultar: LEAL, Vitor Nunes - *Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1948; QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de - *O Mandonismo Local na Vida Política Brasileira e Outros Ensaios*, São Paulo, Alfa-Ômega, 1976; PRADO JÚNIOR, Caio - *Formação do Brasil Contemporâneo*, São Paulo, Ed. Brasiliense Ltda, 1957, 5.ª ed., e BEZERRA, Maria do Nascimento - *A Estratégia do Paternalismo na Parceria*, Natal, Editora Universitária, 1987.

²⁹ Nesse sentido ver: NOVAIS, Fernando A. - *Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)*, São Paulo, Ed. Hucitec, 1981, pp. 92-106 e MARTINS, José de Souza - *O Cativo da Terra*, op. cit., pp. 7-93. É importante ressaltar que, no período colonial, quem não tivesse sangue limpo, estava excluído da herança. Assim, os bastardos, os mestiços de branco e índio, estavam impedidos de se tornarem proprietários.

Ademais, pelo regime do morgadio - que tornava o primogênito herdeiro legal dos bens de um fazendeiro - interditava-se a dispersão da riqueza pela herança, mas não obstava a abertura de novas fazendas e a constituição de novas propriedades, mediante simples ocupação e uso da terra. Aliás, era este o processo de obtenção de sesmarias. Somente após a ocupação da terra credenciava-se a legitimação da sesmaria. Um mestiço pobre poderia até abrir sua posse, mas nunca se tornar um sesmeiro em razão dos mecanismos de exclusão da propriedade da terra.

A estrutura fundiária brasileira pouco se alteraria, no tocante ao seu caráter elitista e segregador, com a independência. Pela Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, a concessão da sesmaria tinha pre-

cedência legal sobre direitos de posse. Se o fazendeiro, tornado sesmeiro, tivesse instalados posseiros em suas terras e não os quisesse como agregados, pela Lei de 18 de setembro de 1850, ele estava, unicamente, obrigado a indenizá-los, pelas benfeitorias.

Litteris; Art. 5.º

§ 2.º - "As posses em circunstâncias de ser legitimadas, que se acharem em sesmarias ou outras concessões do governo, não incursas em comissão ou revalidadas por esta Lei, só darão direito à indenização pelas benfeitorias" In: *Legislação Agrícola do Brasil*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, V. III - (1808-1889), 1911, pp. 17-18.

Para um maior aprofundamento do tema consultar: LIMA, Ruy Cirne - *Pequena História Territorial do Brasil: Sesmaria e Terras Devolutas*, Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1954, 2ª ed.; ARANTES NETO, Antonio Augusto - "A Sagrada Família - Uma Análise Estrutural do Compadrio" In *CADERNOS do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas*, n.º 5, São Paulo, Unicamp - Brasiliense, 1975; PORTO, José da Costa - *O Sistema Sesmario do Brasil*, Distrito Federal, Ed. Universidade de Brasília, 1980.

³⁰ Nas eleições paroquiais, a renda líquida anual mínima era 100\$000 (cem mil réis) - § 5.º, do art. 92, nas provinciais, a exigência dobrava: 200\$000 (duzentos mil réis) - § 1.º, do art. 94, e, em se tratando das eleições gerais, passava para 400\$000 (quatrocentos mil réis) - § 1.º, do art. 95.

³¹ Sobre a Guarda Nacional consultar: SODRÉ, Nelson Werneck - *História Militar do Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1968, 2.ª ed., pp. 116 ss.

³² MARTINS, José de Souza - *Os Camponeses e a Política*, Petrópolis, Ed. Vozes, 1981, p. 46.

³³ In LEAL, Vitor Nunes - *Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil*, op. cit., p. 166 e VILLAÇA, Marcus Vinicius e ALBUQUERQUE, Roberto C. - *Coronel, Coronéis*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1965, pp. 217-221. Estes eram os mecanismos "institucionais" utilizados pelos "coronéis" para combater os dissidentes. Paralelamente a eles, os "coronéis" mobilizaram com frequência seus "jagunços", inclusive "jagunços profissionais", que existiam em grande número, para conter ou exterminar seus adversários; In MARTINS, José de Souza - *Os Camponeses e a Política*, op. cit., p. 48. Sobre o assunto consultar ainda: PANG, Eul - Soo - *Coronelismo e Oligarquias - 1889-1943*, tradução de Vera Teixeira Soares, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1979; DUARTE, Nestor - *A Ordem Privada e a Organização Política Nacional*, São Paulo, Companhia Editora, 1966, 2.ª ed.

³⁴ JANOTTI, Maria de Lourdes M. - *O Coronelismo, Uma Política de Compromissos*, op. cit., pp. 11-21. Os vícios do sistema oligárquico seriam vigorosamente apontados por Rui Barbosa, desde a

campanha civilista (1910). A este propósito, escreveu Luís Viana Filho: "Desde que se proclamara a República, as eleições haviam sido apenas um mito. Banido o Imperador, que de certo modo coibia as ambições imoderadas, destruídos os velhos partidos, agora substituídos por transitórios agrupamentos, agitado o país pelas revoluções, aos eleitores ficara apenas a função de sancionarem as combinações acertadas pelas maiorias políticas eventuais. Apenas um ou outro deputado conseguia eleger-se em oposição. Principalmente após a administração de Campos Sales, que incentivara a chamada "política dos governadores" cuja fórmula se resumia num apoio recíproco entre o Presidente da República e os Governadores dos Estados da Federação, havia desaparecido completamente o pensamento de se organizarem partidos estáveis. Vivía-se dentro de verdadeiro círculo vicioso, que funcionava com exatidão, esmagando qualquer veleidade de rebeldia contra aquelas forças conjugadas. Prestigiados pelo Presidente, os Governadores elegiam deputados da sua confiança incumbidos de apoiarem, no parlamento, a vontade do chefe da Nação". VIANA FILHO, Luís - *A Vida de Rui Barbosa*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1977, 8.ª ed., pp. 523 ss.

³⁵ JANOTTI, Maria de Lourdes M. - *O Coronelismo, Uma ...* op. cit., pp. 23-24.

³⁶ In SCHWARTZMAN, Simon - *Bases do Autoritarismo ...*, op. cit., p. 79. A intervenção do Estado era tamanha, que um observador da época chegou a afirmar que "em nenhum lugar do mundo - pelo menos não nas Índias Holandesas - se proporciona aos agricultores tantas garantias legais para permitilhes cultivarem suas terras em paz, como no Brasil". In: STEIN, Stanley J. - *Vassouras, a Brazilian Coffee County, 1850-1900*, Cambridge, Harvard University Press, 1957, p. 241.

³⁷ A proteção ao setor exportador operava-se através das desvantagens cambiais, mecanismo de manipulação da taxa de câmbio, que regulava as trocas entre a moeda nacional e as estrangeiras, de maneira a permitir que, sobrevivendo uma queda nas exportações, o setor exportador recebesse proporcionalmente mais, em razão da desvalorização da moeda nacional.

Tal medida onerava o consumo da coletividade vez que os produtos importados passavam, também, a custar mais; com isso, o setor exportador ficava protegido, às custas da sociedade, que acabava por arcar com o ônus da desvalorização. In COHN, Gabriel - "Problemas da Industrialização no Século XX", in *Brasil em Perspectiva*, organização de Carlos Guilherme Mota, São Paulo, Difel, 1982, 13.ª ed., pp. 293-294.

³⁸ Sob o impacto de crises recorrentes do mercado, as preferências pela ação do Estado em relação a esforços cooperativos os levaram - (os oligarcas) - a renovar suas demandas a favor da intervenção estatal. Depois de três instâncias de "intervenção temporária", os fazendeiros passaram a fazer campanha

pela ação permanente do Estado no mercado do café, o que, finalmente conseguiram na década de 20 ... As práticas de intervencionismo econômico reforçaram a dominação política dos plantadores. Com este poder, os plantadores puderam superar a resistência inicial do Executivo, intervir no mercado e reforçar as práticas monopolísticas que asseguravam preços artificialmente altos para o café. Uma vez que as oligarquias agrárias conseguiram garantir sua representação exclusiva na arena política, o liberalismo econômico perdeu sua *raison d'être*. Como consequência, os princípios do *laissez-faire*, estabelecidos nas normas constitucionais, foram abandonados em benefício da intervenção contínua do Estado no mercado. REIS, Elisa Maria Pereira - *Política Cafeeira...*, op. cit., p. 166.

³⁹ LINHARES, Maria Yêda e SILVA, Francisco Carlos Teixeira - *História da Agricultura Brasileira*, São Paulo, Brasiliense, 1981.

⁴⁰ Sobre o cultivo do café no Vale do Paraíba, nomeadamente no município de Vassouras, consultar: STEIN, Stanley J. - *Grandeza e Decadência do Café no Vale do Paraíba*, tradução Edgar Magalhães, São Paulo, Ed. Brasiliense, SD.

⁴¹ Nesse sentido, "um esforço sistemático para o controle da oferta e para influenciar os preços do café no mercado internacional principia-se em 1906, com o Acordo de Taubaté, firmado pelos governos estaduais de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro. Tentativa de controle fora feita pelo governo de São Paulo quando em 1902, proibiu o plantio de novos cafeeiros durante cinco anos". REIS, Elisa Maria Pereira, *Política Cafeeira ...*, op. cit., p. 9.

⁴² DELFIM NETO, Antônio - *O Problema do Café no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora FGV: Ministério da Agricultura, 1979, pp. 33-34.

⁴³ A gradação de Pietre que estabelece as três idades econômicas, a saber: economia subordinada, independente e dirigida - gradações estas, que o sistema capitalista liberal típico vivenciou ao longo dos séculos, manifestou-se de forma anômala no Brasil. Nem a retórica radical do *État Gendarme* propalada pelos franceses nem, tampouco, a moderação teórica de Adam Smith relativa a ação do Estado na atividade econômica prosperam no país, onde se podia vislumbrar um modelo político econômico *sui generis*. In SOUZA, Washington Peluso Albino de - *Direito Econômico e Economia Política*, 2.º volume - *Direito Econômico Brasileiro*, Belo Horizonte, 1971, p. 253.

⁴⁴ CARVALHOSA, Modesto - *Direito Econômico*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, pp. 99 e 143-144.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto - op. cit., p. 62.

⁴⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de - *Direito Econômico e Economia ...*, op. cit., pp. 253-254.

Bibliografia

- BAMBIRRA, Vânia e SANTOS, Theotônio dos – “Brasil: Nacionalismo, Populismo y Dictadura: 50 Años de Crisis Sociales”, In *América Latina: História de Médio Siglo-América del Sur*, coordinación: Pablo Gonzáles Casanova, Argentina, Siglo Veintiuno editores, 6.ª ed., 1986.
- BONAVIDES, Paulo – “Demócrito Rocha – Uma Vocação para a Liberdade”, Fortaleza, Editado pela Fundação Demócrito Rocha, 1988, 2.ª ed.
- CAMARGO, Aspásia de Alcântara – “A Questão Agrária: Crise do Poder e Reforma de Base (1930-1964)”, In *História da Civilização Brasileira*, São Paulo, Difel, Tomo III: O Brasil Republicano.
- CARONE, Edgar – “A República Liberal, Instituições Sociais (1945-1964)”, SP, Difel, 1985, Tomo I.
- COHN, Gabriel – “Problemas da Industrialização no Século XX”, In *Brasil em Perspectiva*, organização de Carlos Guilherme Mota, São Paulo, Difel, 1982, 13.ª ed.
- DELFIN NETO, Antônio – “O Problema do Café no Brasil”, Rio de Janeiro, Editora FGV: Ministério da Agricultura, 1979.
- DUARTE, Nestor – “A Ordem Privada e a Organização Política Nacional”, São Paulo, Companhia Editora, 1966, 2.ª ed.
- FAORO, Raymundo – “Os Donos do Poder”, Porto Alegre, Ed. Globo, 1958.
- FURTADO, Celso – “Formação Econômica do Brasil”, São Paulo, Difel, 1959.
- GUIMARÃES, Alberto Passos – “Quatro Séculos de Latifúndio”, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977, 5.ª ed.
- GOMES, Angela de Castro e FERREIRA Marieta de Moraes – “Primeira República: um balanço historiográfico”, In *Estudos Históricos*, São Paulo, Vértice, 1989.
- GRAU, Eros Roberto – “Elementos de Direito Econômico”, SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- HOBBSBAUN, Eric J – “Les Primitifs et la Révolte dans l’Europe Moderne”, traduzido por Reginald Laars, Paris, Fayard, 1966.
- LEAL, Vitor Nunes – “Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil”, Rio de Janeiro, Forense, 1948.
- “Legislação Agrária do Brasil”, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, Vol III (1808-1889), 1911.
- LINHARES, Maria Yêda e SILVA, Francisco Carlos Teixeira – “História da Agricultura Brasileira”, São Paulo, Brasiliense, 1981.
- MARTINS, José de Souza – “O Cativo da Terra”, São Paulo, Livraria Ed. de Ciências Humanas, 1979.
- _____ “Os Camponeses e a Política”, Petrópolis, Vozes, 1981.
- MONCADA, Luis S. Cabral de – “Direito Econômico”, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª Ed., 1988.
- NOVAIS, Fernando A – “Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)”, São Paulo, Ed. Hucitec, 1981.
- PANG, Eul Soo – “Coronelismo e Oligarquias – 1889 – 1943”, tradução de Vera Teixeira Soares, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1979.
- PRADO JÚNIOR, Caio – “Formação do Brasil Contemporâneo”, São Paulo, Ed. Brasiliense Ltda, 1957, 5.ª ed.
- _____ “Contribuição para a Análise da Questão Agrária no Brasil”, In *Revista Brasiliense*, n.º 28, março – abril, 1960.
- _____ “Resposta”, In *Revista Brasiliense* n.º 32, nov-dez, 1960.
- _____ “A Revolução Brasileira”, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1966.
- QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de – “O Mandonismo Local na Vida Política Brasileira e outros Ensaios”, São Paulo, Ed. Alfa-Ômega, 1976.
- REIS, Elisa Maria Pereira – “Política Cafeteira e Interesses de Classes”, tese de mestrado, Rio de Janeiro, Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro, 1972.
- _____ “Conservative Modernization in Brazilian Agriculture – The Post Abolition Plantation”, Houston, LASA, 1977.
- SCHWARTZMAN, Simon – “Bases do Autoritarismo Brasileiro”, Rio de Janeiro, Editora Campos Ltda., 1982.
- SODRÉ, Nelson Werneck – “Formação Histórica do Brasil”, RJ, Ed. Civilização Brasileira, 9.ª Ed., 1976.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de – “Direito Econômico”, RJ, Ed. Saraiva, 1981.
- _____ – “Direito Econômico e Economia Política”, 2.º volume-Direito Econômico Brasileiro, Belo Horizonte, 1971.
- STEIN, Stanley J – “Vassouras, a Brazilian Coffee County – 1850-1900”, Cambridge, Harvard University Press, 1957.
- _____ “Grandeza e Decadência do Café no Vale do Paraíba”, tradução de Edgar Magalhães, São Paulo, Ed. Brasiliense, SD.
- VENÂCIO FILHO, Alberto – “A Intervenção do Estado no Domínio Econômico”, RJ, Fundação Getúlio Vargas, 1968.
- VIANA, Filho, Ruy – “A Vida de Ruy Barbosa”, Rio de Janeiro, José Olympio, 1977, 8.ª ed.
- VILLAÇA, Marcus Vinicius e ALBUQUERQUE, Roberto – “Coronel, Coronéis”, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1966.

Biblioteca e Constituição

SUELI ANGÉLICA DO AMARAL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Educação e biblioteca no contexto brasileiro. 3. Biblioteca e Constituição. 4. Bibliotecários brasileiros e a Constituição de 1988. 5. Considerações finais.

1. Introdução

O processo de elaboração da atual Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi um momento exponencial na história do Brasil. Todos os segmentos da sociedade foram convocados a contribuir nesse processo. Pela primeira vez a sociedade brasileira pôde participar da organização básica do País, a partir das oportunidades concedidas às diversas parcelas de opinião de expressar, discutir e defender suas reivindicações junto aos constituintes eleitos em 15 de novembro de 1986, durante o trabalho desenvolvido pelas diversas comissões temáticas organizadas pela Assembléia Nacional Constituinte. Nos constituintes o povo depositou sua confiança, creditando-lhes poderes para expressar os anseios da sociedade brasileira e garantir o resgate da cidadania do nosso povo na construção da democracia.

Os brasileiros desejavam que a Constituição representasse, fundamentalmente, um avanço social com a transformação da sociedade brasileira pelo progresso e implementação de mudanças necessárias para alcançar a melhoria da qualidade de vida de nosso povo. Entretanto, esperar o máximo de uma Constituição pode ser utópico. Certamente ela foi escrita refletindo as limitações que temos. Somos um País de grande extensão territorial e imensas riquezas, mas considerado "em desenvolvimento". Nos-

Sueli Angélica do Amaral é professora e pesquisadora no Departamento de Ciência da Informação e Documentação da Faculdade de Estudos Sociais Aplicados da Universidade de Brasília, Mestre em Biblioteconomia e Documentação pela UnB. Especialista em Marketing para empresas públicas pela Fundação Getúlio Vargas de Brasília. Atualmente em Doutorado na UnB. Trabalhou na Biblioteca do Senado Federal. Recebeu dois prêmios: Menção honrosa no XI Concurso de Monografias sobre o Serviço Público pela Escola Nacional de Administração Pública e foi vencedora do concurso para *contributed papers*, promovido pela International Federation of Library Association no âmbito da América Latina e do Caribe.

sa Carta Magna foi redigida retratando essa situação.

Embora cada cidadão tivesse sua parcela de responsabilidade e cada segmento pudesse ter sido representado para expressar seus anseios e lutar pelos seus ideais, no caso específico dos bibliotecários brasileiros, acredita-se que nem todos tomaram conhecimento da participação da classe no processo de elaboração da Carta Magna. Neste sentido, no momento em que a revisão constitucional vem sendo cogitada, é apresentado este artigo, visando informar sobre as atividades realizadas por essa categoria profissional.

O objetivo primordial dos bibliotecários brasileiros era destacar a instituição biblioteca no texto constitucional, ressaltando-lhe o verdadeiro papel no contexto do país. O termo biblioteca foi entendido considerando-se todas as designações como: centro, e/ou sistema, e/ou serviço de documentação, e/ou informação, ou qualquer outra designação que pudesse ser atribuído a uma unidade de informação conforme sua atuação e extensão.

Diversos eventos foram organizados pelos bibliotecários, visando à elaboração de propostas que englobassem os interesses fundamentais da classe. Pela sua representatividade em caráter nacional, destacou-se o XIV Congresso Brasileiro de Biblioteconomia e Documentação, realizado em Recife, de 20 a 25 de setembro de 1987, concomitantemente com o XII Encontro Nacional de Informação Jurídica. Na ocasião foram apresentados alguns trabalhos sobre o assunto, embora grande parte deles não tenham sido incluídos nos volumes dos anais do evento.

Pelo mesmo critério de representatividade nacional, neste artigo será comentada a atuação da Federação Brasileira de Associações de Bibliotecários (FEBAB). A FEBAB congrega as associações bibliotecárias do Brasil e as Comissões Permanentes, que atuam em diversas áreas do conhecimento, interagindo com os usuários específicos de cada setor. É uma instituição sem fins lucrativos, mantida pelas Associações de Bibliotecários. Foi fundada em 26 de julho de 1959, durante a realização do II Congresso Brasileiro de Biblioteconomia e Documentação, em Salvador, Bahia. Pelo Decreto federal n.º 50.503, de 9 de novembro de 1966, foi considerada de utilidade pública. É filiada à International Federation of Libraries Association - IFLA, entidade internacional, que congrega as federações de bibliotecários de todos os pa-

íses do mundo. Todas essas características asseguraram à federação a legitimidade para expressar as reivindicações dos bibliotecários junto à Assembléia Nacional Constituinte.

2. Educação e biblioteca no contexto brasileiro

Segundo Cristóvam Buarque¹, o desafio à imaginação e sensibilidade dos constituintes seria definir uma organização da sociedade brasileira, onde a liberdade fosse o elemento-chave da modernização econômica, ao mesmo tempo que fossem eliminados todos os sistemas que mantivessem o atraso social. Neste enfoque, a educação representaria o elemento essencial no caminho para alargar o horizonte da prática da liberdade e a eficiência do processo produtivo. Sem esse elemento, a economia não ampliaria sua produtividade e não seria possível o atendimento dos requisitos necessários à modernização social. A educação seria o caminho para a mobilização social sem o que a modernização econômica não distribuiria seus frutos, constituindo-se, por estas razões, meio e fim do processo.

A educação integral do homem permitirá que as potencialidades de cada um possam ser desenvolvidas a serviço do bem-estar de todos e de cada um. A vida humana só pode atingir significado pleno, quando existe uma correspondência harmoniosa entre o processo técnico-científico e o processo social. Assim, a educação é a assimilação da soma de conhecimento e de habilitações práticas adquiridas em vários domínios da vida social, quer na produção, quer na administração, quer no consumo ou nos serviços e que sintetizam a experiência histórica das gerações precedentes. Esta assimilação economiza tempo e permite a cada nova geração dar mais um passo avante na evolução histórica da sociedade.²

No Brasil, quando se discute sobre educação, de um modo geral é sempre lembrada a escola como instituição essencial. Entretanto, a biblioteca também é uma instituição educativa básica, apesar de não ser reconhecida deste modo, sendo considerada apenas como complementação ao ensino.

Nem todos têm uma visão ampla da biblioteca e o Estado não a reconhece como um seg-

¹ BUARQUE, Cristóvam. *Nosso curso sobre Constituinte*. In: ABREU, M.R. ed. *Constituinte e Constituição*. Brasília: UnB, 1987, p. 9

² ABREU, Maria Rosa, ed. *Constituinte e Constituição*. Brasília: UnB, 1987, p. 5

mento responsável pela ação continuada e integrada de ensino e cultura. Constata-se que, tanto nos programas de ensino, quanto nos programas culturais, a biblioteca não é encarada como tendo méritos suficientes para adquirir direitos de prioridade. Na área pedagógica, consideram-na como complementação educacional, quando seu caráter é essencial, posto que a leitura é fundamental aos processos de ensino e de constante auto-aperfeiçoamento.

Na área cultural, mais propensa às realizações de maior apelo popular, que embora fortuitas simulam modificar a curto prazo o perfil do cidadão, não se obteve ainda o reconhecimento de que as bibliotecas são as bases para a ação governamental e comunitária no desenvolvimento cultural de uma coletividade.

A biblioteca é um projeto muito além da escola e dos demais veículos de cultura de massa. Integra-os, articulando-os. Participa da educação formal, da auto-educação, da educação de massa, do processo de produção de idéias, do ensino em qualquer grau. Sendo mais livre que a escola, a biblioteca é a instituição que pode neutralizar as tendências massificantes dos veículos de comunicação. Sua função educativa não visa à reprodução do sistema, mas busca a transformação do homem e sua conscientização do mundo. Para a tomada de consciência, o ato de ler é fundamental e determinante para o homem se libertar. Privilegia-se, assim, a mensagem escrita, porque ela permite aos grandes contingentes humanos deterem-se no texto, na mensagem, avançando e revendo, chegando à reflexão de acordo com o ritmo, capacidade e motivação de cada um.³

A biblioteca não marginaliza o público analfabeto ou iletrado, pois utilizando recursos a partir da tecnologia educacional, pode criar serviços de atendimento a essa grande parcela da população brasileira, oferecendo a informação segundo suas necessidades.⁴

3. Biblioteca e Constituição

Pesquisadas as oito Constituições brasileiras, percebemos que o termo biblioteca não figura em nenhuma delas.

Decepcionados com a constatação, busca-

³ FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE ASSOCIAÇÕES DE BIBLIOTECÁRIOS. *A biblioteca e a Constituição: contribuição à Assembléia Nacional Constituinte eleita em 15 de novembro de 1986*. Rio de Janeiro: FEBAB, 1986, 32p.

⁴Op. cit., 3.

mos o termo biblioteca nas constituições estrangeiras indexadas na base de dados CONS, alimentada pela Subsecretaria de Análise do Senado Federal, que integra o Sistema de Informações do Congresso Nacional (SICON). As constituições pesquisadas não representam o censo total das constituições existentes. Entretanto, no universo pesquisado foram encontradas quatro constituições estrangeiras em que o termo biblioteca constava do texto constitucional. Em 16 de maio de 1987, quando foi realizada a pesquisa, obtivemos interessantes informações.

Entre as constatações, observou-se que na Constituição da Bulgária de 16 de maio de 1971, capítulo III, artigo 46, referente aos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, consta que:

“A criatividade no domínio da ciência, cultura e arte serve ao povo e desenvolve-se no espírito comunista. O Estado dedica cuidados especiais ao desenvolvimento da ciência, da arte e da cultura, criando estabelecimentos de ensino superior, instituições de pesquisas, editoras de livros, bibliotecas, museus, galerias de arte, teatros, cinemas, rádio e televisão”.

Na Constituição italiana de 1.º de janeiro de 1948, Parte II, Ordenamento da República, Título V, as Regiões, as Províncias, os Municípios, reza o artigo 117:

“A Região decreta as seguintes normas legislativas nos limites dos princípios fundamentais estabelecidos pelas leis do Estado, desde que ditas normas não conflitem com o interesse nacional e com o de outras Regiões:

– ordenamento das repartições e das entidades administrativas dependentes da Região;

– circunscrições comunais;

– política local urbana e rural;

– museus e bibliotecas de entidades locais;

– outras matérias indicadas por leis constitucionais. As leis da República podem conferir à Região o poder de decretar normas de atuação das mesmas”.

Na Constituição da Polónia, de 22 de julho de 1952, no Capítulo VIII – Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão, o artigo 73 determina que:

“Os cidadãos da República Popular

da Polônia têm direito a desfrutar das conquistas da cultura e a participação criadora no desenvolvimento da cultura nacional. Este direito está garantido de uma forma cada vez mais ampla pelo desenvolvimento e fácil acesso às *bibliotecas*, aos livros, à imprensa, ao rádio, aos cinemas, aos museus, às exposições, às casas de cultura e às salas de recreio, pelo estímulo da criação cultural das massas pelo desenvolvimento dos talentos criadores”.

Na Constituição das antigas Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 17 de outubro de 1977, no Capítulo VII – Direitos, Liberdade e Deveres Fundamentais dos Cidadãos da URSS, dita o artigo 46 que:

“Os cidadãos da URSS têm direito a desfrutar dos progressos da cultura. Este direito é garantido mediante o acesso geral aos valores da cultura pátria e universal, que se encontram nos fundos estatais e sociais, mediante o desenvolvimento e a distribuição proporcional das instituições culturais e educativas no território do país, mediante o desenvolvimento da televisão e do rádio, da publicação de livros e da imprensa periódica, da rede de *bibliotecas* gratuitas, mediante a ampliação do intercâmbio cultural com os estados estrangeiros”.

Sem a pretensão de analisar profundamente a importância da concepção de biblioteca em cada Constituição, observa-se que seja qual for essa concepção, o fato de ser mencionada no texto constitucional empresta à biblioteca um destaque especial em relação aos aspectos de sua função educativa, social, política e cultural no desenvolvimento de um país. As concepções podem assumir diferentes conotações, mas certamente, o fato de o termo biblioteca ser mencionado permite admitir a possibilidade da participação desse organismo no processo de desenvolvimento, embora não seja destacada a preocupação de interferência ou não do Estado nesse processo.

Sobre o interesse dos cidadãos brasileiros pelas bibliotecas, foi pesquisada a base de dados SAIC, organizada pelo Centro de Processamento de Dados do Senado Federal – PRO-DASEN, contendo as sugestões encaminhadas aos constituintes. A pesquisa, realizada em março de 1987, registrou 221 sugestões referentes à biblioteca. As reivindicações eram as

mais diversas: criar novas bibliotecas públicas, escolares e especializadas; melhorar a infraestrutura das bibliotecas existentes; tornar obrigatória a biblioteca em empresas com mais de 50 funcionários, entre outras. As sugestões foram analisadas com o simples objetivo de verificar quantitativamente o interesse da comunidade nas bibliotecas. Foi possível constatar indícios do interesse popular de mobilização com referência ao processo de elaboração de nossa Lei Maior.

4. *Bibliotecários brasileiros e a Constituição de 1988*

Verificado o interesse dos bibliotecários em destacar a biblioteca para a sociedade brasileira, era preciso atuar nesse sentido. No momento em que o processo histórico-social brasileiro exigiu a atuação efetiva das instituições comprometidas com as transformações desejadas na área da educação, por meio da livre manifestação de posições frente aos distintos problemas a serem superados, o movimento associativo bibliotecário brasileiro se pronunciou, buscando defender a organização biblioteca e a responsabilidade das funções desempenhadas por essa organização no contexto brasileiro.

A informação está ligada ao processo de desenvolvimento de toda sociedade. Numa democracia, os cidadãos devem ter acesso à informação não-manipulada para tomar conhecimento dos seus direitos e deveres. Assim, tornar-se-ão aptos ao questionamento crítico do sistema político-social vigente.

A proposta de uma sociedade livre, aberta, democrática, com postura crítica só é possível a partir da implantação de um sistema informacional igualmente livre, aberto e democrático, que possibilite a formação de massa crítica e a conseqüente participação ativa e efetiva de todos em todos os processos, quer políticos ou não. Esta afirmação torna-se mais enfática, se considerarmos que o sistema informacional reflete o sistema político-social vigente. É preciso que o sistema político-social brasileiro beneficie a maioria dos cidadãos, considerando a cultura popular e não privilegiando as elites. O controle ideológico é tendencioso e não deve ser exercido.

Portanto, os bibliotecários brasileiros têm a obrigação de alertar a sociedade para a importância da informação, bem comum, capaz de atuar como fator de integração, democratização, igualdade e como insumo de poder econômico,

social e político, despertando a sociedade para essa reflexão. Conseqüentemente, a biblioteca assume seu papel de destaque quando consideramos o desempenho de suas funções educativa, cultural, social e política no cenário brasileiro.

As palavras de Anísio Teixeira: "temos que reconstruir as instituições básicas da educação brasileira para novas, instantes e mais altas necessidades nacionais, que já podem ser estudadas e conhecidas a ponto de indicarem por si mesmas os rumos a seguir..." constituíram o lema da Diretoria Executiva (1987-1989) da FEBAB.

A Federação recebeu sugestões para serem encaminhadas à Assembléia Nacional Constituinte, provenientes das Associações de Bibliotecários e demais instituições ligadas à área de Biblioteconomia. Dessa forma pôde liderar o movimento em defesa da organização bibliotecária junto aos constituintes.

Foi elaborado um documento, que tomou como premissas os rumos fundamentais que deveriam tomar a educação e a cultura brasileiras na nova Constituição que seria elaborada àquela época. O documento enfatizava o direito à educação e cultura e mantinha a liberdade de comunicação dos conhecimentos. Intitulado *A biblioteca e a Constituição; contribuição à Assembléia Nacional Constituinte eleita em 15 de novembro de 1986*, o texto foi submetido à aprovação da classe e incluiu além das sugestões propostas, considerações sobre a biblioteca, como subsídios para os constituintes, uma bibliografia e informações sobre a FEBAB. Abordou variados aspectos e funções da biblioteca, como a ação educacional; alfabetização de adultos; auto-educação; a biblioteca como centro de informações de utilidade pública, como centro de informações técnicas, como biblioteca pública; cidadania; comunicação de massa; comunidade; cultura de massa; ensino; escola; infância; legislação; leitura; liberdade democrática; recursos humanos; sistemas de educação; tecnologia e educação. Essa abordagem deixou clara a concepção da organização bibliotecária, como o lugar onde a informação poderá ser obtida qualquer seja o tipo de documento em que ela esteja: livro, folheto, fotografia, mapa, fita magnética, filme ou outro tipo de material. A biblioteca é vista como centro de cultura, onde são organizadas projeções, exposições, palestras e outras atividades, de acordo com o interesse da comunidade a ser atendida.

A estratégia da FEBAB ao elaborar o documento-base, contendo as reivindicações da classe bibliotecária a serem encaminhadas aos constituintes, foi enfatizar a biblioteca, privilegiando as áreas da educação e cultura, por entender a Federação, que este grito de alerta seria o ponto forte da reivindicação bibliotecária. A partir do reconhecimento da biblioteca pelo Estado em toda a amplitude da sua dimensão e valor, todas as demais reivindicações justas da categoria profissional poderiam ser também consideradas. O importante era voltar a atenção dos constituintes para a biblioteca, pois até aquele momento, nem mesmo o termo biblioteca constara nas demais Constituições brasileiras.

Da estrutura organizacional da Assembléia Nacional Constituinte fazia parte a Comissão da Família, da Educação, Cultura, Esporte, Comunicação, Ciência e Tecnologia, constituída de três subcomissões. Dessas subcomissões, a Subcomissão de Educação, Cultura e Esporte foi aquela cuja atuação foi dia a dia acompanhada pela FEBAB.

Todos os membros da Subcomissão de Educação, Cultura e Esporte receberam o documento elaborado pela FEBAB, entregue também aos presidentes, vice-presidentes e relatores das demais comissões e subcomissões e constituintes sensíveis aos interesses da Federação em prol da biblioteca. Todas as portas se abriam às reivindicações da FEBAB e grande foi o apoio recebido.

No dia 12 de março de 1987, em comemoração ao Dia do Bibliotecário, a Associação dos Bibliotecários do Distrito Federal promoveu um painel no auditório da Câmara dos Deputados, em Brasília. Na ocasião, a presidente da FEBAB, Elizabet Maria Ramos de Carvalho teve oportunidade de discorrer sobre a importância da biblioteca no âmbito da educação e da cultura brasileiras, destacando os pontos principais da valorização da biblioteca em seu discurso, quando presentes constituintes convidados para o evento.

Posteriormente, a FEBAB dirigiu-se à Subcomissão de Educação, Cultura e Esporte, quando no dia 6 de maio de 1987, novamente a presidente da Federação discursou, desta vez em audiência pública realizada pela Subcomissão destacada, na Sala 19 da Ala Alexandre Costa do Senado Federal. A importância da biblioteca no contexto educacional e cultural brasileiro foi outra vez ressaltado pela presidente da FEBAB. Após seu pronunciamento, a presidente foi

parabenizada e respondeu a diversas perguntas formuladas pelos constituintes presentes, que demonstraram interesse pela questão proposta.

Na mesma audiência pública, a bibliotecária Walda Antunes, integrante da Diretoria da FEBAB, discursou sobre o livro e sua problemática, representando o Instituto Nacional do Livro. Em seu discurso foram apresentadas sugestões para uma política nacional do livro, apoiada na criação de um sistema nacional de bibliotecas públicas e escolares.

Todos colaboraram. Cada membro da Diretoria, assessorias e representantes prestaram suas contribuições. Os esforços foram recompensados na primeira fase da luta. A FEBAB conseguiu ver as propostas que foram encaminhadas aos constituintes transformadas em sugestões de constituintes a serem discutidas e incluídas nos relatórios das comissões e subcomissões da Assembléia Nacional Constituinte. A estratégia de concentrar os esforços na direção do fortalecimento da organização bibliotecária surtiu o efeito esperado. A vitória naquela etapa do processo de elaboração da Constituição brasileira, atualmente em vigor, superou as expectativas. Foram encaminhadas cinco sugestões de constituintes, referentes à política de informação e política científica e tecnológica e tributação do livro.

O constituinte Senador Nivaldo Machado apresentou duas sugestões (n.º 286 e 288):

“É dever do Estado desenvolver e incentivar sistemas de bibliotecas, arquivos e museus, como instituições permanentes de integração da coletividade com os bens culturais”.

e

“A escola e a biblioteca, como instituições responsáveis pela ação contínua e integrada de ensino e cultura, visando ao aprimoramento da democracia e à auto-educação, terão a proteção do Estado”.

Endossada pela assinatura de 31 constituintes, a sugestão n.º 3680 foi apresentada pelo constituinte Senador Mauro Benevides, nos seguintes termos:

“Dentre as instituições fundamentais para implementar a educação, o Estado reconhece a Escola e a Biblioteca como segmentos responsáveis pela ação continuada e integrada de ensino e cultura, devendo promover as suas atuações sistematizadas no aperfeiçoamento do pro-

cesso democrático e de estímulo à auto-educação.

É responsabilidade do Estado desenvolver e incentivar sistemas de bibliotecas, arquivos e museus, como instituições básicas detentoras da ação constante, ininterrupta e permanente na integração dos bens culturais”.

Além dessas, duas sugestões foram encaminhadas pelo constituinte Deputado Maurício Fruct, com a seguinte redação:

“É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tributos sobre livros, jornais e periódicos, qualquer que seja o suporte físico que os contenha, assim como sobre o papel e os demais insumos a serem definidos em lei suplementar”.

e

“A União estabelecerá política de informação científica e tecnológica, na forma em que dispuser a lei, como base do desenvolvimento nacional nas referidas áreas”.

Todas as sugestões foram submetidas às respectivas subcomissões, conforme o respectivo mérito. No primeiro relatório da Subcomissão da Educação, Cultura e Esporte, o artigo 21 estabelecia que

“é obrigação do Estado organizar, manter e apoiar o funcionamento de bibliotecas, arquivos, museus, centros de arte e de estudos e casas de cultura, integrados ou abertos aos sistemas de ensino e às comunidades”.⁵

Em junho de 1987, ao serem compatibilizados os relatórios das subcomissões pela Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, sugere o texto final no seu artigo 17 que

“compete ao poder público, respaldado por Conselhos representativos da sociedade civil, promover e apoiar o desenvolvimento e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, através de inventário sistemático, registro, vigilância, tombamento, desapropriação, aquisição e de outras formas de acatamento e pre-

⁵ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. Subcomissão da Educação, Cultura e Esporte. *Anteprojeto constitucional*. Brasília: 1987, 13p.

servação, assim como de sua valorização e difusão.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão anualmente recursos orçamentários para a proteção e difusão do patrimônio cultural assegurado prioritariamente:

...
II – criação, manutenção e apoio ao funcionamento de bibliotecas, arquivos, museus, espaços cênicos, cinematográficos, audiográficos, videográficos e musicais, e outros espaços a que a coletividade atribua significado”.⁶

O artigo 19 do mesmo documento estabelece que

“assegurada a liberdade de criação, expressão, produção, circulação e difusão da arte, da ciência e da cultura.

Parágrafo único. Não haverá censura de qualquer espécie sobre livros, jornais, revistas e outros periódicos, filmes, vídeos, peças teatrais e outras formas de expressão e espetáculo cultural”.⁷

O substitutivo⁸, apresentado pelo relator da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, o constituinte Deputado Artur da Távola, à Comissão de Sistematização, foi amplamente polêmico. Entretanto, os temas que suscitaram as discussões sobre as questões relativas à Educação e Cultura estavam afetos às verbas públicas destinadas às escolas. Com relação aos artigos concernentes à biblioteca, o texto foi mantido inalterado ao descrito. O texto da Constituição brasileira de 1988 não mencionou o termo biblioteca como interessava aos bibliotecários. As atenções continuaram voltadas para a escola. Diversas manifestações foram dirigidas aos constituintes pelas entidades representativas da sociedade na área de Educação, como a Associação de Educação Católica do Brasil –

AEC, a Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação – ANPED, a Associação Nacional dos Profissionais de Administração da Educação – ANPAE, a Associação Nacional dos Docentes do Ensino Superior – ANDES, a União Brasileira dos Estudantes Secundaristas – UBES, a União Nacional dos Estudantes – UNE, entre outras. As propostas e reivindicações dos educadores foram condensadas em um documento elaborado por um grupo de trabalho instituído pela Portaria n.º 728 de 7 de outubro de 1986 e reestruturado pela Portaria n.º 28 de 15 de janeiro de 1987 do Ministério da Educação, intitulado “Subsídios à Assembléia Nacional Constituinte”.⁹ Embora as reivindicações relativas ao assunto biblioteca sejam da responsabilidade dos bibliotecários, os demais profissionais envolvidos com a educação deveriam compreender e avaliar a importância da biblioteca no âmbito da educação e cultura. Mesmo assim, o termo biblioteca não é considerado em nenhuma parte do documento.

Esta situação se repete nos textos escolhidos para formar o capítulo referente à questão da educação, da cultura e da informação no documento *Constituinte e Constituição*, organizado e compilado pela professora Maria Rosa de Abreu e editado pela Universidade de Brasília, que não aborda nenhum aspecto relativo à biblioteca.¹⁰

O anteprojeto constitucional apresentado pela Comissão dos Notáveis à Assembléia Constituinte, por sua vez, nenhuma referência faz às bibliotecas.

Foi uma surpresa descobrir no folheto editado pela Universidade de Brasília – Decanato de Extensão, as propostas à Constituinte dos Grupos de Estudo do Curso Constituição e Constituinte. O documento, entre as propostas referentes à Educação, pleiteava “ampliar ofertas de bibliotecas públicas com horário de atendimento integral aos sábados, domingos e feriados”.¹¹

As omissões constatadas demonstram que é preciso conscientizar as autoridades compe-

⁶ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. *Anteprojeto constitucional*. Brasília: Senado Federal, junho de 1987, 47p.

⁷ Op. cit., 6.

⁸ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. *Substitutivo*. Brasília: Senado Federal, junho de 1987, 8p.

⁹ BRASIL. Ministério da Educação. Grupo de Trabalho. *Subsídios à Assembléia Nacional Constituinte*, propostas e reivindicações dos educadores. Brasília: 1987. 49p.

¹⁰ Op. cit., 2.

¹¹ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Decanato de Extensão. Grupos do Estudo do Curso Constituição e Constituinte. *Constituição e Constituinte*. Brasília: UnB, 1987, p. 2

tentes de que a biblioteca deve merecer o apoio governamental para desempenhar satisfatoriamente o seu papel no desenvolvimento da sociedade brasileira.

A Constituição brasileira de 1988 não incluiu o termo *biblioteca* como era esperado. Esse fato não pode desestimular os bibliotecários. O trabalho de acompanhamento do processo legislativo deve continuar. É importante seguir os passos desse processo no que diz respeito às leis complementares direta ou indiretamente relacionadas com a biblioteca, a informação e o bibliotecário. É preciso participação! Todos devem estar atentos.

Nos Estados Unidos, a *American Library Association* tem uma divisão especializada em *lobby*. Aqui no Brasil, esse assunto é polêmico. Muitos são favoráveis, outros são terminantemente contrários. É preciso lembrar que a "causa biblioteca" é uma questão social. Até mesmo o constituinte Deputado Roberto D'Ávila, veemente contestador do *lobby*, ao ser abordado pelas representantes da FEBAB sobre as reivindicações a favor da biblioteca, durante o processo de elaboração da Carta Magna, reagiu favoravelmente ao *lobby* da FEBAB, lembrando que não existem interesses econômicos envolvidos nas solicitações apresentadas com referência às bibliotecas.

5. Considerações finais

Cada bibliotecário, ou cidadão interessado em contribuir para que a biblioteca conquiste um espaço relevante na educação do povo brasileiro, pode encontrar um caminho de apresentar suas sugestões aos legisladores.

Preocupada em estimular a participação política dos bibliotecários no que se refere ao fortalecimento da imagem da biblioteca e dos próprios bibliotecários brasileiros junto aos legisladores, a Observadora Legislativa da FEBAB, Sueli Angélica do Amaral traduziu e adaptou O ABC do *lobby*, divulgado pela *American Library Association*. Trata-se de um documento cujos princípios não são difíceis de serem colocados em prática. Suas lições são simples:

Agradeça aos legisladores, pessoalmente ou por carta, mostrando a eles que você os aprecia.

Bibliotecas e bibliotecários precisam ser valorizados! Divulgue os serviços e produtos que as bibliotecas oferecem para aqueles que você está tentando impressionar.

Coalizões são válidas! Envolver outras pessoas que partilhem seus interesses: usuários

de bibliotecas, amigos, homens de negócios, professores, educadores, editores etc.

Desperte as pessoas para a importância da biblioteca durante todo o ano. Envie jornais e artigos de interesse especial. Não espere a crise para fazer contato!

Expert você é, e pode fazer a diferença! *Mostre aos que estão no poder que existem pessoas que se preocupam com as bibliotecas.*

Focalize os fatos! Prepare uma simples notícia para dar aos legisladores. Use os acontecimentos como base para as cartas.

Garantir a calma, evitar argumentos, procurar ouvir e sorrir sempre são pontos fundamentais para a conversa ideal.

Habilidade política requer o conhecimento de como a política é feita na sua área e quais são as pessoas-chave.

Informação é nosso objeto de trabalho, portanto, informe-se! Comunique-se! Exponha seu caso clara, concisa e consistentemente!

Jargão biblioteconomês deve ser evitado! Dê a sua opinião com franqueza e torne-se claro para quem você defende uma idéia.

Legisladores são pessoas importantes! Conte para eles como a sua proposta afetará a biblioteca e os votos na sua comunidade. Escreva cartas, amistosamente, que levem os legisladores a conhecer seu objetivo. Evite as cartas formais!

Membros que você representa devem estar informados do que está acontecendo e de como eles podem ajudar.

Necessidades e prioridades da biblioteca têm que ser conhecidas! Trabalhe-as!

Objetivo tem que ser definido! Saiba o que você quer e como você o visará para fazer acontecer.

Perguntas são necessárias! Tenha certeza de tê-las. Antecipe as questões e esteja preparado!

Questão fundamental: sua credibilidade dependerá de quão bem organizado você esteja. A união e a participação dos bibliotecários definirão a representatividade da classe.

Rapidez na ação! Conheça bem a sua proposta e esteja pronto para responder sobre ela, rapidamente, em todas as ocasiões.

Sucesso dependerá de quão razoável seja o seu pedido. Você tem que estar preparado para assumir compromissos com relação a sua pro-

posta.

Tempo é dinheiro! Desenvolva um plano com horário para o que você quer atingir e siga-o.

Use a forma correta de endereçamento. Um pequeno detalhe: verifique se os nomes, os títulos e os endereços estão corretos.

Visitas fazem parte do negócio! Visite os legisladores! Marque encontros! Faça com que eles encontrem o rosto, antes da voz ou da carta.

Xadrez e lobby: É preciso raciocínio, inteligência, paciência e habilidade!

Zelo é fundamental! Seja zeloso no seu esforço de manter bibliotecas visíveis e suas necessidades e prioridades reconhecidas. Nunca abandone a "causa biblioteca"!

É hora de os bibliotecários brasileiros atuarem politicamente para defenderem não somente os interesses da categoria profissional, mas principalmente a instituição biblioteca, concebida em seu amplo aspecto de atuação e extensão. As unidades de informação brasileiras precisam ser consideradas criteriosamente e de

modo global no planejamento governamental e na política de nosso país. Os bibliotecários brasileiros devem atuar de modo a contribuir para tornar esse procedimento em realidade. Pode não ser uma conquista de sucesso imediato, mas é preciso perseverar e agir com competência, preocupando-se com a qualidade da oferta dos serviços e produtos de informação, adequando a oferta às necessidades dos usuários no contexto brasileiro. Há vários temas relacionados com a informação e a atuação dos bibliotecários que precisam ser reestudados considerando a abordagem no texto constitucional brasileiro vigente e seu reflexo no contexto do setor de informação brasileiro. É hora de os bibliotecários unirem-se aos demais profissionais da informação e se organizarem para defender, entre outros, os interesses da biblioteca. Afinal, a preocupação com a imagem da biblioteca na sociedade brasileira, refletindo seu verdadeiro espaço, competência e reconhecimento é responsabilidade dos bibliotecários, ou não?

O princípio da responsabilidade objetiva do Estado e a teoria do risco administrativo

HELENO TAVEIRA TÔRRES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Aspectos sobre a personalidade jurídica do Estado. 3. Situcionalidade da responsabilidade do Estado. 4. Evolução doutrinária. 4.1. Fase da irresponsabilidade. 4.2. Fase da responsabilidade civilista. 4.3. Fase da "faute du service". 4.4. Fase da responsabilidade objetiva do Estado. 5. A responsabilidade do Estado no Direito Constitucional brasileiro. 6. Sobre a responsabilidade objetiva do Estado. 6.1. A responsabilidade estatal como princípio de direito público. 6.2. Relevância constitucional da responsabilidade do Estado. 6.3. A natureza da responsabilidade extracontratual do Estado. 6.4. Motivos ensejadores da responsabilidade do Estado. 6.4.1. Antecedente – o fato administrativo. 6.4.2. Conseqüente – o dano indenizável. 6.4.3. Atos omissivos. 6.4. A teoria do risco. 6.5. As excludentes de responsabilização objetiva do Estado. 6.5.1. Culpa do lesado. 6.5.2. Culpa de terceiros. 6.5.3. Força maior. 6.5.4. Estrito cumprimento do dever legal face a um estado de necessidade. 7. Do direito de regresso.

1. Introdução

O tema da responsabilidade objetiva do Estado¹, nada obstante já haver uma larga quantidade de escritos sobre o mesmo, continua sendo um tema atual e em evolução, principalmente no sentido de vencer os preconceitos civilísticos que o envolvem. Após uma breve consideração histórica, faz-se aqui uma referência à relevância constitucional do princípio, com atenção para os fundamentos e as razões que infor-

Helena Taveira Tôrres é Mestre em Direito Público (UFPE). Aperfeiçoado em Direito Tributário Internacional pela I Universidade de Roma "La Sapienza". Foi pesquisador na II Universidade de Roma "Tor Vergata" no período acadêmico 93/94.

¹ ALCÂNTARA, M.^a E. Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. SP: RT, 1988; ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 3.^a ed., Milano: Giuffrè, 1955; _____. *L'illecito e la responsabilità*

mam o seu conteúdo. Cuida-se ainda da referida temática enquanto instituto vinculado estritamente ao regime de direito público, dando-lhe a conotação da teoria do risco administrativo, ou seja, reconhecendo a existência das denominadas *excludentes de responsabilização objetiva*, elementos que descaracterizam o nexo causal entre o antecedente (fato administrativo) e o conseqüente (dano), elidindo assim a responsabilização estatal. Por fim, são expostos alguns aspectos relevantes sobre o dever-poder de regresso da Administração em relação ao agente causador do dano.

2. Aspectos sobre a personalidade jurídica do Estado

Para um maior rigor de tratamento, mister que inicialmente, mesmo com brevidade, façamos uma apreciação quanto à relação entre a personalidade jurídica do Estado e o tema, com o fito de demarcar o verdadeiro sujeito passivo da responsabilização aos danos causados a administrados: o Estado ou a Administração Pública.

Helly Lopes Meirelles prefere a designação "responsabilidade civil da Administração Pública" ao invés da denominação tradicional, a "responsabilidade civil do Estado", porque, segundo o citado mestre, em regra, a responsabilidade ocorre com fundamento nos atos emanados pela Administração, atos administrativos *stricto sensu*, e não dos atos políticos, que, em princípio, não geram responsabilização, *uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos órgãos de governo, que*

civile degli enti pubblici, Milano: Giuffrè, 1972; AMARO CAVALCANTI. *Responsabilidade Civil do Estado*, RJ: Laemmert; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*, SP: RT, 1981; BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil do Estado nas atividades nucleares*, SP: RT, 1985; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, SP: RT, 1982; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, Coimbra: Almedina, 1974; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*, 5.ª ed., RJ: Freitas Bastos, 1964, v. 1; CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*, SP: Forense Univ., 1992, v. VI; _____. *O Estado e a obrigação de indenizar*, SP: Saraiva, 1980; DELGADO, J. Augusto. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. *Revista de processo*, SP: 1985, v. 10, n.º 40, out.-dez., pp. 147-56; DI PIETRO, M.ª Sylvia Zanello. *Direito Administrativo*, 2.ª ed., SP: Atlas, 1991; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, RJ: Forense, 1944, v. II,

emerge a obrigação de indenizar.²

Divergindo desta opinião, Maria Sylvia Z. Di Pietro faz notar que a responsabilidade é do Estado, que é pessoa jurídica, e que por isso seria errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos na ordem civil. Como assevera, a "capacidade" é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais.³

Essas duas opiniões, ambíguas na essência, servem para ilustrar o quadro de incertezas quanto ao tema.

De há muito que a doutrina se interroga sobre a existência e a forma de manifestação da personalidade jurídica do Estado. Hoje, firma-se o entendimento positivo de existência de uma personalidade, considerando-o como sujeito de direitos e obrigações, porque desde a formação do Estado de Direito (para nós, demarcado na Revolução Francesa), ao mesmo tempo que sua atuação confere direitos e impõe obrigações aos indivíduos, o faz também para si próprio, como forma de garantia para a Comunidade sob sua égide de poder. Tal relação comutativa só é possível, incontestemente, entre pessoas, sujeitos submetidos a uma ordem jurídica, titulares de direitos e obrigações.

O Estado é, assim, pessoa jurídica, tanto para a ordem interna como para a ordem internacio-

GARCIA DE ENTERÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, SP: RT, 1991; MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, SP: RT, v. II; MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 13.ª ed., SP: RT, 1988; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, 3.ª ed., SP: Malheiros, 1992; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, SP: Acadêmica, 1994. PACHECO, J. da Silva. A nova Constituição e o problema da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço público. *Revista dos Tribunais*, SP: RT, 1988, n.º 635, set., pp. 103-14; ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado, 1991, jul.-set., a. 28, n.º 111, pp. 79-122; VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Responsabilidade Civil do Estado*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: 1987, a. 24, n.º 96, out. - dez., pp. 233-52; ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*, 5.ª ed., Milano: Giuffrè, 1947, v. 1.

²MEIRELLES (1988, p. 546).

³DI PIETRO (1991, p. 354).

nal, sujeito capaz de direitos e obrigações pre-disposto a atuar em qualquer relação jurídica como parte legítima.

Nesta linha, apresenta-se como sendo mais consentânea com a realidade a proposição apresentada por Di Pietro, uma vez que a Administração, esta sim, não possui personalidade jurídica independente em relação ao Estado a que serve. A responsabilização cabe ao Estado, que é o sujeito de direito constituído pela ordem jurídica, pois este pode ser responsabilizado não apenas por atos administrativos, mas, nas três funções em que se especializa o poder do Estado, também por atos legislativos e judiciais.

Nesta linha de raciocínio, o Estado não fica imune à responsabilidade por atos praticados no seu interesse, porque, em termos de *neminem laedere*, a ninguém é lícito causar danos ao direito alheio, e atualmente a normativa constitucional submete todos os sujeitos, públicos ou privados, ao seu enquadramento jurídico, de tal sorte que qualquer dano pode acarretar para o autor a obrigação de reparação⁴.

De notar, portanto, que tal correlação de direitos e obrigações só é possível por haver uma submissão do Estado à ordem constituída, segundo a qual os cidadãos lesados podem opor contra o mesmo suas pretensões indenizatórias, face a danos porventura causados por ele no desenvolvimento de suas ações⁵.

3. Situcionalidade da responsabilidade do Estado

Haja vista a vultuosa quantidade de atividades desenvolvidas pelo Estado, no exercício dos seus serviços, são constantes as possibilidades de exposição de administrados a riscos, que frequentemente passam ao plano da realidade, com a ocorrência de danos. Surge, com isso, a condição inicial para a responsabilização.

O termo *responsabilização* deve ser entendido como a posição inercial do sujeito que se

⁴ Neste sentido, diz Amaro Cavalcanti (p. XI): "O Direito é a regra de conduta e proceder tanto dos indivíduos como do Estado, conseqüentemente, assim como sucede com os indivíduos, assim também deve o Estado, em princípio, responder pelos próprios atos."

⁵ Como bem assinala Mello (1992, p. 325): "Se não há sujeitos fora do direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável. Ser responsável implica responder por seus atos, ou seja, no caso de haver causado dano a alguém, impõe-se-lhe o dever de repará-lo".

encontra, a qualquer título, passível de arcar com as conseqüências de fatos danosos. Tratando-se de responsabilização do Estado, a mesma deve ser apreendida como sendo uma *obrigação jurídica* que detém o mesmo de manter ileso os bens e direitos dos administrados, restabelecendo, dentro do possível, o *status quo ante* alterado por atos originários de sua conduta.

Hoje, o princípio da responsabilidade do Estado identifica o próprio Estado de direito democrático e social, que se justifica pela impessoalidade isonômica na relação com os administrados e pelos próprios objetivos firmados, de atuação conjunta e garantia dos direitos constituídos, sob uma perspectiva democrática e responsável.

A responsabilidade, quer pública, quer privada, pode ser contratual ou extracontratual. A *responsabilidade contratual* deriva da infração de cláusulas aceitas por ambas as partes. Descumprida uma ou algumas das cláusulas contratuais, faz-se despontar a responsabilidade do infrator. A *responsabilidade extracontratual*, delitual ou aquiliana, não deriva de qualquer relação contratual, mas da lesão a um direito subjetivo ou prática de ato ilícito a um terceiro, com a infração ao princípio *neminem laedere*, na medida em que quem desempenha uma atividade deve suportar-lhe os riscos e perigos, as vantagens e desvantagens, sem causar danos a ninguém.

Não estamos interessados aqui na responsabilidade contratual, mas tão-somente na responsabilidade extracontratual do Estado, por danos causados através de ações unilaterais, lícitas ou ilícitas.

4. Evolução doutrinária

A responsabilidade patrimonial do Estado é uma conquista do moderno Estado de direito, na medida em que se tornou um mecanismo a serviço da legalidade e da igualdade dos administrados perante o mesmo. Mas atente-se que não foi uma conseqüência inexorável pelo simples fato de exurgência da instituição "Estado". O que deve ser tido como fundamental é a submissão do Estado à ordem jurídica por ele mesmo constituída. Outrossim, os cânones da vigente configuração do princípio em tela é fruto de uma lenta evolução, plena de dogmas e preconceitos que entravaram o seu desenvolvimento, principalmente em função das concepções civilistas e do seu caráter absolutista.

A finalidade desta breve digressão históri-

ca sobre a evolução do instituto não terá como fito estabelecer novos parâmetros de compreensão ou relatar os detalhes, por épocas e países, em modo pormenorizado, quanto ao mesmo. Nossos propósitos são mais modestos, a começar do ponto de partida.

O *topos* inicial será o surgimento do Estado de direito moderno (Revolução Francesa), diferentemente do que faz Augustin Gordillo, seguido por M^a Emilia M. Alcântara⁶, que considera a percepção de cinco etapas: época primitiva (desde a origem da humanidade até Roma); época teológica (alta Idade Média na Europa); época estatista (séc. XVIII); época de indecisão e época intermediária. Parece-nos que a postura mais coerente encontra-se na estipulação do Min. Carlos Mario da Silva Velloso⁷, que estabelece quatro fases distintas a partir da formação do Estado. São elas: fase da irresponsabilidade absoluta, da responsabilidade civilista, da teoria da culpa administrativa ou da *faute du service* e a fase atual da responsabilidade objetiva.

4.1. Fase da irresponsabilidade

Mesmo nos domínios do advento do Estado de direito, com a formação dos regimes constitucionais, a exclusão da responsabilidade prevaleceu ainda durante quase todo o século XIX. Os motivos eram os mais díspares possíveis para justificar a insubmissão do Estado ao dever de ressarcimento⁸, em claras seqüelas absolutistas. Nisto consistiam as fórmulas sintetizantes: *le roi ne peut mal faire*, dos franceses e *the King can do no wrong*, dos ingleses.

A prevalência deste pensamento, todavia, variou de país a país. Nos Estados Unidos, até 1946, ainda vigia este princípio, tendo desaparecido com o advento da *Federal Tort Claims Act*; e na Inglaterra, até 1947, através do *Crown Proceedings Act*. Mas isto não implicava na

inexistência de qualquer proteção jurídica aos administrados. Os danos causados por agentes públicos eram reparados por estes, individualmente, caso tivessem agido por dolo ou culpa.

4.2. Fase da responsabilidade civilista

Das discussões sobre a dicotomia dos atos de império e dos atos de gestão, na França, uma das principais conseqüências foi a alteração da teoria da irresponsabilidade do Estado, admitindo-se a responsabilização da Administração para os danos provenientes de atos de gestão, no caso de culpa ou dolo do agente público. A irresponsabilidade permanecia, contudo, exclusivamente para os atos de império.

Esta teoria, que ainda se mostrava eminentemente civilista, de responsabilidade aquiliana pela verificação da existência de culpa do agente na condução das atividades públicas, não correspondia aos anseios dos cidadãos porque a estes pouco interessava ter sido o dano causado por ato de *jus gestionis* ou ato de *jus imperii*. Dada a dificuldade de caracterização do que seriam os ditos "atos de gestão", a responsabilidade por culpa foi lentamente perdendo vigor, mas não se pode negar o salto de qualidade na proteção dos direitos dos administrados deixado por ela.

4.3. Fase da "faute du service"

Como desenvolvimento necessário da teoria da culpa civilista, em observância aos direitos e às garantias dos administrados, que passo a passo se fertilizavam ainda mais no desenvolvimento das idéias liberais, instalou-se a fase da publicização da culpa administrativa ou da *faute du service* francesa – criação jurisprudencial do *Conseil D'État*.

Esta teoria trazia no seu bojo pontos de crucial significação publicística. Passa a responsabilidade do Estado a ser independente da falta do agente, sendo originária da Administração, pelo mau funcionamento do respectivo serviço que provocou o dano. A responsabilidade passa a ser imputada, então, pelo mau funcionamento do serviço público ou a sua inexistência, cuja decorrência deve ser concretamente examinada a partir da natureza do serviço, o lugar e as circunstâncias de sua realização.

Assim, costuma-se resumir sua configuração como aquela falta que ocorre quando o serviço público não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado⁹.

⁶ ALCÂNTARA (1988, p. 147).

⁷ VELLOSO (1987, p. 237).

⁸ "Le ragioni della esclusione non sono le stesse in tutti gli autori: ora si parla del carattere etico e giuridico dello Stato, che escluderebbe che esso possa in qualunque modo commettere atti illeciti, ora della funzione, propria del medesimo di creare il diritto, che sarebbe incompatibile con qualunque attività contraria al diritto e alla legalità; ora del carattere publicistico della personalità dello Stato, che impedirebbe il suo assoggettamento a un principio di diritto privato, quale quello della responsabilità per danni". ZANOBINI (1947, p. 261). Neste sentido, também: DIAS (1944, p. 154).

⁹ Assim, MELLO (1992, p. 329).

A culpa passa a ter então uma determinação publicística; mesmo que sob certo sincretismo, para efeito de responsabilização do Estado. Em verdade, há um deslocamento de postura, passando da verificação da culpa de alguém que age em nome do Estado para a responsabilização do Estado, por culpa propriamente sua. Deixa de existir, então, uma individualização da culpa, passando-se para a verificação da culpa do serviço estatal.

O que qualifica esta responsabilidade é o de ser uma necessária transição para a culpa objetiva do Estado, porque o funcionário não é um *private man*, nem suas faltas podem ser privatizadas. Os atos destes são atos da própria entidade pública e, por contingência, é esta a autora dos danos infligidos a terceiros.

4.4. Fase da responsabilidade objetiva do Estado

Após o domínio das teorias privatísticas, finalmente a responsabilidade do Estado é posta e equacionada em termos de Direito Público. Como marco para esta separação, aponta-se o famoso *caso Blanco* (1873), no qual os julgadores, rejeitando as prescrições do Código Civil de Napoleão, utilizaram-se dos postulados publicísticos, como únicos, necessários e suficientes para a resolução dos casos em que o Estado figura como causador de danos aos administrados.

Em verdade, esta decisão refletia a tendência que se descortinava na doutrina administrativista (Otto Mayer, Duguit), com o aparecimento das novas idéias sobre o dano anormal e o risco, como fundamentações para as pretensões ressarcitórias dos entes públicos, o que ensejou como natural evolução as construções dogmáticas sobre a responsabilidade objetiva do Estado.

Duguit fazia ver na idéia de *segurança social* a razão para proclamar a rejeição da *faute du service*, defendendo um dever indenizatório total do Estado sempre que os serviços públicos causem (mesmo funcionando bem) danos aos administrados. Tal *segurança social* traz insita a crença na formação de uma *caixa coletiva*, a ser usada em proveito daqueles que sofrem um prejuízo.

Via-se, assim, motivos de justiça e de equidade na pretensão de ressarcimento, por serem sacrifícios desigualmente impostos a um ou vários cidadãos em proveito de toda a coletividade, pouco importando o caráter lícito ou ilícito

do ato estatal. Outrossim, imprescindível seria, tão-somente, a verificação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ente público. Em resumo, qualquer dano deveria ser indenizado sem qualquer questionamento sobre o caráter culposo da conduta do agente lesante.

Estes pensamentos confluiam para a *teoria do risco*, ou seja, para uma teoria segundo a qual todo o dano deve ser reparado por quem se arriscar, com ou sem a intenção de tirar proveito, a exercer por si, ou por via de outrem, uma atividade qualquer, da qual possa resultar o dano.

Partindo da cristalização dessas concepções, a responsabilidade do Estado assume um caráter de instituto exclusivamente de Direito Público¹⁰, sob os preceitos do risco integral, formando a responsabilidade objetiva do Estado, bastando o mero nexo causal entre o dano e a conduta estatal. Como proclama Velloso,

“segundo essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e o ato público”.¹¹

Pela teoria do risco objetivo figura o entendimento de que ao lesado não interessa conhecer o responsável pelo dano, ele almeja o ressarcimento, desde que restabelecido o nexo causal entre ele e o Estado. O dano exige reparação porque produz desequilíbrio no patrimônio do prejudicado¹².

Para compensar a desigualdade individual sofrida pelo lesado, todos os demais compo-

¹⁰ Com muita propriedade, Zanobini, ao afirmar: “(...) la responsabilità dello Stato assume il suo proprio carattere di istituto di diritto pubblico, basato fondamentalmente sopra principi generali comuni ad ogni branca del diritto, ma regolato nei particolari da proprie norme, decisamente distinte da quelle di diritto privato. Secondo una parte di questa più recente doutrina, la responsabilità dello Stato sarebbe unica e retta, in ogni caso, dai detti principi di diritto pubblico”. (1947, p. 262).

¹¹ (1987, pp. 237-8).

¹² “A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano, do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração (...). Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do poder público”. MEIRELLES (1988, p. 548).

nentes da comunidade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário público. O risco e a solidariedade social são, pois, as bases desta teoria, as quais, pela objetividade e repartição dos ônus e encargos, conduzem a uma justiça distributiva, posto que a Administração age em prol do interesse público.

5. A responsabilidade do Estado no direito constitucional brasileiro

O Estado brasileiro independente, constitucionalmente organizado, não conheceu a teoria da irresponsabilidade do Estado. É princípio constante de todos os textos constitucionais brasileiros, o da responsabilidade do Estado, com as variações ofertadas pela própria evolução dantes descritas.

A Constituição imperial de 1824, em seu art. 179, item 29, estabelecia o princípio da responsabilidade subjetiva, exclusiva do imperador, que era irresponsável, conforme dispunha o art. 99 da mesma: "a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma", numa clara reminiscência do brocardo inglês *the King can do no wrong*.

"Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos".

A primeira Constituição da República (1891), no seu art. 82, repetiu, com pequenas alterações, o preceito imperial, mantendo-se na mesma linha da culpa subjetiva do agente público. Segundo alguns autores, havia uma solidariedade do Estado em relação à culpa subjetiva dos agentes, mas é uma tese pouco confiável, pois não é esta a interpretação que se infere da expressão "(...) são estritamente responsáveis", empregada para os agentes públicos.

"Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos".

Como se lê, o teor indica claramente um caráter subjetivista da responsabilidade, com propensões para a teoria da culpa, como era a prática. Todavia, o Código Civil de 1916, no seu art. 15, passa a configurar a responsabilidade civil como sendo do Estado¹³ e, caso fosse in-

¹³ "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus represen-

compatível com o preceito constitucional, teria sido vetado por inconstitucionalidade. Nele fixasse, somente, a presunção de culpa *jure et de jure* das pessoas administrativas, quando o dano provier de fatos ilegais de seus representantes¹⁴.

A Constituição Federal de 1934, em seu art. 171, preceituava, além da definição de uma culpa *lato sensu* para a responsabilização estatal, a responsabilidade solidária do agente público com a Fazenda, devendo ambos serem demandados juntos.

"Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º. Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º. Executada a ação contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado."

Com este dispositivo, não conseguiu o constituinte alcançar o seu intento de beneficiar o erário público, na medida em que a cobrança ao funcionário, pela Administração, da sua cota do débito, só poderia ser realizada de acordo com as normas atinentes à solidariedade passiva.

Este dispositivo foi mantido na Carta Constitucional outorgada em 1937, no art. 158, permanecendo, assim, a responsabilidade solidária.

A grande inovação legislativa, no que concerne à responsabilidade do Estado, veio no bojo da Constituição Federal de 1946, que, em seu art. 194, acolheu a teoria do risco administrativo e expurgou a figura da solidariedade. Com esta, foram inaugurados no sistema positivo pátrio os institutos da responsabilidade objetiva e a ação de regresso contra o funcionário que tenha agido com culpa.

"As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis

tantes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".

¹⁴ Mas isso não é assim tão pacífico. "Não é fácil aproximar este artigo a nenhuma das teorias do direito público, que deixamos assinaladas. Não faz alusão à culpa. Não se inclina para a doutrina do risco inte-

pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único – Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

Semelhantes disposições foram fixadas na Constituição Federal de 1967, no seu art. 105, parágrafo único:

“As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, em seu art. 107, basicamente, repetiu o texto precedente.

Quanto à Constituição Federal de 1988, maiores considerações pormenorizadas serão apresentadas em páginas ulteriores, às quais remetemos o leitor.

6. Sobre a responsabilidade objetiva do Estado

6.1. A responsabilidade estatal como princípio de direito público

Como princípio de direito público, da responsabilidade do Estado exsurtem regras em consonância com o regime que lhe é próprio e só supletivamente faz-se preciso uma recorrência às regras de direito civil.

É da praxe doutrinária, um excessivo apego aos ditames privatísticos para resolver problemas de direito público. Esta prática vem perdendo espaço, mas não de todo. É comum ver-se civilistas que se arvoram da pretensão de dizer sobre a responsabilidade *civil (sic)* do Estado, cometendo, já do título adotado, seu veio de incoerência.

O princípio da responsabilidade estatal encontra-se adstrito ao que representa mais de perto o Estado de direito social contemporâneo, com os lastros do condicionamento da perspectiva democrática¹⁵ e interativa, Estado e sociedade, na busca dos interesses coletivos.

gral, porque condiciona a indenização a ter sido o dano causado por procedimento contrário ao direito, ou com falta a dever prescrito por lei”, como diz Masagão (p. 302).

¹⁵ Como assinala Rocha (1991, p. 83), “Na base de um sistema jurídico democrático conjugam-se os princípios da garantia da liberdade individual, da legalidade, da responsabilidade e da igualdade jurídica

A *publicização* é a realidade mais palpável da nova era do jurídico, na qual o privado passa a ter um comprometimento maior com o coletivo e o Estado, em contrapartida, se mostra, além de um dominador, um protetor dos direitos individuais e um partícipe leal na busca do bem comum.

É notória sua relação com o princípio da *igualdade*, na medida em que é conferido ao particular o direito de ser tratado igualmente sob iguais circunstâncias e de exigir do poder público que as desigualdades motivadas pelo interesse público sejam compensadas mediante reintegração patrimonial.

Sob esta ótica, o princípio da responsabilidade do Estado toma nuanças de inerência ao próprio conceito de Administração Pública, tornando-a uma Administração responsável, diligente e criteriosa, porque isso faz a ressonância do grau de comprometimento do Estado com relação aos administrados, de proteção efetiva aos direitos destes: no sentido de não permitir que qualquer lesão sofrida em decorrência de suas atividades na gestão da *res publica* seja imunizada de uma imediata e condizente reparação.

Assim, a responsabilidade do Estado é um princípio de direito público do qual emanam normas que embasam e orientam as atividades administrativas, em respeito aos administrados.

6.2. Relevância constitucional da responsabilidade do Estado

O princípio da responsabilidade do Estado aparece como a *ultima ratio* do administrado para obter do Estado de direito a reparação de lesões sofridas provenientes da atuação deste. Como diz Canotilho,

“a responsabilidade por ilícitos não tem, desse modo, a função estática de uma reparação patrimonial: constitui uma autêntica garantia com o mesmo valor e natureza idêntica ao de outras constitucionalmente consagradas”¹⁶.

Em tal dimensão, ele aparece positivamente plasmado nos modernos textos constitucionais como um princípio apto a nortear a ação do Estado, que já não se limita simplesmente a prover uma proteção formal aos cidadãos, na busca de uma significação material de tutela vinculante tanto para a Administração como para o legislador.

como pilares de sustentação e matizamento ideológico da normatização positiva”.

¹⁶ CANOTILHO (1974, p. 132).

Isto faz implicar à noção de Constituição algo mais que um documento formal, uma força viva e vigorosa de princípios e regras comprometidas com o direito dos administrados, de tal modo efetiva e vinculante, a dispor que as atividades das funções administrativas, legislativas e judiciais, axiologicamente guiadas por suas formulações, sejam desenvolvidas sem prejuízos aos particulares, individualmente.

A norma do art. 37, § 6.º da Constituição Federal de 1988, segundo a qual "as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa," não se dispõe como uma norma programática ou simbólica¹⁷, antes, concretiza-se em um princípio de eficácia plena, materialmente vinculante para o Estado e todos aqueles que dele recebem serviços outorgados ou delegados, para serem cumpridos em seu nome e por sua conta e risco. Trata-se mesmo de um direito subjetivo do administrado, a legitimação para ser indenizado toda vez que o Estado cause danos ao seu patrimônio através de atividade estatal ou por quem faça suas vezes.

O Estado submete-se, então, através da Fazenda Pública, a compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. E não poderia ser diverso. Os agentes¹⁸ do Estado, no cumprimento de suas atribuições, recebem a parcela de poder necessária para bem e fielmente cumprir a vontade do Estado. Somente os agentes públicos, incubidos do desempenho de função estatal, portanto, que atuem nesta condição, possuem o condão de pôr o Estado numa circunstância indenizatória¹⁹.

¹⁷ Para uma diferença entre ambas, ver: NEVES (1994, pp. 102-4).

¹⁸ Agente público aqui entendido em sua forma *lato sensu*, ou seja, compreendendo todas as pessoas físicas que participam das funções estatais, em modo permanente, temporário ou acidental, seja por atos jurídicos, seja por atos de ordem técnica e material, aplicados seja na administração direta, seja na administração indireta, seja nas atividades políticas do Estado. São estes, portanto, os sujeitos capazes de provocarem um comprometimento ressarcitório do Estado, quando atuarem na qualidade de agentes públicos.

¹⁹ Isto não se confunde com a obrigação, a cargo

Este dispositivo tem a felicidade de ampliar o âmbito das pessoas que podem vir a formar sujeito passivo da responsabilização objetiva, alargando-se às pessoas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviços públicos.

6.3. A natureza da responsabilidade extracontratual do Estado

Imperioso demarcar a natureza da reponsabilidade extracontratual estatal, se é compensatória, reparatória ou sancionatória. De imediato, faz-se necessário tirar a limpo qualquer cogitação quanto a uma possível natureza sancionatória aos atos estatais que induzem a responsabilização, porque esta tem função apenas de restauração do direito violado, de recomposição dos prejuízos acarretados pela ação do Estado. Não se cogita de uma *punição* ao Estado, mas de proteção ao direito do particular afetado, mediante o devido restabelecimento do *status quo ante* do patrimônio lesado ou de refazimento do mesmo por meio de uma compensação pecuniária.

Os atos estatais de cuja prática ou omissão induzem a responsabilidade podem ser lícitos ou ilícitos e, a partir da composição de cada um, pode ser condicionada a responsabilização do Estado. Assim, para o dano decorrente de ato estatal *lícito*, a *recomposição* patrimonial deve ser feita mediante *compensação*, haja vista a necessidade de reequilíbrio da situação jurídica do particular. Aqui o dever de reparar é uma decorrência do princípio da *legalidade*, numa forma de restaurar a legalidade dantes violada por uma ação comissiva ou omissiva; enquanto que o cometimento *ilícito* requer o ressarcimento de natureza *reparatória*, porque neste aparece uma derivação de retratação estatal sob a forma de espécie pecuniária. Busca-se aqui

do Estado, de indenizar administrados por motivo de sacrifícios, impostos pela ordem jurídica, de certos interesses privados, como a desapropriação e outras limitações públicas à propriedade ou econômicas. Faz-se necessário uma violação, direta ou indiretamente (caso dos atos ilícitos), ao bem ou direito alheio. O sacrifício, o debilitamento de um bem, atividade ou direito, legalmente autorizado, não tem capacidade para estabelecer uma responsabilização do Estado, face aos princípios da prevalência do interesse público sobre o privado, da supremacia da Administração e da legalidade. Ademais, imperioso salientar que toda limitação pública traz consigo, em regra, prévia e justa indenização em dinheiro. Sobre esta relação, ver a excelente monografia: ROCHA (1991, pp. 85-6).

mais que uma restauração da legalidade, a restauração da igualdade entre os administrados, de distribuição dos ônus e encargos sofridos pela atuação do Estado.

6.4. *Motivos ensejadores da responsabilidade do Estado*

Quais os cometimentos estatais que poderiam autorizar a reparação em tela?

Para configurar a responsabilização e a inextorável reparação, imperioso que estejam presentes três elementos basilares: o antecedente, o conseqüente e o nexa causal entre estes, embasado pela teoria do risco administrativo. O antecedente seria o ato unilateral da Administração – *causae*; o conseqüente, por sua vez, o dano, o prejuízo sofrido pelo administrado; e o nexa causal entre ambos, o caracterizador da relação causa-efeito, demonstrativo da inerência do efeito à causa, que sem o mesmo, o dano não teria ocorrido ou não teria ocorrido como ocorreu.

6.4.1. *Antecedente – o fato administrativo*

A lesão ao bem jurídico do administrado deve ter sempre a origem em um fato administrativo, um ato administrativo lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, praticado por um agente público no desempenho de suas funções.

A partir da Constituição Federal de 1946, como se viu, é positivada a responsabilidade objetiva.

A *objetividade* significa a exclusão da noção de culpa da responsabilização pela ação ou omissão, sendo a teoria do risco fundada na relação de causalidade entre o evento e o dano. Com isso, a teoria do risco tende a bastar-se nos limites dos seus pressupostos, independentemente de qualquer elemento psíquico ou volitivo.

A exemplo, o dano causado em decorrência do defeito apresentado em semáforo que, concomitantemente, faz sinal de livre tráfego para duas vias em cruzamento. Cabe aqui a responsabilização objetiva, independentemente da comprovação de culpa do funcionário responsável pela manutenção do mesmo.

No plano da responsabilidade objetiva do Estado, o dano sofrido tem como causa o fato proveniente do desempenho de atividade inerente às suas funções²⁰. *Causa*, aqui, é a ação, comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, dolosa ou culposa, jurídica ou material do Estado ou

²⁰ Ver: CAHALI (1982, p. 115); CAVALCANTI (1964, p. 394).

das pessoas jurídicas que lhe representem, e que determina, direta ou indiretamente, a ocorrência danosa. Assim, a causa, para se constituir, juridicamente, na razão de ser do dano, deve ser idônea e suficiente à produção do resultado havido como antijurídico, além de representar uma inerência a um cometimento estatal.

Dá-se a responsabilização por atos lícitos, nas hipóteses de legítimo exercício do poder do Estado que acarreta indiretamente, como simples consequência, uma lesão a direito privado²¹.

Mas paralelo a estes, existem inúmeros danos causados pela Administração por *falha de máquina*, como aponta Cretella Jr., sem que os mais modernos métodos da técnica descubram a origem da imperfeição e sem que se prove a existência da força maior. Falhas de computadores, queda de aviões militares, enfim, falhas de máquina, sem culpa ou dolo dos agentes públicos.

6.4.2. *Conseqüente – o dano indenizável*

É de ressaltar que não é qualquer dano que, posto em correlação com a ação estatal, dá margem à indenização. Para que sobreexista sua idoneidade de vincular-se à atuação do Estado, para fins de reparação, mister que se apresentem duas características:

– que o dano corresponda à lesão a um direito da vítima;

– que seja certo e possível.

Incontestemente, somente quem teve um direito lesado pode questionar uma pretensão de indenização, direito este reconhecido e garantido pela ordem jurídica. E não basta a mera lesão econômica, a depender do caso²². O fato de

²¹ Neste sentido, MELLO (1992, p. 322).

²² Definitivamente, não é qualquer perturbação que se abata sobre o indivíduo, emanada do Estado, que seja suficiente para gerar um dano ao particular, que deve ser motivo para indenização. Como escreve Garcia de Entera: “el concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema (...). Conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su actor sea contraria al derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva).” Com fulcro nesta noção de dano antijurídico e econômico, o autor em tela

fechamento de uma repartição pública da qual um dono de bar fazia a sua principal freguesia, não se mostra plenamente habilitado para servir como pretensão de responsabilização face à pessoa estatal à qual pertencia a repartição.

A apuração objetiva da responsabilização deve partir de um dano cometido pelo comportamento do Estado que possua como bem jurídico atingido um direito assegurado pela ordem jurídica estatal.

Quase que por derivação deste pressuposto, o direito deve ser certo e possível. Tanto pode ser atual como futuro; o importante é que seja certo, determinável e real, com possibilidade de valoração econômica e individualização em relação a uma pessoa ou grupo de pessoas.

6.4.3. *Atos omissivos*

No que concerne aos atos de omissão do poder público, a Constituição deu tanta importância que inseriu um dispositivo próprio, a inconstitucionalidade por omissão, e uma garantia individual exclusiva, o mandado de injunção. É porque a figura do Estado de direito faz pressupor a presença de um Estado responsável e dotado, antes do *poder*, do *dever* de realizar o que lhe impõe a lei. Naturalmente, só com base em um texto legal se pode aferir a omissão da Administração. Neste aspecto, faz-se imprescindível uma análise teleológica entre o texto normativo reclamado e a realidade fática pela qual se discute a omissão.

A relação entre a causa omissiva e o efeito danoso deve ser vinculante e suficiente para a caracterização da pretensão indenizatória, posto isso dentro de padrões conjunturais suficientes para possibilitar a ação do Estado. Estes padrões conjunturais são imprescindíveis na medida em que não se pode firmar um nexo causal objetivo entre as condutas omissivas do Estado e o resultado danoso. O que há, em verdade, é um *nexo relacional entre este resultado e a conduta estatal previamente estabelecida por lei, da qual omitiu-se o Estado*. Assim, o Estado responde não por ter sido o causador do dano, *in concreto*, mas porque não realizou a conduta à qual estava obrigado —

finca sua conclusão no sentido de que, qualquer que seja a causa da imputação, desde que seja um dano antijurídico que reúna os caracteres de efetividade, possibilidade de valoração economicamente apreciável e individualização em relação a uma pessoa ou grupo de pessoas, a Administração obriga-se à responsabilização. GARCIA DE ENTERÍA; FERNANDEZ (1991, p. 100).

motivo ensejador do dano. Desta forma, dá-se relevância de ação à conduta omissora e estabelece-se o vínculo necessário e suficiente para a devida recomposição do patrimônio lesado.

6.4.4. *A teoria do risco*

A teoria do *risco* comporta duas possibilidades: o *risco integral* e o *risco administrativo*.

O *risco integral* é a teoria de mais simples construção, uma vez que se esgota na simples relação causal entre o dano e o motivo. Esta teoria é geralmente denominada de *brutal*, por não admitir temperamentos, indagações sobre a existência de culpa etc.

A do *risco administrativo* é mesmo um abrandamento da sua potencialidade objetiva, concretizada em uma adaptação da teoria do *risco* às exigências do direito administrativo. Esta postura implica no entendimento racional de que a Administração não tem o dever de indenizar sempre o dano suportado pelo particular, devendo-se observar a existência ou não de possíveis excludentes da responsabilização. A culpa da vítima e os demais fatores circundantes do fato devem ser apreciados em concreto e valorados conforme a importância para a descaracterização, ou não, da pretensão ressarcitória.

No *risco administrativo* a vítima continua dispensada de prova de culpa da Administração, mas sem implicar numa indenização ilimitada (sempre e em qualquer caso), podendo o poder público demonstrar, por sua vez, a culpa total ou parcial da vítima pelo evento danoso²³, ou mesmo a presença de qualquer uma das demais excludentes da pretensão de ressarcimento.

O *risco administrativo* tem sido acompanhado pela doutrina dominante e pela jurisprudência prevalecte como sendo a forma de manifestação que melhor expressa o significado do princípio constitucional da responsabilidade objetiva do Estado. É a que, sem dúvidas, enquadra melhor a perspectiva democrática e republicana de gestão dos bens, atividades e interesses públicos. Não seria razoável um alargamento desmedido da responsabilidade objetiva do Estado, devendo a mesma ser balizada por critérios de proporcionalidade da participação da culpa da vítima e, ou, eventos exteriores que, por si mesmos, sejam aptos a excluir do Estado o nexo causal.

Justifica este posicionamento a necessária equivalência de ônus e encargos entre os admi-

²³ MEIRELLES (1988, p. 549).

nistrados, mediante uma espécie de justiça distributiva, pela qual devem ser repartidos proporcionalmente entre todos os prejuízos causados a um específico indivíduo em função da coletividade. Em *contrario sensu*, portanto, justifica-se que a mesma coletividade não possa arcar com a reparação de danos causados por culpa do próprio lesado. Seria uma verdadeira *contraditio in terminis* com os preceitos acima referidos.

Por tais motivos, pairam no inaceitável as proposições que inferem do princípio constitucional vigente uma postura de estrita responsabilidade do Estado - risco integral - pela qual todo e qualquer dano causado aos administrados deve ser indenizado incontinenti. Labora em erro quem pensa nestes termos.

Apreciando *cum granis salis* o dispositivo constitucional, a irrestrita responsabilidade objetiva está correlacionada com a *causa* que dá origem ao dano, no sentido de uma universalidade de motivos, seja o ato lícito ou ilícito, material ou jurídico, comissivo ou omissivo, falha de máquina, erro judicial etc. Mas o que importa para a caracterização da reparação é justamente o nexo de causalidade efetivo entre uma das hipóteses dessa universalidade e o dano ocorrente. A teoria do risco administrativo põe-se precisamente no ponto de causalidade, de forma equivalente, proporcional e responsável, para a ponderação sobre a existência, ou não, da efetiva conexão: ou melhor, na observação quanto à presença, ou não, de excludentes de responsabilidade.

Assim, somos pela interpretação que vê, no bojo do art. 37, § 6.º, a teoria do risco administrativo, por ser a que se coaduna efetivamente com os demais princípios consagrados na Constituição²⁴, porque, a princípio, e somente a princípio, todo e qualquer dano é reparável, salvo possíveis excludentes de responsabilidade.

6.5. As excludentes de responsabilização objetiva do Estado

Como ventilado, em determinados cometimentos danosos ao patrimônio particular, com a presença, direta ou indiretamente, do Estado, segundo a teoria do risco administrativo, certos elementos circunstanciais são suficientemente capazes de excluir, total ou parcialmente, a responsabilidade do Estado. Formam eles o que denominamos de *excludentes de responsabilização objetiva*.

²⁴ Assim, VELLOSO (1987, p. 242).

Estes elementos possuem o condão de interferirem no nexo causal, descaracterizando-o ou reduzindo seus comprometimentos face à conduta estatal.

A instrução probatória da relação de causalidade deve ter como pré-estabelecido que, para a caracterização da responsabilidade do Estado, são relevantes todos os antecedentes do resultado danoso, de tal modo que nenhum elemento implicado na sua produção seja excluído de apreciação.

Para tanto, pode-se, com toda idoneidade, utilizar o método penalístico do *procedimento hipotético de eliminação* de Thyrén, pelo qual é possível relacionar uma causa a uma consequência, quando, toda vez que se suprime mentalmente um elemento, pode vir a resultar na inexistência da consequência danosa, tal como ocorreu. Assim, a conduta estatal deve ser *conditio sine qua non* para configurar a sua responsabilização.

Entre as hipóteses que podem determinar tal exclusão de responsabilização, encontram-se: a culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e o estrito cumprimento do dever legal face a um estado de necessidade.

6.5.1. Culpa do lesado

O fato do Estado não questionar sobre a existência de dolo ou culpa nas suas ações para fins indenizatórios, nos termos de responsabilidade objetiva, não implica na eliminação do dever funcional que a Administração possui, em decorrência do *múnus* público que lhe é inerente, de realizar um procedimento para apurar o fato gerador do dano. Tampouco, na desnecessidade de verificação de existência de dolo ou culpa do administrado.

Comprovado que o administrado concorreu para o fato por dolo ou culpa, exime-se a responsabilização da Fazenda Pública²⁵, total ou parcialmente, a depender da participação da conduta estatal no evento.

O que se faz importante observar é a relação causal, pela qual se analisa a conduta estatal como suficiente e necessária para provocar o dano tal como ocorreu, mesmo que parcialmente. O que vai definir a proporção participativa e o grau de vinculação do Estado com o evento

²⁵ Daí dizer com propriedade Cahali (1982, p. 40): "o dano não se qualifica juridicamente como injusto, e como tal não legitima a responsabilidade objetiva do Estado, se encontra a sua causa exclusiva no procedimento doloso ou gravemente culposo do próprio ofendido".

danoso é o próprio caso concreto, que varia deveras, principalmente quanto ao momento da conduta estatal, se é o fundamento e encontra-se na gênese do fato ou se contribuiu apenas para o agravamento do dano.

Mas se tenha presente que a definição dos níveis de participação da vítima nem sempre é muito clara, de modos que, na prática, têm-se admitido a mesma como excludente apenas nos casos de completa eliminação da concorrência de conduta estatal. Nos casos em que existam dúvidas sobre tal inexistência, resolve-se pela responsabilização exclusiva do Estado.

6.5.2. Culpa de terceiros

Para os casos em que não concorrem a conduta da vítima nem a do Estado, mas de um terceiro alheio, para que o resultado tenha se configurado em um dano, não há que se falar em responsabilização do Estado, desde que tal ação do terceiro não seja de possível neutralização por parte do Estado dentro de certos cuidados e previsibilidades.

Assim, como a conduta do Estado é excluída do nexo relacional, por ação de um terceiro estranho à relação posta entre o administrado lesado e o Estado, excluída está, também, qualquer pretensão indenizatória contra o Estado.

A exemplo, um preso que, ao terminar seu tempo de carceragem, no momento da saída da penitenciária, mesmo com os cuidados de vigilância da guarda carcerária, é atingido por tiros de fuzil, dotado de mira telescópica, desfechados por um familiar da sua vítima de assassinação, posicionado a longa distância.

6.5.3. Força maior

Força maior é o acontecimento exterior, independente da vontade humana, dotado de nítido caráter de imprevisibilidade, inevitabilidade e irresistibilidade. O fato é estranho à conduta do Estado, por isso não se configura qualquer relação entre o evento oriundo da força maior e a conduta estatal, cabendo a exclusão, salvo se poderia contribuir para prevenir, evitar e resistir ao mesmo com eficácia.

Não se diga o mesmo, contudo, para o caso fortuito. Deste não se isenta o Estado de responsabilização, porque o mesmo provém sempre de um mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao seu próprio serviço. Inclui-se, assim, no risco do serviço.

6.5.4. Estrito cumprimento do dever legal face a um estado de necessidade

O estado de necessidade ocorre em momen-

tos de grave perturbação que, por suas manifestações e conjuntura, faz imprescindível a ação do Estado para restabelecer o *status quo ante*. Para estes casos, a ação do Estado só pode ser imputada para fins de responsabilização quando implicar em atos ilícitos²⁶, excesso ou desvio de poder exercidos pelas autoridades. A predominância do interesse geral sobre as conveniências e meros interesses pessoais, nestes casos, excluem o dever de indenizar objetivo do Estado.

Realmente, na execução das ações para reprimir a grave perturbação, encontrar-se-ão presentes todos os elementos necessários para a caracterização da responsabilização, mas o interesse coletivo elide a pretensão ressarcitória do particular, como nos casos de defesa do Estado e das instituições democráticas, neutralizando o nexo causal.

7. Do direito de regresso

De acordo com a teoria do risco, inerente ao princípio da responsabilidade objetiva do Estado, a reparação da vítima tem como pressuposto apenas o nexo causal entre o evento danoso e a conduta estatal. Verificada a relação de causalidade, sem a presença de possíveis excludentes de responsabilização, a indenização à vítima deve ser realizada incontinenti.

Todavia, reserva-se ao Estado o *dever-poder* de regresso da Fazenda Pública contra o agente²⁷ que deu causa direta ao cometimento danoso para que o mesmo, comprovada sua participação dolosa ou culposa, recomponha o erário no *quantum* dispendido pela referida indenização²⁸.

²⁶ Art. 141, CF: "Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes."

²⁷ A responsabilização civil perante a Fazenda não afasta as possíveis sanções penais e administrativas, que poderão cumular-se entre si. É o caso, por exemplo, dos danos decorrentes de improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional ou corrupção, que, além do ressarcimento ao erário, concorrem as penalidades administrativas de demissão ou destituição de cargo em comissão, além das cominações penais atinentes aos crimes contra a Administração Pública.

²⁸ Como diz com propriedade Rocha (1991, p. 118): "refoge qualquer dúvida que não deve a sociedade ser onerada pelo pagamento de indenização devida e aperfeiçoada pela pessoa estatal, quando o dano decorreu do comportamento culposo-doloso ou por culpa 'stricto sensu do seu autor'".

A justificação adotada para a efetivação deste dever-poder encontra-se nas mesmas razões éticas e jurídicas que informam a justificação da indenização aos particulares lesados por atos estatais. Se é justo que o administrador não deve arcar com o custo de uma possível lesão proveniente de atos imputáveis a uma pessoa estatal, mais justo ainda é entender que à sociedade não cabe suportar despesas oriundas de condutas irresponsáveis dos respectivos agentes públicos.

Exerce o Estado o direito de regresso através do meio processual denominado ação regressiva, que nada mais é que o direito subjetivo público do Estado de exigir do agente culpado o valor correspondente ao que foi gasto com a indenização. Os pressupostos materiais deste direito são:

- prévia condenação da pessoa estatal (pública ou privada) à indenização de terceiros por ato lesivo do agente;
- prévia comprovação, em processo regular, do comportamento doloso ou culposo do agente.

Este direito de regresso, em verdade, transmuda-se em um *dever-poder* para o Estado, dado o seu regime de *mínus* público, de zelo da coisa pública, e de completa indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. O *poder* de exercício do direito de regresso está, em verdade, subordinado ao *dever* de fazê-lo no interesse da comunidade, dado que não cabe ao administrador qualquer juízo de discricionariedade sobre a oportunidade ou conveniência do regresso contra o agente culpado nem tampouco dispor do erário público ao seu talante. Trata-se, em síntese, de medida assecuratória da permanência do patrimônio público, em atendimento aos princípios da continuidade do serviço público, da moralidade e da legalidade administrativa.

A natureza jurídica da ação regressiva é a de uma ação civil, de rito ordinário, nos termos do Código de Processo Civil.

Um aspecto que encontra muitas divergências é quanto ao cabimento ou não da *denúnciação da lide*, prevista no art. 70, III, CPC, já na própria ação indenizatória, a funcionar como o direito de regresso²⁹. Pensamos que posições

²⁹ Segundo Meirelles (1988, p. 556), "o funcionário não pode ser obrigado a integrar a ação que a vítima intenta contra a Administração, mas pode, voluntariamente, intervir como assistente da Administração".

extremadas não satisfazem a resolução desta celeuma. Mister apreciar cada caso isolado e questionar pelo cabimento ou não do regresso em forma de denúnciação da lide.

Atentando para os pressupostos materiais supracitados, é de ver-se que a ação regressiva comporta uma relação jurídica exclusiva entre a pessoa estatal responsabilizada e o respectivo agente público, mas isso não possui o condão de retirar totalmente a possibilidade de uma formação de denúnciação da lide na ação de indenização, particularmente quando as condições e a natureza do dano apontam, de imediato, sem carecer grandes indagações, a culpa do agente. É bem natural que, mesmo neste caso, a indenização à vítima far-se-á pelo Estado, mantendo-se o agente responsável perante a pessoa jurídica a que serve, unicamente.

Segundo Velloso³⁰, o STF sempre entendeu que a ação fundada em responsabilidade objetiva do Estado, por ato ou omissão do agente, não comporta obrigatória denúnciação a este, na forma do art. 70, III, CPC, para apuração de culpa, desnecessária à satisfação do prejudicado.

Nos casos de agentes federais, para a liquidação realizada na via executória concorrem todos os bens do funcionário culpado. Sendo estes insuficientes, as indenizações serão descontadas em parcelas mensais não excedentes à décima parte da remuneração ou provento³¹.

Como ação civil que é, destinada à reparação patrimonial, transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado, até o valor da herança recebida, como pode ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão.

³⁰ (1987, p. 245).

³¹ *Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União*, arts. 46, 121-126, 136.

A legitimação do Parlamento para a função fiscal

IRIS ELIETE TEIXEIRA NEVES DE PINHO TAVARES

Se, como disse Bodin, “o Estado é o reto governo das famílias e daquilo que lhes é comum” e se, como quis Maquiavel, a *virtù* do governante está em usar artifícios para tornar seu povo o mais feliz possível, a existência do Estado tem por justificativa, para os adeptos da teoria dos fins, o alcance das metas a que ele se propõe: isto é, a existência do Estado se justifica pelos seus fins.

Os Estados, no exercício de sua atividade política e administrativa (que algumas correntes separam), propõem-se metas, cujo teor foi analisado por diversos estudiosos, através dos séculos, inclusive tendo sido objeto de estudo de Aristóteles.

Toda atividade do Estado é onerosa. Os governos, com o passar dos tempos, não descobriram outra maneira mais eficiente de captar recursos para fazer face às despesas do que a cobrança de tributos. Bodin, considerando o Estado a sede da potência soberana, atribuiu-lhe, como prerrogativa absoluta, declarar a paz e a guerra, dirigir a administração, julgar em última instância e conceder a graça, cunhar moedas e arrecadar impostos. Nenhum governante, nem mesmo os doutrinadores brilhantes que, não governando, pretenderam dizer como fazê-lo, conjecturou, sequer, a possibilidade de alguém governar sem cobrar impostos. A boa administração daquilo que é comum ao povo com objetivo de torná-lo mais feliz - finalidade precípua do Estado, conforme Alessandro Groppalli - não pode prescindir do concurso da própria sociedade.

Moisés cobrou tributos (Lev. 27, 20-23); César cobrou tributos (Lucas, 22, 20-22). A Idade Média, cujo sistema confundia o direito civil

Iris Eliete Teixeira Neves de Pinho Tavares é Professora Adjunta da UFMG.

de propriedade com o direito público, viveu um período em que a tributação ultrapassava a propriedade material do vassalo. O sistema feudal, com sua dupla característica de organização hierárquica do poder e seu conceito especial de soberania trouxe dois novos elementos referentes à relação senhor/servo. Trazendo implícito no conceito de soberania o de propriedade, confundindo ou fundindo num só termo o senhor, o proprietário e o soberano, fez com que os vassalos pagassem ao soberano um tributo que ultrapassava seus bens materiais, atingia sua própria pessoa e que era considerado, sem questionamentos, como a ele devido.

Na relação senhor/servo, segundo o esquema político de então, situou-se a forma típica de captação de recursos destinados ao governante e aqui, muitas vezes, não apenas no interesse da coletividade, mas no interesse expresso ou implícito do governante.

Estabelecido, na Inglaterra feudal, o poder hegemônico de um rei, surgiram as teorias hobbesianas que colaboraram para fundamentar, no mundo ocidental, o poder absoluto dos reis, o qual lhes poderia atribuir até o direito ilimitado às propriedades de seus súditos.

Cobrar tributos foi, em certa época, prerrogativa real. Instado que fosse o rei por necessidades verdadeiras de seu povo ou mesmo por seus caprichos pessoais, em que se incluíam guerras e conquistas, o povo se via sobrecarregado com novos impostos. O soberano provia as necessidades do Estado através dos bens de seus súditos, aí incluídas suas vidas.

"Il periodo assolutistico si trova a dover risolvere i piu gravi problemi dell'organizzazione e dell'amministrazione di grandi Stati, di cui, pertanto, l'aspetto finanziario, anche in considerazioni delle guerre fratresche, più dispendiosi, divenne così preminente" (MORSELLI, Emanuele, *La dottrina del tributo*, Padova, Cedam, 1967, p. 24).

O advento do jusnaturalismo e as idéias que desenvolveram os filósofos adeptos da incipiente corrente filosófica liberal, cujos resultados se fazem sentir até o mundo de hoje, apontaram para uma nova concepção do homem e, com ela, um novo sentido ao direito de propriedade.

Locke (*Segundo tratado sobre o governo*, trad. Jacy Monteiro, IBRASA, SP, Col. Clássicos da democracia, s/d), fazendo emergir o homem do estado de natureza para, através do pacto, construir a sociedade civil ou o corpo

político, o faz com base, sobretudo, nas considerações sobre a propriedade. No capítulo V do *Segundo Tratado sobre o Governo*, discorre sobre a propriedade e demonstra a apropriação, pelo indivíduo, dos bens da terra:

"Deus, que deu o mundo aos homens em comum, também lhes deu a razão para que o utilizassem para maior proveito da vida e da própria conveniência e, embora a terra e as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem a propriedade em sua própria pessoa; a esta, ninguém tem direito senão ele mesmo. O trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele... Desde que esse trabalho é propriedade exclusiva do trabalhador, nenhum outro homem pode ter direito ao que se juntou... Embora a água que corre na fonte seja de todos, quem poderia duvidar que na bilha está somente o que pertence a quem a recolheu?" (p. 20).

Daí em diante, a propriedade individual passou a ser objeto do interesse específico dos liberais que, para resguardá-la, passaram a opor-se às pretensões reais de, sobre ela, lançarem suas vistas cobiçosas.

O rei, cujo poder político já sofria restrições, embora poucas, começou a cercar-se de cuidados para que a obtenção dos recursos materiais de que necessitava para governar não se tornasse causa de maiores conflitos.

Mas, mesmo antes que os doutrinadores liberais expressassem em palavras, sugerindo um conteúdo jurídico para a formação dos Estados, os cuidados que os indivíduos já demonstravam com seus direitos de propriedade, os reis, ainda na Inglaterra feudal, percebendo as primeiras limitações de seu poder, utilizaram-se de um ardil que lhes permitisse apropriarem-se das propriedades dos súditos, sob forma de tributo, mas com o consentimento deles. Construíram a história do Parlamento, que é a história fiscal do Parlamento.

O Professor Orlando de Carvalho nos dá a visão de como o Parlamento britânico – origem de todos os Parlamentos do mundo moderno – desenvolveu a técnica de cobrar tributos, com o consentimento dos súditos, uma vez que seus pares, como elementos do povo, autorizavam o rei a fazê-lo (*O mecanismo do Governo Britânico*, Os Amigos do Livro, BH, 1943).

As origens primeiras do Parlamento britânico

co não tiveram características de representação. Na Inglaterra saxônica, o rei fazia as leis com a assistência de uma assembléia de homens prudentes, um conselho, que mais tarde se transformou no *Magnum Consilium*. O Grande Conselho, com o tempo, ampliou-se pela necessidade de se adaptarem as novas situações às exigências que se faziam prementes. O rei, precisando de dinheiro, sentiu-se obrigado a convocar os pequenos proprietários para, sem perturbar-lhes autocraticamente a propriedade, fazerem parte do conselho e aprovarem as novas taxas. Como esses proprietários eram nomeados e distinguidos pelo rei, sentiam-se enobrecidos com a convocação e votavam as taxas, sem discussão.

No século XIII, Simon de Monfort, para garantir arrecadação maior, convocou um número de pessoas muito mais eclético: além de barões, bispos e cavaleiros, foram convocados representantes das cidades amigas. "Em 1295, Eduardo I convocou para o Grande Conselho os barões, os bispos, dois cavaleiros de cada condado, dois burgueses de cada cidade, dois habitantes de cada burgo, o prior de cada catedral, os arqui-diáconos de cada diocese e os representantes do clero das catedrais e das paróquias."

Por esta época, o Parlamento não legislava: apenas aprovava medidas, grande parte das quais referentes à tributação. Somente nos fins do século XV, com a separação das Câmaras, o Parlamento, que até então se limitava a opinar quando consultado, e somente quando consultado, investiu-se da autoridade legislativa, elaborando a lei que o rei sancionava, reservando-se, entretanto, a faculdade do veto, dando início, assim, ao processo legislativo.

O novo sentido de representação de que se revestia já o Parlamento inglês, nos séculos que se seguiram, tomou incremento com as idéias continentais de soberania popular e da nação, no século XVIII. Rousseau, atribuindo ao indivíduo, e só a ele, a capacidade de pactuar e percebendo a impossibilidade da presença de todo o povo no processo legiferante, admite a representação - cuja base, discutida e discutível, é o fundamento dos sistemas políticos do mundo moderno.

E no mundo constitucional que se seguiu, inspirado nos ideais de liberdade e de igualdades que foram a mola das revoluções americana e francesa do século XVIII, o contexto do constitucionalismo clássico estabeleceu como garantia dos direitos dos indivíduos a organiza-

ção de Estados que tivessem: a) os direitos individuais declarados; b) a separação de poderes que garantisse o equilíbrio entre as forças, evitando o excesso de concentração de poder em mãos únicas; c) a estrutura constitucional que garantisse a divisão de poderes capaz de, em última análise, garantir os direitos.

O pano de fundo do constitucionalismo liberal é a liberdade do indivíduo. E, como queria Locke, liberdade que diz respeito ao indivíduo como um todo, incluindo-se aí os seus direitos referentes à propriedade.

E, como cobrar tributos é uma forma de apropriação, pelo Estado, do patrimônio do indivíduo, a única maneira de se executar essa tarefa é a utilização do sistema proposto por Rousseau: fazer com que a vontade expressa pelo Estado sob a forma de lei seja a vontade do soberano: o povo. Transformar o Parlamento na Casa de representantes do povo; representantes que transformarão em lei a vontade desse povo de participar da gestão de si próprio, contribuindo com os tributos que forem devidos.

Nos Estados constitucionais que se formaram a partir do modelo de Constituição dos Estados Unidos da América de 1776, a competência de cobrar tributos se faz expressamente por determinação constitucional.

De fato, Hamilton (*Sobre a Constituição dos Estados Unidos*, Hamilton, Madison e Jay, trad. Jacy Monteiro, IBRASA, SP, 1964), analisando a faculdade de lançar impostos da Nação e dos Estados, admite que o Estado, à medida que tem objetivos entregues a seus cuidados e encargos cuja responsabilidade lhe cabe, deve também conter em si todos os poderes necessários à consecução desses objetivos e encargos. Como a renda constitui o mecanismo essencial através do qual o Estado tem de conseguir os meios de satisfazer às necessidades, a faculdade de obtê-la tem que estar necessariamente contida na faculdade de satisfazer estas exigências.

Como, no caso de Hamilton, a preocupação específica era a de justificar, fundamentar e embasar doutrinariamente o recém-criado regime federativo, afirma ele que "como teoria e prática conspiram para provar que a faculdade de conseguir renda é ineficaz quando exercida sobre os Estados na respectiva capacidade coletiva, o Governo Federal deve, por necessidade, ficar investido de poderes irrestritos de taxaço pelos processos correntes" (p. 67). Assim, a últi-

ma cláusula da oitava seção do Primeiro Artigo da Constituição americana autoriza o Legislativo nacional "a fazer todas as leis que se tornarem necessárias ou forem convenientes para o exercício dos poderes investidos por esta Constituição no governo dos Estados Unidos ou qualquer departamento ou funcionário destes".

No Brasil, cuja história constitucional se iniciou no período histórico do constitucionalismo clássico, as constituições confiaram ao Poder Legislativo a função específica de fazer as leis e, conseqüentemente, a de tributar *em nome do povo*.

Em 1824, a Constituição Imperial atribuía o Poder Legislativo à Assembléia Nacional, que se compunha de Senadores e Deputados, com a sanção do Imperador.

A Constituição Republicana de 1891 encarregou desta função o Congresso Nacional, bicameral, também num processo complexo que exigia a sanção do Presidente da República.

A Constituição de 1934 apresenta uma característica especial que Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Ed. Guanabara, Rio, 1936-37, p. 516) chama de defeituosa: sua estrutura inclui o Senado no Cap. V do Título I - Da Coordenação dos Poderes - fora, portanto, do Poder Legislativo, que é objeto do Cap. II do mesmo Título: o Senado toma posição ambígua de colaborador do Poder Legislativo (art. 22). A sanção presidencial se faz necessária (art. 43).

Em 1937, atribui-se o exercício do Poder Legislativo ao Parlamento Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, com a colaboração do Conselho de Economia Nacional. O processo legislativo inclui a sanção presidencial. Observe-se que o Presidente da República tem a prerrogativa de dissolver a Câmara dos Deputados (art. 75).

É ao Congresso Nacional, bicameral, que a Constituição de 1946 confia a tarefa legislativa, com a sanção do Presidente da República. O mesmo caminho tomam as Constituições de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1, de 69, e a Constituição de 1988.

Ponto comum a todas estas leis maiores é a eleição livre e direta dos componentes do Parlamento do Brasil, nas diversas épocas. O constitucionalismo brasileiro preservou o sistema representativo, que mantém intacto o sentido da "vontade geral" ao atribuir ao grupo de re-

presentantes do povo brasileiro o poder de tributar. A Constituição vigente, face à forma peculiar federativa de Estado, atribui a várias pessoas políticas o exercício do poder de tributar. No Brasil é repartida a competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, pelos seus respectivos órgãos legiferantes. "Todos recebem diretamente da Constituição, expressão da vontade geral, as suas respectivas parcelas de competência e, as exercendo, obtêm as receitas necessárias à consecução dos fins institucionais em função dos quais existem (discriminação de rendas tributárias). O poder de tributar, originariamente *uno* por vontade do povo (estado democrático de direito), é dividido entre as pessoas políticas que formam a federação (COELHO, Sacha Calmon - *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário*, p. 2).

Evidencia-se a importância do aspecto da presença do representante do povo para a autorização de cobrança de tributos, face à própria relevância que a doutrina liberal - a qual fundamenta o constitucionalismo, seja ele o liberalismo clássico ou atenuado e mesclado a novas doutrinas, da forma pela qual o mundo o tem visto evoluir - atribui à propriedade. Segundo a forma pela qual Châtelet (CHATELET, François et alii - *História das Idéias Políticas*, Jorge Zahar, RJ, 1990, p. 106) analisa a posição de Benjamin Constant, "o objetivo dos modernos é a segurança nas funções privadas; e eles chamam de liberdades as garantias concedidas pelas instituições a estas funções". O indivíduo busca, no sistema constitucional, contra o excesso de poder do Estado, a garantia de sua propriedade. Daí, ser o corpo de representantes o competente para autorizar a intromissão do Estado no âmbito sagrado da propriedade particular.

A competência e legitimação para o exercício desta função é do Órgão Legislativo que, de acordo com a teoria rousseauniana, é aquele que tem precedência sobre os demais poderes pela sua condição de porta-voz da "vontade geral". O produto de sua elaboração será a lei. Nesse caso, lei verdadeira, lei em sentido material, norma geral e abstrata conforme a teoria francesa preponderante no século XIX, ou ainda, segundo a teoria alemã (Laband), uma regra de direito material, pois diz respeito à condição jurídica do cidadão, no que se refere ao seu patrimônio.

Liderança: uma nova visão

TÂNIA MARA BOTELHO

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Transformações e constatações.* 3. *Estudos existentes.* 4. *A nova liderança integral.* 5. *Conclusão.*

1. *Introdução*

Liderança é um processo de persuadir ou exemplo pelo qual um indivíduo ou grupo influencia pessoas e as conduz para concretizar objetivos, ajudados pelo líder e por seus seguidores. Em qualquer tipo de grupo estabelecido, indivíduos diferentes preenchem papéis diferenciados, e um dos papéis é o de líder. Líderes não podem ser pensados fora de um contexto histórico, de sua função e do sistema em que estão inseridos. As partes integrantes do sistema contêm as forças necessárias para o trabalho do líder. Os ambientes onde os líderes atuam são infinitos, e existem diferentes tipos de líderes e de estilos de liderança. Em alguns casos o ponto forte da liderança é a eloquência, em outros a capacidade de avaliar, a coragem, entre outros. Alguns são excelentes líderes em termos morais e outros levaram muitas vezes a humanidade a terríveis situações. É necessário não confundir liderança com *status*. Mesmo em grandes corporações e agências do governo, as posições de executivos no topo da hierarquia podem significar simplesmente o número um da burocracia. Podemos, evidentemente, encontrar líderes nestas posições. Mas é importante lembrar que os chefes são obedecidos e os líderes são respeitados.

É necessário, ainda, não confundir liderança com poder. Líderes usam a energia de poder para concretização de sua ação. Entretanto, muitas pessoas que têm poder não possuem nenhuma qualidade de liderança. Seu poder deriva simplesmente do acúmulo de dinheiro,

Tânia Mara Botelho é professora e pesquisadora no Departamento de Ciência da Informação e Documentação da Universidade de Brasília, Doutora em Ciência da Informação pela Loughborough University e pós-doutoranda pela Syracuse University na área de liderança. Atualmente é Vice-Diretora da Faculdade de Estudos Sociais Aplicados da UnB. Trabalha na linha de pesquisa de informação e sociedade e ampliação da consciência individual e coletiva.

ou da capacidade de infligir punição aos outros, da capacidade de controlar uma máquina institucional ou por ter acesso fácil à imprensa. Um ditador, por exemplo, tem poder, mas não é líder. E, finalmente, não confundir liderança com autoridade. Autoridade é simplesmente o poder legitimado. Liderança requer muito esforço e energia. E muita confusão tem sido feita entre liderança e autoridade. Liderança não é uma simples tarefa para ser realizada. O líder desempenha funções, entre outras, de visão de metas a longo prazo, afirmação de valores mais elevados, motivação, gerenciamento, servir de símbolo e exemplo, representar ideais, renovar a sociedade. Liderança é uma conquista, e a única coisa que verdadeiramente se conquista é a nós mesmos. De acordo com Kouzes e Posner(1), o desenvolvimento da liderança é, em última análise, o autodesenvolvimento e, finalmente, a liderança tem como maior desafio o desafio pessoal. Bennis(2) diz que no final, tornar-se um líder é sinônimo de tornar-se você mesmo.

São dois elementos essenciais para a liderança: consciência e verdade. Consciência é entendido como a capacidade de discernir dentro de determinado contexto e visão de realidade. E verdade é entendido como uma função do nível de consciência.

Assim, $v = f(c)$ onde $\frac{C}{V} = \text{consciência}$

Estes elementos essenciais quando usam a energia de poder necessitam de um ingrediente fundamental que é o Amor.

CONSCIÊNCIA
M
O
VERDADE

Nestes termos, a liderança que estamos falando é uma nova abordagem que chamamos de liderança integral e que define liderança como uma função necessária nas relações societais, de forma a facilitar o processo de alavancagem da sociedade para um novo sistema de inteligência social. Assim, liderança pode ser vista como $L = \frac{V = f(c)n}{A}$ onde L = liderança, V = verdade e A = amor.

A liderança nada significa se não existem valores e os únicos valores com os quais é possível contar são aqueles de que se tem profunda consciência e que foram absorvidos através da experiência. É dentro deste contexto de líde-

res como agentes de mudança, um desafio para esta nova visão da realidade, que desenvolvemos este artigo.

2. Transformações e constatações

A transformação por que passa nossa sociedade hoje tem levado a discussões sobre a problemática de desenvolver recursos humanos. Assim é que os temas têm variado muito em torno da efetividade e do fazer o indivíduo produzir mais. Este progresso tem também o seu avesso. Gostaríamos de estar vivendo numa época de plena prosperidade e nos vemos mergulhados num caos de conflitos entre nações, entre raças, entre administração e trabalhadores, e até entre pessoas e dentro de nós mesmos.

Os aspectos de eficiência de uma organização são importantes, porém a solução de nossos problemas decisivos não está no mundo das coisas e sim no mundo das pessoas. Interessamo-nos por buscar uma filosofia que permita uma abordagem teórica, a partir da qual possamos realmente entender a unidade da ação e de um conjunto de indivíduos para conseguir-se cooperação e a compreensão inter-relacional.

Na transição em que vivemos com um complexo projeto de mudança, lidamos com passado e futuro, ao mesmo tempo. E, mexendo nas raízes destas estruturas, há muito risco envolvido e o perigo de se jogar fora aspectos que são necessários. Enxugar a máquina governamental significa, também, construir um organismo saudável. Com adequada intuição e racionalidade, alcança-se novo discernimento gerencial(3). A verdade é que não existe um país subdesenvolvido, mas sim subgerenciado e sem lideranças. A administração pública brasileira necessita de um programa inovador de desenvolvimento do seu potencial humano, especialmente em nível gerencial e de lideranças, de onde emanam as decisões que influenciam e transformam as relações societais.

Estamos cada vez mais vivenciando uma forma acelerada de mudança que exige de nós uma postura também nova. A administração participativa pode ser um instrumento de qualidade nesta mudança. Necessitamos de uma mudança mais global que inclua todos os aspectos sem reduzir o ser humano em nenhum momento. A mudança atinge também os sistemas sociais como um processo global de aprendizagem da sociedade. No Brasil, vivenciamos ainda um processo de "síndrome de servidão"

e de "sucata do conhecimento", onde a criação e a qualidade de ousar ficam prejudicadas, pois as pessoas são desconsideradas no processo de criar novos rumos. Como então transformar o inconsciente coletivo das organizações para que possamos ter este novo despertar, não "de um mago", mas de um gigante adormecido? O melhor é começarmos pela criatividade que propicia a qualidade. É necessário criar uma nova renascença humana, onde as relações sociais, empresariais de trabalho e interpessoal sejam baseadas em qualidade. Assim, desaparecem, ou pelo menos, atenuam-se, as relações organizacionais sadomasoquistas que prejudicam a todos nós.

A conquista deste novo estado de coisas é um desafio de lideranças. Um desafio que engendra a qualidade, alavancando um novo sistema de inteligência social. O sistema de inteligência social é aqui entendido como "a capacidade organizacional instalada no país, as agências públicas e privadas de financiamento, de pesquisa e indústrias"(4). A inteligência social aproveita esta capacidade instalada no sentido de novas inter-relações e de uso de sistemas estratégicos de informação: sistemas inteligentes, sistemas de apoio à decisão, sistemas executivos e para o planejamento. Neste sentido devem ser usados os métodos de inteligência com os de sistemas de recuperação de informação.

Diante das constatações mencionadas surgem apreensões maiores, que são: a insensibilidade institucional, a falta de discernimento para implementar as soluções necessárias, verdadeira comunicação para evitar conflitos e sistemas de inteligência voltados para o social. Um ser humano numa organização não se dissocia do que ele é, porém os métodos existentes de trabalho e de relações sociais são extremamente fragmentários, tornando as pessoas também fragmentadas.

O uso de sistemas de inteligência nas organizações e na sociedade ajudam na mudança estrutural da sociedade e na mudança de uma economia industrial para uma economia pós-industrial, intensiva em conhecimento. E o fundamental para esta economia pós-industrial, intensiva em conhecimento, são a criatividade e a qualidade. Como então desenvolver na sociedade o eixo da criatividade que envolve fundamentalmente a sensibilidade?

3. Estudos existentes

Liderança é uma palavra que está hoje sen-

do muito usada e pouco praticada. A enormidade dos desafios de nossos tempos e a velocidade de mudanças parecem não estar acompanhadas por grandes idéias e pessoas capazes de implementá-las. Estamos num momento da história em que se faz necessário uma visão mais consciente e global por parte de grande número de líderes, do campo e da fábrica, ao escritório de um presidente.

O folclore e a observação reflexiva têm criado conceitos e preconceitos sobre líderes, formando idéias, mesmo caricaturas, sobre liderança. Décadas de análise e estudos acadêmicos sobre liderança (5,6,7 e 8) deram-nos definições. Houve época em que se pensou que as habilidades de liderança fossem uma questão de nascença e esta poderia ser chamada a "teoria do grande homem". Quando esta abordagem não era mais válida, veio a idéia do "grande estouro", em que a situação e os seguidores se combinaram para fazer um líder. Como também a teoria do grande homem foi outra abordagem inadequada. Nos dias atuais, temos nova oportunidade de avaliar nossos líderes e ponderar sobre a força e a arte do líder, assim como sobre a essência do poder e a base sobre a qual está fundamentalmente ligada a liderança. Entretanto, a essência do poder como energia básica para o exercício da liderança tem sido negligenciada nas formulações dos tempos modernos. O poder é uma das forças mais conhecidas do universo e existe em toda interação humana. Poder é a "energia básica para iniciar e sustentar a ação do líder, traduzindo a intenção para a realidade, a qualidade sem a qual os líderes não podem lidar"(7). O uso desta energia social tem sido inclusive desvirtuado ao longo da história. Entretanto, precisamos aprender a perceber esta energia de poder e usá-la como realmente é, transformando sua expressão em algo construtivo. A verdadeira liderança sabe usar este poder para transformar. Desse modo, a liderança efetiva o movimento das células organizacionais de um estado caótico presente para um estado saudável futuro, criando visões de oportunidade potenciais para as organizações, instalando comprometimento nos empregados e na sociedade. A mudança pode, nesse sentido, renovar cultura e estratégia que mobilizem e enfoquem energia e recursos(8).

Uma análise de muitos autores revela que a maioria escreve sobre administração, admitindo lideranças como "um processo de exercer influência sobre indivíduos ou grupo, nos esforços para a realização de um objetivo em de-

terminada situação”(5). Os interesses sobre lideranças nos parecem refletir as escolas de pensamento na teoria das organizações – a administração científica e a escola das relações humanas. Também foram concentrados esforços em estudar liderança como qualidades potenciais, tendo um papel de causação histórica. Motivos, valores, propósitos criam num ambiente o processo de mobilização de pessoas, dentro de um contexto de liderança transaccional. Entretanto, líderes podem reformar, renovar, alterar, motivar motivos, valores e propósitos de outras pessoas seguidoras ou não, através do ensino do papel de liderança, dentro do contexto de liderança transformacional.

Estamos agora propondo uma nova visão da liderança, uma visão mais global e expandida que se desenvolve face às necessidades da nova era universal que estamos atravessando. As visões sociais são importantes em vários aspectos; diferem em concepções básicas da natureza da pessoa humana. As habilidades e as limitações das pessoas são vistas em termos radicalmente diferentes por aqueles cujas teorias filosóficas, política ou sociais estão contidas em visões diferentes. As visões repousam fundamentalmente em algum senso da natureza humana, embora a maturidade seja a possibilidade constitutiva de todo ser humano fisiologicamente normal. Esta nova visão de que falamos baseia-se na consciência do estado de realidade de inter-relação na consciência de todos os fenômenos físicos, sociais e culturais. Transcende as atuais fronteiras disciplinares e conceituais existentes. Entretanto, a formulação das linhas mestras de tal estrutura já está sendo formulada por muitos indivíduos, comunidades e organizações que estão desenvolvendo novas formas de pensamento e que se estabelecem de acordo com novos princípios(9).

Isso significará a formulação gradual de uma rede de conceitos e modelos interligados e, ao mesmo tempo, o desenvolvimento de organizações sociais e lideranças correspondentes. Nenhuma teoria ou modelo será mais fundamental do que o outro, e todos eles terão que ser compatíveis. Sempre que se fala em iniciar um ciclo de mudança, a primeira tarefa é verificar o nível de conscientização das pessoas daquela sociedade ou grupo. Com o homem social estão suposições de que o homem é basicamente motivado por necessidades sociais. Ao homem racional-econômico são colocadas as suposições de que o homem é visto como motivado, em

primeiro lugar, por incentivos econômicos. Já o homem auto-realizador procura sentido e realização em seu trabalho, pois várias outras necessidades estão relativamente bem satisfeitas; fundamentalmente automotivado, é capaz de ser maduro em seu trabalho. Na realidade o homem é mais complexo do que o racional-econômico, o social e o auto-realizador(10). Na verdade, o homem é um ser viável, capaz de aprender novos motivos, está motivado a partir de muitos diferentes tipos de necessidades, e pode responder a numerosos e diferentes tipos e estilos de liderança.

O que faz a liderança e como ela ocorre numa democracia? Liderança é o que realmente faz o mundo girar. A liderança é capaz de inspirar e mobilizar massas de pessoas – é uma transação pública com a história. A força e o poder de um líder representam a grande alavanca que impulsiona centenas de milhares de pessoas a seguirem um caminho, a sentir nas palavras do líder seu pensamento traduzido. São os líderes responsáveis pelos crimes mais horríveis e as loucuras mais extravagantes que desgraçaram a humanidade. Mas a eles também é creditada a condução da humanidade para a liberdade individual, justiça social e tolerância. A humanidade tem feito muito através de seus inventores e gênios, líderes em sua idéias que criam fatores únicos de progresso humano. A linguagem dos líderes determina o tom da política. Entretanto, à maneira de Prometeu no Olimpo, os líderes provam a realidade da escolha continuando a lutar contra os deuses. Eles justificam o seu papel, à medida em que buscam e libertam e dão poderes aos seus liderados. O grande líder anula-se a si mesmo, como dizia Thomas Jefferson.

No atual contexto, não se trata de adaptar o conteúdo às comunidades e nações, mas de explorar a necessidade de integração do meio ambiente com as necessidades pessoais. Através de um engajamento lúcido e consciente, a melhoria da qualidade de vida pode ser buscada como um processo de recriação educacional do pessoal integral(8).

4. A nova liderança integral

Os líderes, como agentes de mudança, são essenciais para a mudança societal, estendendo seus valores em metas mais amplas a um número de pessoas e organizações. Constatamos que é necessário uma abordagem mais global e integral para atender as demandas sociais. Na liderança integral objetivamos uma série de questionamentos que são justamente para se chegar à efetividade e unidade da ação política

coletiva. No plano existencial, a unidade da ação política propagada a nível de organização ligase ao conceito de entropia. A entropia desejada é a negativa, isto é, aquela que permite que a organização esteja em estado de ordem e equilíbrio, que é facilitada quando o líder está integrado, provocando a ordem e integração nas moléculas e células organizacionais. Se o líder não está integrado, a liderança organizacional gerada é de entropia positiva, criando o caos e a desordem na organização.

No plano funcional, devemos responder a perguntas que dizem respeito à unidade conceitual da pessoa humana no saber como, quando e onde. Temos aqui o mundo objetivo da ação social, onde o do líder atua e, o mundo intersubjetivo, como atua. São dois hemisférios de atuação, o da razão e o da intuição. Neste modelo, inspirado no Estudo das Lógicas, de Sampaio(11), entram ainda os aspectos da integridade entre o nível funcional e o nível existencial. A capacidade de integridade organizacional leva ao aspecto de desenvolvimento, facilitando a adaptação e a segurança da organização àquela realidade dada, àquele contexto que está sendo vivenciado. É necessário, ainda, considerarmos dois eixos, o da qualidade das relações humanas e o da efetividade. O eixo das relações humanas tem funcionado com proporcionalidade inversa, em oposição, e que queremos que funcione mais harmoniosamente. À medida que aumentamos a qualidade de vida no trabalho podemos transformar a curva tradicional, de inversa proporcionalidade, em uma curva de evolução crescente, em que se consideram os dois planos: o funcional e o existencial. À medida em que o próprio indivíduo na organização inicia um processo de auto-integração, como célula organizacional, este processo começa a criar o que chamamos de ressonância social. A ressonância social origina-se do termo ressonância conceitual, por nós desenvolvido como a capacidade de propagação de ondas quânticas de pensamento dentro da organização.*

As duas principais hipóteses de trabalho na liderança integral são: a liderança move a organização de um estado de intenção para um estado de realidade; a liderança traz mudanças

* O conceito de ressonância é emprestado da teoria dos campos morfogenéticos de Rupert Sheldrake no qual é comprovada uma ressonância de formas conceituais e habilidades que se propagam numa mesma espécie (12).

positivas se exercida com a energia de poder na consciência e verdade do amor universal, e mudanças negativas, se a energia de poder é exercida para si mesmo, em proveito pessoal.

Os principais aspectos da abordagem teórica por nós utilizada são: 1) o de se considerar o indivíduo na sua totalidade de ser pessoal, relacional e societal; 2) o conceito de ressonância; 3) a integração entre lógica da razão e lógica da intuição, como a capacidade de pensar em nível de razão e de intuição, nos níveis lógicos e simbólico pessoal, relacional e societal. (4,8).

Daí, inferimos que algumas das qualidades da liderança são: a unidade do ser com o querer e o saber; a integridade do conhecimento com a sensibilidade; a transmissão de conteúdos com significado; a verdadeira simplicidade.

Neste modelo por nós desenvolvido, visamos ainda os processos físicos do indivíduo integrado a nível de seus hemisférios cerebrais. Os processos relacionais e sociais em ressonância da informação conceitual são implementados através da criatividade e da qualidade da ação.

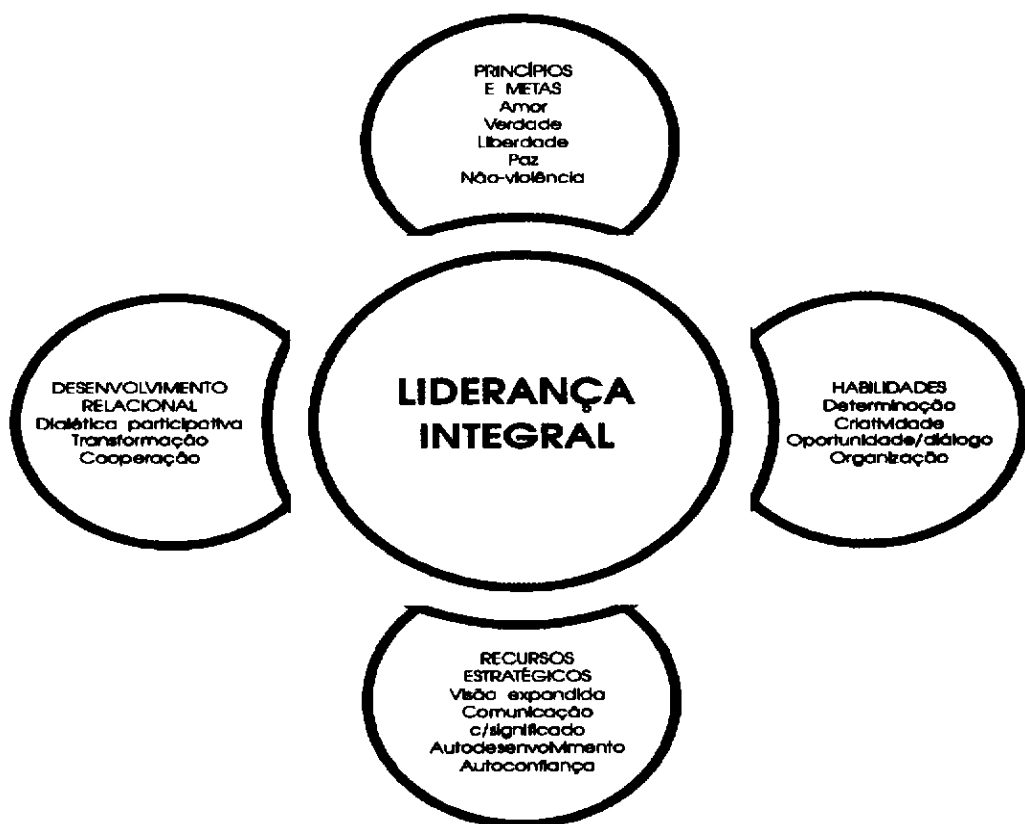
As habilidades a serem desenvolvidas na organização, dentro deste modelo: senso de determinação – ligado à capacidade de lucidez e discernir conscientemente; senso de criatividade – ligado à capacidade de autoconhecimento; senso de oportunidade – ligado à capacidade de oportunizar o diálogo e de comunicar conteúdos com significado; senso de organização – ligado à capacidade de estruturar conteúdos metodicamente.

A capacidade de utilizar recursos estratégicos é vista como recursos que existem à disposição do líder, embora haja um trabalho pessoal a ser feito antes de conseguir implementar seus próprios recursos.

No desenvolvimento relacional, o líder desenvolve a capacidade dialética, de transformação e cooperação nos diversos níveis, pessoal, relacional e societal (figura 1).

5. Conclusão

As mudanças que hoje atravessamos requerem uma nova lógica e uma nova visão que pressupõem lideranças capazes de implementar o processo de mudança, dentro de uma perspectiva de inteligência social. A primeira visão é que esperamos que o processo dialético nas organizações, que teve curto-circuito, comece agora a conectar-se com a realidade imanente, apontando para a liberdade do ser. A segunda visão é o argumento da hegemonia, segundo o



MODELO DE LIDERANÇA INTEGRAL (Botelho, 1990)

qual se buscam condições conjunturais de integração e incorporação sociais. Assim, ensinamos uma dialética de recuperação, um diálogo com a história, um processo emancipador, que deverá culminar na liberdade da auto-identificação com a história e a comunidade(4).

A fim de que possamos passar esta década pela transformação necessária, a gestão pública terá de aceitar a praticabilidade de alianças eficazes com líderes que questionam antigas práticas e propõem soluções novas, e também, considerar tão essencial o vínculo entre a administração estratégica e as operações(13). Somente quando uma organização pode expressar os valores essenciais das pessoas que as dirigem é que a organização começa a possuir significado real. A era quaternária é uma era de serviço e a gestão pública deve se pautar pelo serviço desinteressado ao público, visando à informação e à consciência da sociedade dentro de um novo sistema de inteligência social(4).

Bibliografia

- 1 KOUZES, J.M. & B.Z. *The leadership challenge: how to get extraordinary things done in organizations*. Jossey-Bass, 1987.
- 2 BENNIS, W. *On becoming a leader*. Adison-Wesley, 1989.
- 3 SILVA, A.C. T. da. *Holismo versus mecanicismo*. Rumos, v.4, n.84, jul./ago. 1990.
- 4 BOTELHO, Tânia. *Social intelligence systems; a leadership challenge to bridge the development gap*. In: International Conference on "Social Intelligence systems". Dubrovnik, Yugoslavia, 28 May-2 June 1990.
- 5 BURNS, J.M. *Leadership*. New York, Harper & Row, 1978. 530p.
- 6 ARGYRIS, C. *Liderança, aprendizagem e inovação*. São Paulo, Pedagógica Universitária, 1977. 254p.
- 7 BENNIS W. & NANUS, B. *Líderes; estratégia para assumir a verdadeira liderança*. São Paulo, Herbra, 1988. 197p.

- 8 BOTELHO, Tânia. *A nova liderança: pressupostos teóricos e conceitos*. In: 3.º Congresso Nacional de Organizações e Métodos: A excelência das instituições. Belo Horizonte, outubro 1990.
- 9 KREMA, R. *Introdução à visão holística*. São Paulo, Summus, 1989.
- 10 NANUS, B. Doing the right thing. *The bureaucrat*, v.15, n.3, 1986.
- 11 SAMPAIO, L.S. *Informática e cultura*. Rio de Janeiro, Embratel, 1984.
- 12 WEBER, R. *Diálogos com cientistas e sábios: a busca da unidade*. São Paulo. Cultrix, 1986.
- 13 ZALEZNIK, A. Os líderes centram seus interesses nas pessoas. *Diálogos*, v.17, n.1, 1984.

Agamemnon Magalhães

O estadista do social, o administrador, o pensamento político

JARBAS MARANHÃO

Todos sabem que o político Agamemnon Magalhães foi, ao mesmo tempo, um homem de pensamento e ação, *doublé* de intelectual e estadista.

Aliás, o verdadeiro político há de ser um homem de estudos, um humanista. Precisa ilustrar-se para entender melhor os problemas e saber encaminhar as soluções que realmente beneficiem à sociedade.

Cultura e política se vinculam estreitamente e Aristóteles já situava esta última como "a ciência superior a todas, cujo bem reside na justiça, ou, em outras palavras, no interesse geral".

Certa vez escrevi: política, ciência e arte, abrangente do tempo histórico, porque, no estudo dos acontecimentos, instituições e idéias, leva em consideração, como observa Paulo Bonavides, como foram ou deveriam ter sido no passado, como são ou devem ser no presente e como serão ou deverão ser no futuro; o fato político correspondendo, no conceito de Paulino Jacques, ao fato social *lato sensu*, o qual compreende o fato histórico, o fato sociológico, o fato econômico e o fato ético, este último subdividindo-se em fato moral e fato jurídico.

A verdadeira política é, sem dúvida, uma atividade nobre, pois o seu objetivo é realizar o bem comum.

Daí a imperiosa necessidade para o homem público de conhecer a complexidade da vida social. De penetrar a índole do povo e suas aspirações. De pesquisar as causas dos problemas e seus efeitos sociais.

Assim agiu Agamemnon Magalhães, com a emoção de servir a Pernambuco e ao país.

É certo que a política se baseia num univer-

Jarbas Maranhão foi Secretário de Estado, Deputado Constituinte em 1946, Senador, Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco, Professor de Direito Constitucional. É integrante da Academia Pernambucana de Letras.

so de realidades objetivas, mas igualmente num ideal, numa filosofia, numa concepção de vida.

Sabia que o Estado é a encarnação do Poder, mas Poder como um meio de alcançar objetivos humanos e sociais; e que é indispensável a influência ética nas instituições políticas.

Quando Ministro da Justiça, em 1945 – cargo que exerceu para promover as leis de extinção do Estado Novo e de redemocratização do país – criou os Partidos de âmbito nacional e fez editar o Código Eleitoral de 1945.

Foi um líder incontestado em Pernambuco e exerceu igualmente liderança nos quadros nacionais do antigo e extinto Partido Social Democrático.

Deputado Federal e Ministro do Trabalho, foi por demais valiosa e expressiva sua contribuição à legislação brasileira, nos campos do direito do trabalho e da previdência social.

A respeito, muito significativa é a palavra do Presidente Getúlio Vargas:

“A sua inteligência lúcida e ágil, o seu conhecimento aprofundado dos problemas jurídicos e das questões trabalhistas, a par da operosidade infatigável, dedicação aos negócios públicos e a lealdade ao meu governo tornaram a sua atuação altamente proveitosa, dando ao país a legislação social de que dispõe, tão justamente considerada legítima conquista das aspirações e necessidades nacionais”.

Sempre austero no exercício do governo, administrou com a maior honestidade e zelo pelas finanças públicas. Acompanhava diariamente o fluxo das receitas e das despesas, para poupar e investir no desenvolvimento econômico e social.

Preocupava-o tanto os aspectos da justiça social como os da produção econômica.

A sua administração teve o sentido da universalidade.

Dedicou-se muito aos problemas da educação, da cultura e da saúde pública.

Lembre-se aqui o seu interesse pelos Seminários Pedagógicos, pelo cooperativismo escolar, a pré-orientação profissional, a profissionalização do ensino médio.

Imprimia-se basicamente uma orientação que, no futuro, haveria de ser aproveitada pelo aluno no benefício da sociedade.

Nilo Pereira, que foi diretor do Departamen-

to de Educação, observou que na famosa reforma Carneiro Leão prevaleceu o aspecto técnico-administrativo, enquanto na do governo Agamemnon Magalhães predominou o sentido interior, visando mais à criança, ao estudante, à pessoa humana do que ao método, se bem que este não fosse posto de lado nas especulações que se faziam.

E acrescentava:

“Essas lembranças muito me serviram na vida de professor universitário. Pois me puseram em contacto com um ensino que, embora em outro nível, era direto, prático, objetivo; e punha a personalidade humana, a sua formação em primeiro plano”.

Construiu grupos escolares modernos na capital e no interior; criou uma entidade, com cursos especializados para o aperfeiçoamento do magistério; desenvolveu o ensino técnico-profissional, levantando e guarnecendo edifício para esse fim; incrementou os desportos e o escotismo.

No campo da cultura mereceram cuidados o Museu, o Arquivo Público, o Teatro Santa Isabel, havendo planejado no governo constitucional uma nova biblioteca para o Estado, que a morte prematura o impediu de construir.

Na interventoria, Agamemnon fundou a Cooperativa Editora e de Cultura Intelectual, que publicou obras de raro valor histórico, como o Valeroso Lucideno e outros volumes sobre a guerra de libertação contra o domínio holandês, a História do Direito Brasileiro, de Martins Júnior, a História da Faculdade de Medicina, de Otávio de Freitas.

Já no governo constitucional enviou mensagem à Assembléia Legislativa, aprovada pelos deputados, para a publicação dos importantes ANAIS PERNAMBUCANOS do grande historiador Pereira da Costa, com o que prestou relevante serviço à cultura do Estado e do país.

O mesmo trabalho devotou à Saúde Pública, através de seu Departamento apropriado; fundou o Instituto de Assistência Hospitalar, com uma rede de hospitais devidamente equipados para atender às populações das zonas da mata, do agreste e do sertão.

Criou o Departamento de Assistência às Cooperativas para orientar e estimular as atividades produtivas.

Foi destacada a sua atuação no campo da ação social. Construiu prédios para os Centros

Educativos Operários, prestigiou os órgãos de classe, sindicatos, federações e incentivou as convenções coletivas de trabalho. Avultou a obra formidável contra a moradia insalubre e pela habitação higiênica.

Também foram notáveis os seus serviços no setor rodoviário, rasgando estradas pelo interior e pavimentando as da zona da mata, plano este de que foi executor o então jovem engenheiro Armando Monteiro Filho, Secretário de Viação e Obras Públicas e depois Deputado Federal e Ministro da Agricultura.

Outro passo importante foi o do ato n.º 1.666, de 4 de maio de 1951, visando à regularização dos rios Moxotó, Pajeú e Brigida, para a construção de barragens sucessivas e aproveitamento de seus vales.

Foi um inovador, um pioneiro.

Tinha a antevisão do estadista.

Além do Instituto de Assistência Hospitalar, do Departamento de Assistência às Cooperativas, do incentivo ao Departamento das municipalidades, criou a Comissão de Desenvolvimento Econômico de Pernambuco (hoje CO-DEPE), o Instituto Tecnológico (o ITEP), o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado (o IPSEP), a Caixa de Crédito Mobiliário, embrião do Banco do Estado de Pernambuco, sem esquecer, entre outras iniciativas, a famosa Liga Social Contra o Mocambo, destinada à construção de casas populares.

Antecipou-se, desse modo, à criação de órgãos semelhantes no plano federal e de outros estados-membros.

O saudoso jornalista Mário Melo observou:

“administrador tão grande como o Conde da Boa Vista, ou maior que este ... O historiador futuro terá, assim, de dar-lhe o merecido relevo, na galeria dos maiores benfeitores do Estado”.

Pernambuco foi a profunda emoção de seu espírito e correspondeu ao seu entusiasmo e devotamento assegurando-lhe vitórias em todas as eleições que disputou.

Não é preciso dizer que a maioria dos votos originava-se das camadas mais humildes, das classes mais modestas do povo.

Sem cortejar as massas, sem populismo, sem demagogia foi incontestavelmente um líder popular.

No seu discurso de improviso, após assumir o cargo de Governador, no Palácio do Cam-

po das Princesas, ele demonstra esta sua identificação:

“Aqui está, povo, o governador que escolhesteis, o governador que é do povo e só do povo... Sei os encargos que me esperam, sei os problemas que se acumulam, mas com o povo não temo as responsabilidades nem os perigos... O meu governo será o governo dos humildes, dos que precisam de segurança e justiça... Não se promete a um povo como o de Pernambuco para faltar. Serei vosso governador, mas vou precisar mais do que nunca do povo e dos seus representantes na Assembléia. Ou reformamos os serviços públicos para atender aos reclamos do Estado ou esta Casa não seria de um governador do povo, mas de um homem insensível, de um cético, de um indiferente, quando o homem que vos fala tem crença no povo e tem crença em si mesmo”.

Essa linguagem usada no regime democrático tem o mesmo sentimento e alcance da que ele usara na Interventoria, pois a emoção de ser útil aos menos favorecidos foi uma constante em sua vida pública.

É verdade que em plena Constituinte de 1946, numa sessão em que os debates foram dos mais agitados e ásperos, ele declarou, alto e bom som, com toda sinceridade, haver sido teorizante e praticante do chamado Estado Novo.

Mas é preciso não esquecer que, antes do regime de 10 de novembro de 1937, ele já fora deputado estadual na denominada república velha, regida pela Constituição de 1891; e que, depois da revolução nacional e democrática de 1930, para a qual conspirou, foi constituinte federal em 1933, e deputado, Ministro do Trabalho e Ministro interino da Justiça, tudo no período da Constituição de 1934, havendo exercido os mandatos no Legislativo e os cargos no Executivo com respeito e entusiasmo das normas constitucionais.

No período de 1946 a 1950, constituinte e deputado à legislatura ordinária, ninguém mais identificado com a nova situação, ninguém mais a vontade no ambiente político da Câmara dos Deputados, que ele designava de Clube da inteligência.

Agamemnon Magalhães amava o diálogo, a discussão das idéias, o debate de temas políticos e jurídicos, o que lhe dava enorme satisfação.

Pode-se dizer que circulavam em torno dele ou com ele conviviam, no intercâmbio intelectual, os mais expressivos valores políticos dos vários partidos de então e de tendências ideológicas diferentes.

Pode ter sido uma readaptação, ou o entendimento – o que parece mais certo – de que o Estado Novo fora uma fase de transição necessária à revivência da democracia, para que ela voltasse com um novo vigor, outra força, renovada e ampliada em sua substância.

Não se pretende aqui justificar aquele regime, mas, até certo ponto, fora uma consequência do choque de culturas ou de ideologias, que empolgaram o mundo.

A revolução russa de 1917, o estalinismo, o fascismo, o nazismo, todos com um formidável poder de organização, ameaçando as democracias, acusadas de ineficientes ou incapazes de resolver os problemas das massas.

As idéias totalitárias se difundiam por todos os países pondo em xeque as virtudes do regime democrático e a ordem interna dos Estados.

No Brasil mesmo o integralismo surgira e crescera velozmente e contrapondo-se a ele a Aliança Nacional Libertadora, constituída de liberais e esquerdistas.

A luta das ideologias é exasperante.

Surgiu o movimento comunista de 1935 e, algum tempo depois, o golpe do integralismo na madrugada de 11 de maio de 1938.

As lideranças militares – após o primeiro daqueles eventos – passaram a pressionar o governo e este o Congresso por emendas constitucionais e leis de exceção.

Foi instituído, no Texto Supremo de 1934, o “estado de guerra” e criado o Tribunal de Segurança Nacional.

O Congresso cedia às pressões e os partidos políticos se mostravam divorciados da realidade brasileira e sem a compreensão que se impunha das transformações sociais.

Esse quadro de agitação e crises, aumentando com a campanha da sucessão presidencial, talvez explique, mais do que qualquer outro motivo, a adesão de Agamenon Magalhães ao referido Estado Novo.

Deve ter lhe parecido imprescindível um período de ordem e mais tranquilidade para o país.

Assim é que escreveu:

“Não copiamos, não imitamos, nem

pedimos conselhos a ninguém. Pusemos a nossa casa em ordem, sem olhar como ia a dos outros. O golpe de 10 de novembro foi a afirmação de nossa continuidade histórica, da coincidência da autoridade com a ordem e do poder com a nação” (6.4.38).

Preocupava-o, isto sim, que o poder econômico suplantasse o poder do Estado.

Citava François Drujon:

“O que é democrático sobre o plano político, não o é sobre o plano econômico”.

Nada de “poderes paralelos ao do Estado, mais extensos e mais fortes, as tiranias dos trustes, dos sindicatos financeiros, dos cartéis, regulando a vida econômica dos países. Não só a vida econômica como a política”.

Em artigo de 26.5.38 dessa maneira se expressou:

“O que se dá no Brasil, como nos demais países do continente, é uma atitude do poder diante das crises.

A crise atual não é política. A crise é econômica. A crise é social. A inquietação é a sua configuração espiritual.

O poder do Estado ou se fortalece em meio às solicitações das forças, que o impelem para direções as mais contraditórias, ou não exercerá as funções de árbitro dos conflitos.

Será assaltado por uma das tendências em luta, que dominará o poder e a vida social, em todas as suas manifestações. Ai, sim, o Estado será integral e totalitário.

Foi o que se deu na Rússia, como na Itália e na Alemanha. Para evitar o domínio de uma das tendências – a da extrema esquerda ou da extrema direita – é que o Brasil tomou a atitude de 10 de novembro. Atitude do Poder do Estado diante da crise. É preciso, pois, esclarecer e não confundir, porque a confusão é a pior forma das crises”.

Por isso, declarara antes:

“não tivéssemos adotado um regime forte, não estivesse o governo autorizado, pela Carta Constitucional, a exercer todos os poderes e tomar todas as medidas de segurança e defesa da nacionalidade e, a esta hora, o país seria o teatro

da anarquia mais triste e mais humilhante. Seria hoje uma feira aberta à cobiça estrangeira. Andamos certos, o afirmo de consciência e à luz dos fatos". (21.5.38)

Tudo isso indica que ele via a democracia em crise diante dos problemas novos que devia resolver, ainda mais ameaçada pelas tendências totalitárias de direita e esquerda e que seria necessário a instituição de um regime em que o poder político se tornasse mais forte a fim de evitar que o Estado fosse dominado por uma dessas tendências.

Não assinalara ele, desde 1933, que "os fatos têm mais força do que as convicções? Modificam as culturas e formam novos institutos e novos direitos?"

Em 14 de fevereiro de 1945 ele publicou, na *Folha da Manhã*, um artigo intitulado "A Idéia Democrática".

Nesse artigo pode-se verificar que, para ele, o regime que haveria de se extinguir, contribuirá para "defender a nacionalidade de graves perigos".

Agamemnon escreveu ainda reforçando seu pensamento:

"Os regimes totalitários chegaram a dominar muitos espíritos e nações cultas, como a Alemanha, porque resolveram problemas diante dos quais as democracias ficaram indecisas e até incapazes para resolvê-los. A verdade é que a única democracia que lutou e reagiu adotando experiências, como a do *New Deal*, foi a norte-americana. Faça-se também justiça ao Brasil que procurou, dentro dos quadros de sua formação histórica, realizar experiências salutareas. Pelo menos, queiram ou não queiram os opositores do golpe de 10 de novembro, conseguimos estabelecer a ordem no país, quando os motivos de agitação, uns ideológicos e outros de caráter subalterno, iam nos levando para o desconhecido... Foi incontestavelmente o golpe de 10 de novembro que nos permitiu entrar na guerra ao lado da grande democracia norte-americana, sem mais questões internas a resolver. Muita gente há que, por incompreensão, amargura ou má-fé, julga ainda com injustiça o regime que instalamos precisamente para evitar o domínio das tendências da extrema esquerda, como da extrema direita. O que vai ficar na história é que salvamos sem

retórica, e com senso profundamente realista, a idéia democrática no Brasil".

Por essas palavras pode se deduzir que ele procurou mostrar as razões doutrinárias e históricas que levaram à instituição do Estado Novo.

Observe-se que não se referiu a um regime político e sim ao golpe de 10 de novembro. O natural nos golpes é que sejam transitórios até o estabelecimento de nova ordem política e jurídica.

Sem nenhuma dúvida, as democracias viveram tempos de grandes dificuldades e perigos.

Na ordem interna, as crises de natureza econômica e social, a superprodução, o desemprego, a falta de moradias, a luta das massas populares pelos novos direitos sociais, por mínimas condições de uma vida digna.

Na ordem externa, a marcha terrível dos nacionalismos imperialistas, que provocaram a 2.^a Guerra Mundial, o eixo nazi-nipo-fascista, pretendendo dominar o mundo e conformá-lo de acordo com as suas idéias totalitárias e ambições de maiores espaços.

Assegurada a ordem interna contra a anarquia ideológica – basta lembrar o movimento de 1935 e o golpe integralista de 1938 – pensava ele, o Brasil poderia entrar, como entrou, na guerra ao lado da democracia norte-americana.

Dignamente, Agamemnon Magalhães não abjurou do regime sobre o qual doutrinara e que se encaminhava para o encerramento.

Justificou-o, ou procurou fazê-lo, como a imposição de um momento histórico, aquele em que as democracias não só haveriam de enfrentar as dificuldades advindas da "rebelião das massas", como foram postas numa medonha encruzilhada pelo avanço e pressão das idéias totalitárias.

E com a Força Expedicionária Brasileira, dizemos nós, deu valioso concurso à causa do ideal democrático.

O resto é problema de psicologia ou interpretação de um homem público, que cada um queira ou possa fazer: realismo político ou simplesmente a sinceridade de uma convicção oriunda da observância dos acontecimentos históricos e do cultivo das idéias.

De qualquer forma uma manifestação de inteligência.

Aliás, ele já havia escrito em sua tese para a Faculdade de Direito, em 1933:

“O problema mais instante da democracia no mundo contemporâneo é o poder das massas. E aqui, encontramos o fato econômico em relação com a ordem política, exigindo soluções urgentes... Desde que a democracia conquiste as massas pela assistência ao trabalho e por um sistema jurídico de proteção contra as desigualdades e as injustiças sociais, terá vencido todas as ideologias que lhe são contrárias”.

O que não se pode afirmar é que ele era uma inteligência inerte, uma mente oca, um político vazio. E sim, que era um homem de idéias e que doutrinou incessantemente em artigos, discursos, conferências e principalmente no seu valioso livro “O Estado e a Realidade Contemporânea”, no qual afirmou não ser partidário do Estado totalitário, mas que o Estado, como força de equilíbrio, em sua continuidade histórica, tem de intervir para coordenar todos os fatos que, em qualquer esfera social, operem modificação sensível, nas relações de ordem coletiva.

Por outro lado, sempre foi parlamentarista, o que contraria a tendência autoritária que lhe apontavam os adversários e até alguns amigos e colaboradores que talvez confundissem o temperamento enérgico, a tenacidade de espírito e a liderança decisiva com autoritarismo.

Em seu último mandato parlamentar, de 1946 a 1950, assinou as emendas parlamentaristas apresentadas pelo saudoso deputado Raul Pilla e se empenhou muito em sua defesa.

Vale a pena resumir seu ponto de vista a respeito, manifestado em 1933, na sua tese para a Faculdade de Direito. Escreveu ele:

“Sob o regímen monárquico as instituições parlamentares desenvolveram-se, operando-se as grandes reformas liberais, como a da Abolição, sem revoluções ou choques, que perturbassem a vida constitucional do país... Nesse regímen, afirmaram-se os nossos maiores estadistas pela cultura e projeção nacional, elevando-se o Brasil, no Continente, como uma das suas mais influentes democracias...”

Mostra como, da necessidade de uma força governamental ou de um poder executivo uno e forte, os americanos do norte construíram o presidencialismo; que, no Brasil, a primeira constituição republicana instituiu este sistema de governo, sob a influência da criação puramente doutrinária dos Estados Unidos, e não sob a

pressão de fatos políticos ou de condições existentes, pois o Império já realizara nossa unidade e as instituições parlamentares estavam, na prática, operando a evolução política brasileira para a democracia, não devendo a República, portanto, ter interrompido a tradição parlamentar.

E avança na questão:

“Se a democracia é o governo no qual participam todos os cidadãos, pela representação e pelo voto, os parlamentos são os órgãos mais em contacto com o povo, exercendo as suas funções sob a influência direta da opinião eleitoral. Assim, o regime em que os gabinetes são formados de acordo com as maiorias parlamentares, realizam a melhor técnica democrática. Nem a autoridade executiva fica reduzida a um autômato, instrumento destinado meramente a fazer cumprir as leis, nem os parlamentos perdem a sua expressão real. São eles corporações que atuam na administração, traduzindo as correntes de opinião, num ambiente de renovação e verdade políticas. Separar inteiramente as duas funções é colocá-las em conflito, pois as fronteiras legais que as delimitam, são freqüentemente modificadas pelos fatos”.

Em seguida faz a crítica direta do presidencialismo ao assinalar que este é um regime de hipertrofia de poderes e que esta hipertrofia se dá com o poder mais forte, que é o Executivo.

E acrescenta:

“Criou-se, desse modo, na América do Sul uma espécie de mística da autoridade presidencial, como disse Arturo Labriola, escrevendo sobre a ditadura de Irigoyen”.

Insiste que, no Brasil, a favor do parlamentarismo, além de outras razões, há a decepção da experiência presidencialista.

E arremata: Os governos de gabinetes não se formam nem se mantêm sem o concurso das maiorias parlamentares. Só há, ao nosso ver, um método ou solução democrática. É o regime parlamentar.

A mesma orientação manteve na Constituinte de 1946. Assim é que escreveu em artigo de 30 de abril daquele ano:

“O comparecimento dos Ministros à Câmara, voluntariamente ou mediante convocação das Comissões e maiorias parlamentares, foi principio vitorioso na

discussão do projeto constitucional.

A Constituição de 1934 já havia consagrado tão salutar precedente. Bati-me, então, pelo comparecimento dos Ministros à Câmara, como um passo para a adoção do regime parlamentar.

O que observo, agora, entre os Constituintes de 1946, é uma desconfiança do presidencialismo, cada vez mais acentuada. Se é certo que a maioria não deseja marchar para o parlamentarismo, a verdade é que os freios possíveis ao Poder Executivo, estão sendo aceitos por grande maioria, no seio da Comissão Constitucional.

As tendências para a deformação do presidencialismo ou para a quebra da sua rigidez são indisfarçáveis... Freios ao regime presidencialista será, pois, a característica da nova Constituição. Resta, apenas, saber se esses freios não serão motivo de conflitos entre o Poder Executivo e o Parlamento, concorrendo destarte, para o insucesso irremediável de um regime cuja experiência foi de crises sucessivas – sítio permanente, pronunciamentos militares, revolução e golpes de Estado”.

Verifica-se, desse modo, como foi firme e constante sua posição a favor do parlamentarismo.

Não deixa de chamar a atenção que um homem público, increpado, como ele o foi tantas vezes, de autoritário, haja preferido e defendido o regime parlamentar, quando é sabido e certo que no presidencialismo o Poder Executivo torna-se mais poderoso e forte.

O respeitável e saudoso parlamentar Raul Pilla, que tinha a mística do Parlamentarismo, assinalou que

“se existiam muitos motivos para que todos os partidos do Brasil, na Câmara dos Deputados, homenageassem a memória de Agamemnon Magalhães, a sua agremiação – o Partido Libertador – possuía um motivo especial: ele era um quase correligionário, tão afins eram, com os nossos, os seus ideais”.

Nos períodos de democracia de que participou, antes e depois do Estado Novo, jamais procedeu de modo contrário às normas democráticas.

Foi acusado sim, quando Ministro do Tra-

balho, em pleno regime de 1934, pelo deputado gaúcho Adalberto Correia, de ser comunista, quando foi, apenas, no Brasil, um dos precursores da defesa e implantação dos direitos sociais em nossas Constituições e leis.

Foi, então, à Câmara e proferiu discurso defendendo as suas idéias – discurso que foi publicado com o título “O Ministro do Trabalho fala à Nação”.

Da mesma forma, as suas atitudes contra as injustiças sociais, praticadas ou admitidas por uma democracia atenta apenas aos direitos civis e políticos e indiferente ou de braços cruzados ante à profunda crise social e as legítimas reivindicações dos trabalhadores – crise que sacudiu o século XIX e boa parte de nosso século e que haveria de repercutir, também, como repercutiu, em nosso país, – as suas atitudes e a sua palavra pela transformação de uma democracia puramente liberalista numa democracia de incontestado fundo social, levaram alguns adversários e representantes da reação a acusá-lo contraditoriamente de esquerdista radical ou fascista.

Nem uma coisa nem outra ele o foi. Era, sim, tanto contra o despotismo estatal como contra o despotismo individualista ou de grupos mais fortes empenhados em dominar o Estado, arrebatando-lhe a direção dos negócios públicos para benefícios particularistas.

Era contra o Estado abstencionista ou indiferente, Estado que, como escreveu, tende a se desagregar pela ausência de finalidade social. O Estado demo-liberal, deixando a sociedade entregue à livre expansão do individualismo político e econômico, alheio às desigualdades e injustiças sociais, originou o antagonismo de classes e o problema das massas, causa imediata da crise política, em que se debatem os povos de todos os continentes.

Observou noutra parte de sua tese a situação do Estado debatendo-se entre tendências e fatos contraditórios e que

“o socialismo e a democracia, o nacionalismo e o internacionalismo, a ditadura de classe e a ditadura de partido, o fato econômico, sob múltiplos aspectos, sacodem o Estado em todas as direções”.

Pergunta se devemos aguardar a experiência dos outros povos, o aparecimento de novas instituições e responde de maneira favorável ao regime democrático, aperfeiçoado politicamente com o parlamentarismo e socialmente

com o empenho da justiça social.

Diz ele:

“Somos de parecer que nos cumpre aperfeiçoar os processos democráticos no sentido da solidariedade social, adotando um sistema, como o parlamentar, dentro do qual todas as reformas se poderão obter, progressivamente, de acordo com os movimentos de opinião e a ação dos fatos”.

O que nos parece é que ele foi um homem de centro-esquerda, um social-democrata, que aceitou o mencionado Estado Novo como um período de transição indispensável a que o regime superasse o choque das doutrinas totalitárias e o clima de crise política que predominava em nossos partidos regionais, divididos e subdivididos em grupos, clubes, facções, divorciados da realidade brasileira e da imperiosa necessidade de transformações nos campos político, econômico e social.

Não seria bastante uma democracia meramente formal, mas um regime que promovesse uma ordem baseada na justiça social, nos direitos econômicos do homem, na solidariedade, na igualdade de oportunidades; e no estímulo à modernização da economia, com ênfase nos interesses nacionais.

Não esquecer que, sem xenofobismo, ele foi um ardoroso partidário do nacionalismo brasileiro.

Desde a Constituição Mexicana de 1917, passando pela Declaração Russa de 1918, pelo Texto Weimariano de 1919 e pela Carta Espanhola de 1931 são definidos os direitos econômicos e sociais do homem, associando-se a ordem econômica aos princípios da justiça social.

Em todos esses textos e vários outros observa-se uma tônica: a do estudo e disciplina do fato econômico, orientado no sentido do bem comum e conduzindo à instituição de um Estado Social de Direito.

Estudioso das filosofias políticas e do direito público, Agamenon Magalhães, com os seus conhecimentos, experiência e senso prático, haveria de inclinar-se, como se inclinou, por um regime de predominante teor social, inspirado nas motivações da época e num ideário nacionalista.

Voltando ao presidencialismo, ele escreveu a 26 de maio de 1946:

“Entre os regimes autoritários, pode-

se classificar o presidencialismo. Que caracteriza os regimes autoritários? O Poder Executivo forte. É esta precisamente a marca do presidencialismo... E o Congresso? perguntam uns. O parlamento, no presidencialismo, é um tigre empalhado... Precisamos, pois, ser sinceros. Se aceitamos a democracia, devemos ser coerentes com os seus princípios. O povo é que deve governar e o povo é o parlamento”.

Não é estranha essa linguagem num homem incriminado de defensor do autoritarismo? Os adversários insistiram muito nessa tecla e até alguns simpatizantes, também, no ingênuo entendimento de que semelhante procedimento o valorizaria.

Pessoas destacadas são passíveis de invenções a seu respeito. Os líderes estimulam a criação de histórias ou lendas que, algumas vezes, falseiam sua verdadeira imagem. É o homem lendário cuja personalidade e conduta são deformadas pelo maravilhoso da imaginação.

Alguns chegam a pensar que sugerindo defeitos e erros estão enunciando virtudes e acertos.

Tudo faz crer que o autoritarismo era do regime. O saudoso deputado Samuel Duarte frisou:

“o que havia nele de autoritário vinha de uma vocação inata para comandar. Primava por dar ao poder a categoria de uma missão desinteressada, na hierarquia dos serviços da comunidade”.

Ninguém gosta de sofrer imposição ou de ser tratado com rudeza. Se tal comportamento fosse nele uma constante, não teria angariado tantos amigos, tantas dedicações.

Não há como se confundir autoritarismo com autoridade, energia, vontade de aço, numa personalidade vibrante e tenaz no proselitismo de suas idéias e na realização de seus planos de governo ou administração.

Convivi com ele por mais de dez anos, praticamente todos os dias, no palácio do governo, na Constituinte de 1946 e na legislatura ordinária que se seguiu, nas reuniões do Partido nos planos nacional e estadual, nos comícios populares, e nas visitas que fazia às suas residências e pude sentir, perceber, flagrar, várias vezes, momentos de sensibilidade e emoção, que ele procurava sempre disfarçar ou esconder.

Foi um homem de luta, seguindo o dom de devotar-se ao bem coletivo.

O professor e crítico literário Olívio Montenegro, em artigo para o *Diário de Pernambuco*, de 31 de agosto de 1952, registrou:

“A sua vocação de homem de luta, ou mais, a sua vocação de chefe, ele a revelava sobretudo no domínio admirável que não raro conseguia sobre si mesmo, não deixando que a sua emotividade o traísse aos olhos mesmo dos mais íntimos, e no perigo de muitas das suas lutas políticas, pela aparência tranqüila em que tão bem disfarçava as suas emoções, era como se os seus nervos entrassem em férias”.

Tinha a atração das crises. Era o seu clima. E até parece que, algumas vezes, as forjava para dar vazão à sua índole de lutador.

Lutador, no Poder Executivo como no Parlamento, contra as investidas ao erário público, aos bons critérios de uma sábia administração e na defesa dos verdadeiros interesses da nacionalidade.

Por isso muitos disseram que, para ele, governar e legislar era também resistir.

Resistir e lutar estando no governo ou na oposição, na defesa de suas concepções ou de sua obra política e administrativa.

Jamais lhe faltou bravura cívica.

Na campanha de 1947, do correligionário e insigne brasileiro Barbosa Lima Sobrinho, para o governo de Pernambuco, a favor de cuja candidatura ele se empenhou profundamente, foram notáveis o seu esforço e destemor.

Na história dessa campanha ressalta a série de artigos que escreveu, animando a resistência e a pugnacidade dos correligionários do antigo e extinto PSD, que além de confrontar-se com valerosos adversários e a dissidência de uma de suas alas, teve de enfrentar o facciosismo do então Interventor Federal, General Dermeval Peixoto.

Num desses enérgicos artigos o Dr. Agamemnon usou de uma expressão que comoveu os brios pernambucanos e ficou na memória do povo:

“Alto lá, General! Pernambuco não se governa de botas e esporas”.

Já vimos que ele foi um político cujo pensamento centrava-se no social, sempre firme na defesa do povo e de uma honestidade a toda prova.

Combativo e combatido, jamais seus adver-

sários o atacaram em sua honradez pessoal e de homem público e houve quem declarasse que ele precisava morrer para ser entendido.

Realmente com a sua morte as paixões amarinaram em torno dele. Veio uma compreensão melhor do alcance de sua obra, de sua política social, de seu pensamento, do ideário e da missão do homem em seu tempo.

Projetou-se muito pelos relevantes serviços no plano nacional. Foi útil ao país; mas Pernambuco foi a sua paixão, o seu ideal. Ele mesmo o afirmou: — “Pernambuco é a minha visão obstinada”.

O povo o consagrou no reconhecimento de que o progresso de Pernambuco e do Nordeste teve nele um pioneiro.

Lutou pela melhoria da condição humana. O homem e sua recuperação eram o grande motivo da ação política. E a civilização, uma decorrência de seu desenvolvimento por inteiro. Nunca perdeu o sentido desta essencialidade.

Uns viram nele o líder carismático; outros, um doutrinário do pensamento social; outros ainda, o político arguto, perspicaz, de espírito vivo, sutil.

Foi, em muitos campos, um precursor, um homem público, com as suas antecipações e os seus sonhos.

Em seu último mandato governou com acentuado espírito de compreensão e desejo de conagração.

Mesmo enfrentando oposição, oriunda das rivalidades partidárias e de grupos, logrou que fossem aprovados os projetos que encaminhou à Assembléia Legislativa, não só pela força e unidade de sua bancada, mas porque não poderia ser diferente. Se as iniciativas visavam a beneficiar o Estado, os deputados, representantes do povo, não teriam outra conduta.

Quis, no governo constitucional, renovar e ampliar a obra administrativa que realizara como Interventor.

Desde os primeiros dias desejou e procurou formular um plano inovador que, pelos seus resultados econômicos e sociais, fosse a tônica de sua nova administração, como o das moradias populares, pelo seu alcance social e humano, se salientara e marcara o seu primeiro governo.

Haveria de abrir novas rodovias pelo interior e eis que, no seu espírito, surgiu a idéia do programa de pavimentação das estradas da zona

da mata – uma inspiração do que realmente se impunha.

Neste período, governou Pernambuco apenas por um ano e oito meses, de janeiro de 1951 à fatídica madrugada de 24 de agosto de 1952, quando “a indesejada das gentes” arrebatou-o do convívio dos parentes, dos amigos e do povo, levando-o para a região dos esplendores.

Dois ou três dias antes do desenlace, vindo a Pernambuco, em função do mandato de deputado federal, ouvi dele, muito satisfeito, que fizera exame das taxas orgânicas e estavam todas normais e ainda que o médico lhe dissera, brincando, que ele tinha uma pressão de menino.

Eis que de repente, já me encontrando no Rio de Janeiro, o telefone toca às seis horas da manhã. Era Barreto Guimarães, que foi logo dizendo: Jarbas, Dr. Agamemnon morreu.

Passamos logo, os da bancada federal, a nos comunicar uns com os outros, e juntos viemos quase todos num avião cedido pelo Ministro da Aeronáutica.

Foi uma viagem que se tornou mais longa. Enquanto isto ele continuava no salão nobre do Palácio do Governo – Palácio do Campo das Princesas – na imobilidade do fim. E o povo num interminável desfile a olhar, pela última vez, o seu líder então inanimado.

Como escreveu Paulo Germano de Magalhães, seu filho: “O coração traiu-o. Nunca dera sinais de fraqueza. Veio a dor violenta e o coração pára. O golpe fora traiçoeiro e fulminante”.

Não cabe descrever aqui o impressionante cenário de desolação que envolveu Pernambuco inteiro. A sociedade por todas as suas classes uniu-se num profundo sentimento de pesar. Ele havia quebrado antigas resistências. Os humildes deram expansão à sua dor. O povo chorou a sua morte. Foi um malogro geral.

Desejo que deste meu trabalho constem palavras insuspeitas do saudoso intelectual e homem público Gilberto Osório de Andrade, porque elas são por demais ilustrativas daquele momento.

“Pernambuco frustrado” foi o título de seu artigo publicado na *Folha da Manhã*, edição de 31 de agosto de 1952.

Vejamos o que ele escreveu:

“Por isso, com a sua morte, sentimos frustrados. Interrompeu-se não a vida de um homem, tão-somente, embora singularmente cara aos seus parentes, seus amigos e seus liderados. Interrom-

peu-se também um poderoso impulso que acudia à consciência de quantos, ciosos dos nossos padrões políticos e históricos, entreviram na sua carreira impressionante de homem público uma consagração de Pernambuco no cenário nacional moderno.

Pernambuco tem esta má sorte, de ver se desfazer ante os seus olhos, na brutal instantaneidade dessa perda, a mais estimulante esperança dos seus dias. Resta, somente, a sua escola. Não a escola propriamente dos que a entendem só como uma continuação de sua corrente partidária. Mas a escola do arrojo administrativo, da audácia dos horizontes, do trabalho realizador, da segurança dos seus passos, da sua honestidade, em suma, que lhe conferiram o respeito e a admiração nacionais”.

Um dos líderes nacionais do Partido Social Democrático – grêmio majoritário – tinha o seu nome cogitado, com as melhores chances, para a sucessão presidencial; e, ainda, pela sua correta e eficaz atuação no Congresso, contava com a simpatia de vários líderes das outras agremiações.

Sua perda foi, assim, das mais sentidas e lamentadas. Uma grande frustração nos meios políticos do país e sobretudo em Pernambuco.

A memória de Agamemnon Magalhães foi exaltada no Congresso Nacional pelas mais categorizadas personalidades.

Foi dito, entre outras manifestações de apreço e admiração, que o seu desaparecimento tornara o jogo político menos emocionante; que ao redor dele seria impossível instalar-se a indiferença e que o Brasil haveria de sustentar-se no seu exemplo e na sua memória.

Memória – acrescentamos nós – que integra o patrimônio histórico de Pernambuco e do país.

Samuel Duarte, ex-presidente da Câmara dos Deputados, dessa maneira opinou:

“Quando observo como ele superou as paixões do seu tempo e como entre as vozes de seu partido foi uma voz altiva, de bom timbre pernambucano, percebo como cresceu nele o princípio vivo da liderança.

Num cenário de exhibições mediocres, Agamemnon marcou um perfil para a

posteridade. Num palco de fortunas improvisadas pela corrupção, guardou a linha de uma dignidade sem artifício. Na arena, onde a política costuma premiar a insignificância, ficou insensível à lisonja para dirigir ou servir com independência. Porque era, no discernimento de Emerson, um caráter”.

A morte traiçoeira só aparentemente interrompeu seus planos de governo, porque, como escreveu o saudoso e caro amigo Nilo Pereira, seu líder na Assembléia Legislativa:

“O tempo não contava para ele como fator maior de desenvolvimento... o que contava era a idéia. O que ele não pôde fazer, deixou para que outros fizessem; e todos tiveram que fazer, porque ele não deixou um legado pessoal: sua herança era uma consciência do futuro de Pernambuco”.

O líder da oposição udenista, deputado Diocleciano Pereira de Lima, proferiu emocionada oração, ressaltando a inteligência, o espírito elevado, o civismo de Agamemnon Magalhães:

“Desse homem de luta – e homem de luta foi ele antes de mais nada – desse sertanejo de têmpera rígida com quem sempre me defrontei, como disse, em campo adverso, que poderei dizer neste momento? Apenas que venceu pelo talento, pela inteligência, fortaleza de ânimo, pelas virtudes cívicas e o interesse do bem comum”.

Por sua vez, o saudoso e fraternal amigo Amaury Pedrosa, então vice-líder do PSD na Assembléia Legislativa e depois deputado federal, proclamou, com muita precisão, em seu discurso, que ele “tombara como vivera e gostava de viver: governando”.

Quanto a mim, iniciei o meu improvisado falando em nome da bancada federal do Partido Social Democrático, em seu enterro, no cemité-

rio de Santo Amaro, no Recife, com as seguintes palavras, que jamais esqueci:

“Doutor Agamemnon, era assim que o chamávamos, assim continuaremos a chamá-lo, dando às palavras o mesmo tom de amizade e de respeito com que sempre as animávamos”.

E não é preciso acrescentar que guardamos sempre o mesmo sentimento e a mesma fidelidade a ele, que nos iniciou na vida pública.

Agamemnon Magalhães foi uma forte vocação política, dotado do sentimento de moralidade pública, inspiração ética, essencial à arte do bom governo.

Com a intuição dos fatos, discernia os acontecimentos, o que lhe propiciou uma natural liderança.

Fora apropriado para comandar e construir, para inovar e, nas horas adversas, manter a confiança nos resultados, no sucesso.

Figura singular e de psicologia complexa.

Vigoroso na polêmica, mas com a mercê da reconciliação.

Forte e humano. Forte com os poderosos, emotivo com os humildes. Nas audiências públicas, revelava o seu sentimento no carinho com que recebia os pobres.

Seu espírito voltava-se, de preferência, para os problemas sociais e essa poderosa inclinação orientou fundamentalmente a sua conduta e o seu trabalho na vida pública. O seu trabalho e a sua doutrinação.

O fato político é só um aspecto a considerar, enquanto a complexidade do social há de ser da compreensão e da responsabilidade do estadista.

Político de dedicação total à causa coletiva, honrou as tradições de altivez, moralidade e civismo dos homens públicos de Pernambuco.

Da Jurisprudência como ciência compreensiva

A dialética do compreender mediante o interpretar

MIRACY BARBOSA DE SOUSA GUSTIN

SUMÁRIO

1. A compreensão e a "pré-compreensão". 2. Interpretação e aplicação das normas como processo dialético. 3. Ciência Jurídica e Método de Análise de Linguagem.

Na medida em que as concepções do direito com um sistema fechado e acabado tornaram-se insuficientes para explicar a complexidade da realidade contemporânea, na qual os poderes são heterogêneos e disseminados na trama societária, e onde a linguagem nem sempre é de fácil apreensão ou possuindo a mesma eficácia ou validade, os problemas da jurisprudência da hermenêutica tornaram-se essenciais para o desenvolvimento do pensamento jurídico. Por isso mesmo, nos limites deste artigo, ele será visto nas dimensões do ato de compreender e da análise da linguagem como método por excelência da jurisprudência.

Fazendo-se uma rápida digressão histórica, de fato a ênfase do formalismo à análise das expressões dos enunciados normativos justificava-se pela própria situação de uma sociedade relativamente estável, e que os problemas jurídicos, na sua maior parte, eram de meras complexidades e quase sempre de natureza privada. O conteúdo dos conflitos pertencia, em grande extensão, à esfera individual, não envolvendo confrontos grupais (que ocorriam de forma esporádica) ou de classe.

No século passado, até seu final, a interpretação da lei persistiu como uma questão eminentemente técnica e que se limitava a determinar o sentido textual da lei. Tornaram-se de uso freqüente as conhecidas técnicas de interpretação gramatical – buscando o sentido voca-

Miracy Barbosa de Sousa Gustin é Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Ciência Política. Doutoranda em Filosofia do Direito.

Vimos a público admitir nossa inteira responsabilidade por erro cometido na Revista n.º 125 no tocante à grafia do nome e demais dados pessoais da nossa eminente colaboradora Miracy Barbosa de Sousa Gustin, a quem apresentamos sinceras desculpas pelo equívoco e cujo trabalho com muita satisfação aqui reproduzimos.

Cabe, todavia, ressaltar que o texto da obra em questão, constante da página 151 à página 158 daquela revista e republicado neste número, está em integral fidelidade com o seu original.

bulvar da lei (de interpretação lógica), procurando o sentido proposicional (de interpretação sistemática), perquirindo o sentido proposicional (de interpretação sistemática), perquirindo o sentido global – e rudimentos de interpretação histórica –, objetivando a identificação das origens dos textos normativos.

As crescentes exigências de intervenção estatal nos domínios econômicos e sociais – surgimento do “Estado Monopólio” e do “Estado Providência” – não apenas produziram alterações diversas no sentido da legislação, como induziram a novos desdobramentos nos procedimentos hermenêuticos. A própria idéia de normas programáticas, abrindo para uma concepção do direito como sistema aberto às transformações em razão dos problemas emergentes¹, requerendo por parte do intérprete maior argúcia quanto ao sentido propositadamente vago na letra da lei; mostra essa exigência maior sobre os métodos interpretativos. Exige-se, assim, reformulação no papel tradicionalmente exegético do Judiciário e, de outro, viabilizem-se tentativas ampliadas de compreensão do pensamento do legislador expresso pela norma.

Os problemas das atividades jurídica, jurisdicional e legislativa deixam de se limitar à configuração sistemática da ordem normativa, para a qual eram suficientes as técnicas de interpretação tradicionais, passando a ser o da determinação de sentido dos enunciados normativos. Surge, então, a contenda em torno da legitimidade ou não dessa ultrapassagem por parte do intérprete do âmbito da simples compreensão da norma. Daí, conseqüentemente, o surgimento de metodologias mais adequadas e que se estruturavam nas novas indicações de outras disciplinas do campo das ciências humanas e sociais, dirigidas à aplicação de rigorosa análise de discurso baseada nas contemporâneas formulações da análise de linguagem.

A contenda referida no parágrafo anterior pode ser expressa pelas divergências doutrinárias que se deram em torno de duas questões principais²: a primeira consiste em saber até que ponto um ato interpretativo é capaz de captar o

texto legal, compreendendo-o; a segunda consiste em indagar em que limite esta compreensão não se torna, ela mesma, num acréscimo. Essas questões têm grande valor tendo em vista que os judiciários de sociedades menos desenvolvidas, como a nossa, encontram-se, por razões diversas, limitados em sua capacidade adaptativa ao novo contexto.

Essa polémica fez surgir alguns pressupostos fundamentais do processo hermenêutico³. Dentre eles, sugeriu-se que:

1. todo ato interpretativo tem, necessariamente, de partir da própria legislação vigente. Esse princípio, afinal, revela a natureza dogmática do ponto de partida da hermenêutica jurídica;

2. o intérprete é livre. Este princípio se refere aos aspectos subjetivos da interpretação, enquanto o primeiro se refere aos aspectos objetivos. Dentre os dois, porém, parece haver uma esfera contraditória e de quase negação mútua;

3. a interpretação tem caráter deontológico e normativo. Considerando a tensão apresentada no item anterior, entre a existência de um critério objetivo e o arbítrio do intérprete, somos levados à conclusão magistralmente apresentada por Ferraz Jr.:

“(…) não apenas estamos obrigados a interpretar (não há normas sem sentido, nem sentido sem interpretação), como também deve haver uma interpretação e um sentido que prepondere, e ponham um fim (prático) à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas”⁴.

Este fim prático a que se refere o autor tem em vista o problema da decidibilidade, ou seja, a Ciência do Direito deixa de se preocupar com a determinação daquilo que materialmente sempre foi direito – com finalidade de descrever aquilo que pode ser direito (relação causal) –, passando a se ocupar com aquilo que deve ser direito (relação de imputação). Esse passar teve em vista o ato de se ocupar com a oportunidade de certas decisões, tornando-se, assim, uma questão de decidibilidade, ou melhor, de busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético (hipótese de decisão/hipótese de conflito).

¹ Sobre isso, ver: REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978 (especialmente a seção: “Para uma hermenêutica jurídica estrutural”).

² Sobre isso, ver: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d. (xerox parcial da obra).

³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1978.

⁴ Consultar: FERRAZ JR., Tércio S., *op. cit.* PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation*. Bruxelles: Ed. de l'Université, 1988.

Tudo o que foi dito leva-nos a entender que, com crescente complexidade do mundo contemporâneo e o excepcional desenvolvimento científico, o problema por excelência do direito e da filosofia do direito tornou-se metodológico (como agir? como interpretar? como compreender?) e das decisões metodológicas.

Este trabalho pretende, justamente, discorrer sobre parte desse problema.

Os primeiros tratadistas, no início da Idade Média, já discutiam amplamente sobre a natureza da jurisprudência⁵. A discussão dava-se em torno das indagações se jurisprudência seria ciência ou arte. Era ela considerada como ciência por seu aspecto teórico e, como arte, por sua função prática. Algo bastante semelhante à discussão moderna sobre se se deve distinguir uma ciência do direito de uma técnica jurídica. Para os jusnaturalistas, a partir do século XVIII, tratava-se de fundar uma jurisprudência que tivesse fundamento científico, ou melhor, que se adequasse o método à concepção racionalista do saber que o cartesianismo difundia.

No século em curso, inicia-se uma grande discussão metodológica de duas grandes escolas jurídicas: a normativista, que encontrou sua expressão maior e mais coerente na doutrina de Kelsen, e a sociológica, que encontrou seu expoente na corrente realista americana.

Mais contemporaneamente, entram no debate os seguidores da filosofia da linguagem e da análise do discurso, dando à discussão novos rumos e outras direções. Isto porque, tendo em vista o fato de que a jurisprudência trata do sentido normativo a que as expressões linguísticas correspondem, nada mais lógico do que conceder novo *status* metodológico aos processos analíticos e interpretativos da linguagem.⁶

Considerando o ato de compreender, segundo Larenz, as expressões linguísticas podem ser entendidas através de um processo de apreensão imediata do sentido (modo irreflexivo) ou mediante um processo sistemático de interpretação (modo reflexivo). Desnecessário dizer que no processo de apreensão imediata inexistem uma

esfera que possa ser considerada problemática em sua compreensão do sentido e da ordem do discurso. Isto se dá dessa forma, justamente pela própria natureza desse processo: irreflexiva. Essa apreensão refere-se ao nível mais simples das relações, ou seja, aquela se dá através de hábito e do condicionamento. Inserem-se nessa esfera as conversações de uso comum do dia-a-dia e as comunicações mais simples. Nessa órbita da comunicação, os chamados "ruídos" só se dão em casos excepcionais e que não validariam uma regra geral.

Na apreensão imediata de sentido, não se coloca a possibilidade de interpretações diferenciadas do conteúdo. Ela se dá quase exclusivamente através da percepção sensorial, por isso é irreflexiva.

Quando, ao contrário, a situação de comunicação em foco é passível de apreensões diferenciadas e heterogêneas, torna-se necessário um processo reflexivo sobre o conteúdo do discurso e a interpretação de seu sentido. Nem sempre é somente a complexidade maior do texto ou da comunicação que dirige a situação para a instauração de um processo interpretativo. Alguns complicadores, como a inadequação da fala ao objeto, o uso da simbologia imprópria e a imprecisão de termos, dentre outros, podem ser mais perniciosos para a comunicação do que sua complexidade de conteúdo.

Para Larenz, "interpretar é uma atividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto que se lhe apresenta como problemático"⁷. Como entender mais precisamente essa definição?

Quando o autor se refere a uma "atividade de mediação", podemos entender essa afirmação sob a ótica de orientações diferenciadas. Na tradição kantiana, por exemplo, o ato de saber ou as condições de experiência em relação ao seu objeto deveriam ser idênticas ou indiscerníveis. Isto significando que não haveria mediação ou transposição entre uma coisa e outra, visto que condições de experiências e objeto de experiência são sempre idênticos. *Mutatis mutandis*, o ato de saber ou de conhecer não se faria através da interpretação, se considerada esta como uma atividade de mediação⁸.

Se considerarmos, ao contrário, o ato de saber na concepção formulada por Nietzsche, teremos que entre o conhecimento e o mundo a

⁵ BRIMO, Albert. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*. Paris: Ed. A Pedone, 1978. BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1950.

⁶ Ver: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

⁷ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, pp. 239-40.

⁸ KANT, Emanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Brasil. Editora S.A., 2.ª ed., s.d.

conhecer há tanta diferença quanto entre o conhecimento e a natureza humana. Ter-se-ia, portanto, "uma natureza humana, um mundo (ou objeto do saber), e algo entre os dois que se chama conhecimento, não havendo entre eles nenhuma afinidade, semelhança ou mesmo elos de natureza"⁹. Assim, a atividade de conhecer não estaria inscrita na natureza humana e nem seria idêntica a ela, podendo, assim, ser considerada como uma mediação, ou seja, uma "violação" (termo usado por Nietzsche) da essência do objeto. Entende-se, portanto, que nesse sentido último de "violação", a atividade de interpretar deveria realizar um "desmaranhar" completo do fenômeno em conhecimento.

Para o próprio Larenz, em que consistiria essa atividade de mediação? Tentemos entender sua explicação dentro de seqüências sucessivas:

1ª. O intérprete torna-se consciente de que há diferentes significados do termo ou do texto em questão;

2ª. tendo em vista o significado "correto", interroga-se sobre o contexto textual e sobre o seu próprio conhecimento do objeto do texto;

3ª. examina a situação que deu origem ao texto;

4ª. opta por uma entre muitas possíveis interpretações com base em considerações devidamente fundamentadas.

Como se vê, dá-se um processo de problematização do texto. O autor, em vista dessa problematização, atribui à jurisprudência o *status* de ciência. Seria esta afirmação verdadeira? Vejamos o que diz Bachelard sobre ciência e observação científica:

"A observação científica é sempre uma observação polêmica; ela confirma ou infirma uma tese anterior, um esquema prévio, um plano de observação; ela mostra, demonstrando; ela hierarquiza as aparências; ela transcende o imediato; ela reconstrói o real após ter reconstruído seus esquemas (...) A ciência suscita um mundo, não mais por um impulso mágico, imanente à realidade, mas antes por um impulso racional, imanente ao espírito. Após ter formado, nos primeiros es-

forços do espírito científico, uma razão à imagem do mundo, a atividade espiritual da ciência moderna dedica-se a construir um mundo à imagem da razão"¹⁰.

Ora, está claro que as afirmações de Bachelard confirmam a assertiva de Larenz, ou seja, de que a atividade de observação científica, e a própria ciência, fundamenta-se na problematização do objeto de estudo. O simples não existe na atividade de conhecimento científico; existe o "simplificado" e o "reduzido". Não existem fenômenos ou naturezas simples, nem idéias simples, pois, ao final em suas essências, são sempre conjuntos de relações ou unidades de um sistema complexo de pensamentos e experiências.

No campo da jurisprudência, a problematização é possível, justamente porque os textos jurídicos são redigidos em linguagem corrente ou, então, numa linguagem especializada que apresentam razoável margem de variabilidade de significação. Hart se refere a isto como "textura aberta" do direito. O que se dá no momento final da seqüência de mediação (a opção do intérprete) é uma tomada de consciência sobre estruturas da comunicação em linguagem corrente e uma indicação crítica que deverá produzir o correto e a inteligibilidade. Isto se dá através da indicação da ruptura do sentido ou da reconstituição da unidade perdida.

Voltando à definição de "interpretação" dada por Larenz, falta-lhe, talvez, algo que se refira à experiência anterior do intérprete com o texto, ou com a linguagem especial do texto. Pois, repetindo Gadamer, compreender o sentido de um texto não é uma tarefa simples e direta, torna-se necessária a instauração de "um processo de tradução e fusão de horizontes, uma incorporação do estranho no que é próprio"¹¹.

Considerando o que até aqui se disse, em princípio todos os textos jurídicos são suscetíveis de interpretação e não os chamamos "obscuros" ou "pouco claros". As sentenças judiciais, da mesma forma, também carecem de interpretação, não só as leis e contratos. A jurisprudência, nesse sentido, não pode ser vista como mera repetição ou reprodução de decisões. Justamente por ser uma atividade científica e de se inserir no campo das ciências críti-

⁹ NIETZSCHE, F. Gaia Ciência. *Apud* FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, Cadernos da PUC/RJ, Série Letras e Artes. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica/Divisão de Edições, 1979, p. 13.

¹⁰ BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968 (grifo do autor).

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. (Xerox, s.n.t.).

cas, a jurisprudência se dedica, nesse campo, a ordenar as decisões e inseri-las em novas conexões jurídicas de sentido.

As circunstâncias hermeneuticamente relevantes são assim definidas, na opinião de Larenz, conforme o objetivo da interpretação que se realiza. Pode-se ter em vista, por exemplo, a opinião do autor, ou do comunicador. Nesse caso, interessará o "motivo" da declaração, a "situação em que se encontrava o comunicador (ou locutor, ou autor), os seus modos" habituais de expressão, etc. Pode-se, por outro lado, ter em vista a própria coisa exposta (texto, lei, conceito, etc.) e, daí, a sistemática de compreensão será outra e terá outros interesses.

Quando se disse que os textos jurídicos são sempre susceptíveis de interpretação, não há nisso nenhum sentido depreciativo da linguagem jurídica, de sua clareza ou propriedade. Ao contrário. O processo de interpretação é um processo, sequencialmente, uma intensificação do poder crítico e de reorganização conceitual de uma linguagem ou do substrato científico e filosófico dessa linguagem.

1. A compreensão e a "pré-compreensão"

Conforme Betti, a interpretação de um texto trata da "totalidade do discurso no seu valor semântico"¹², ou seja, refere-se não só ao sentido de cada uma das palavras, mas, inclusive, à sequência de palavras e frases que expressam um contínuo de idéias. Dá-se, pois, o que se pode identificar como um "círculo hermenêutico", isto é, o significado das palavras só pode ser inferido da conexão de sentido do texto. Este, por sua vez, forma seu sentido, em última instância, do significado das palavras que o formam ou da combinação de palavras, fechando-se, assim, o "círculo". Para se atribuir significado é necessário, primeiro, que se compreendam as partes (entes, signos ou sujeitos) engendrados na linguagem; segundo, é preciso agrupar e distinguir os usos ocasionais e erráticos; em terceiro plano, necessita-se identificar as situações significativas e simbólicas em geral. Chegando-se, assim, sequencialmente e sistematicamente, ao significado da totalidade do discurso.¹³

¹² BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Apud. LARENZ, K., *op. cit.*, p. 242 (nota 51).

¹³ Ver sobre o assunto: OGDEN, C. K.; RICHARDS, J. A. *El significado del significado: una investigación acerca de la influencia del lenguaje sobre el pensamiento y de la ciencia simbólica*. Buenos Aires: E. D. Paidós, 1954.

Há que se ressaltar, contudo, que essa estrutura circular da compreensão não é, pura e simplesmente, um retorno ao ponto de partida, um reinício circular (volta ao entendimento das palavras, termos ou signos em si), mas a abordagem do texto em novo estágio de compreensão. Ou melhor, um processo de olhar para frente e para trás, de "circular ao redor", até que a suposição inicial, ou que surge durante o processo de interpretação, se converta em certeza.

Nesse sentido, Larenz demonstra que o processo de compreender tem seu curso não apenas em uma direção linear, como uma cadeia lógica de conclusões com sentidos diretos. English, citado por Larenz, refere-se a um "ir e vir de perspectiva", inclusive na aplicação da norma a uma determinada situação fática.

Algumas situações podem ser tomadas como regulares. No início do processo de compreender dá-se, infalivelmente, o que se chama de "conjectura de sentido", por vezes ainda vaga. Entende-se por esse termo aquele estágio da compreensão em que o intérprete se mune de uma simples *insights*. Ela decorre de um longo processo de aprendizagem conjectural do intérprete, ou de conhecimento ou experiências adquiridas ao longo de sua formação: uma relação direta com juízos ainda imprecisos ou suposições ainda incompletas.

Gadamer, em seu livro *Verdade e Método*, refere-se a essa "pré-compreensão", como um "pré-juízo". Não no sentido popular de dano ou de falso juízo, mas de juízos antecedentes, que dizem respeito à relação do próprio intérprete com o mundo que se assemelha ao fato e com a experiência correlata anterior. Isto significa que o texto só "fala" àquele intérprete que já compreende tão amplamente a sua linguagem e a coisa de que ele fala, de modo que lhe seja franqueado o acesso à compreensão daquilo que o texto diz: numa primeira fase através da "pré-compreensão" ou do "pré-juízo". Para esse pensador da hermenêutica e da filosofia da linguagem, a ligação entre o texto e o intérprete se faz através da linguagem, dos signos, e de uma cadeia de tradição em que ambos se inserem.

"Cadeia de tradição" em um processo jurisprudencial é aquela em que as normas vigentes e as formas reconhecidas do pensamento jurídico decorrem do trabalho precedente de muitas gerações de juristas. Como se vê, tudo deve ser examinado dentro de uma sequência histórica sistematicamente trabalhada e dentro de uma

totalidade conceitual. A ciência se faz dentro de uma noção de espaço-tempo lato e ininterrupto. Mesmo numa visão de desenvolvimento por rupturas o processo seqüencial não pode ser descartado.

Segundo Esser, a “pré-compreensão” possibilita ao juiz não somente uma única conjectura de sentido em face do entendimento da norma e da solução a encontrar, mas a construção para si próprio de uma “convicção de justiça” com base nas suas pré-compreensões alcançadas graças à sua experiência profissional e sua capacidade crítica e de análise verticalizada do sentido intencionado pelo ordenamento jurídico.

Há, ainda, um sentido negativo de “pré-juízo” ou de “pré-compreensão”, ou seja, a parcialidade de apreensão do fato daquele que ajuíza e valora com pré-julgamentos que emanam de seu meio social, de sua formação e que determinam um ato de julgar vicioso, que não se atém à questão em si mesma e em suas relações e nexos. Transforma-se, assim, em uma esfera de incorporação de preconceitos, no sentido negativo, transformando-se em uma barreira ao conhecimento. Esse é o espaço de risco da atividade interpretativa e que pode ser minimizado pelo rigor da aplicação do método selecionado para a busca do sentido e do significado desse sentido.

2. Interpretação e aplicação das normas como processo dialético

É preciso, antes, entender o que é dialética. Esse termo, conforme Nicola Abbagnano¹⁴, deriva o seu nome de diálogo mas não foi aplicado na filosofia com esse sentido unívoco. Na história da filosofia, é possível distinguir quatro significados fundamentais desse termo:

1.º a dialética como método da divisão (doutrina platônica);

2.º a dialética como lógica do provável (doutrina aristotélica);

3.º a dialética como lógica (doutrina estoica);

4.º a dialética como síntese dos opostos (doutrina hegeliana).

O texto de Larenz parece remeter à doutrina hegeliana, na qual a dialética formulada pelo idealismo romântico alemão (primeiro por Fichte, na Doutrina da Ciência, em seguida por Hegel) é a “própria natureza do pensamento”,

visto que é a resolução das contradições em que a realidade finita (realidade fática), que como tal é objeto do intelecto, permanece enredada. Nesse sentido, a dialética como síntese dos opostos consistiria:

1.º na colocação de um conceito “abstrato e limitado” (no presente caso, a colocação da norma);

2.º no suprimir-se desse conceito como algo de “finito” e na passagem para o contrário dele (ou o que a ele se opõe ou difere em parte: o fato complexo ou a situação fática);

3.º na síntese das duas determinações precedentes, síntese que conserva “o que há de afirmativo na sua solução e na sua passagem” (em nosso caso, o momento da aplicação da norma interpretada).

Assim, no conceito hegeliano, a dialética é não só a lei do pensamento, mas a lei da realidade e os seus resultados não são puros conceitos ou conceitos abstratos, mas “pensamentos concretos”, ou seja, realidades verdadeiras e próprias, realidades necessárias, determinações ou categorias eternas. Em toda parte existiria, pois, triades de teses, antíteses e sínteses.

Para Larenz, as normas jurídicas são interpretadas por serem “aplicadas” a casos concretos. Isso se dá, contudo, a partir de um exaustivo processo dialético interpretativo. Somente duas situações não justificariam um processo interpretativo:

a) quando a norma aplicável estiver já em si tão determinada que o seu verdadeiro conteúdo esteja fora de questão;

b) quando a situação fática a julgar também já esteja determinada em todos os seus elementos e seja assim suscetível de se ajustar fielmente ao modelo dado na norma.

Via de regra, no entanto, essas duas situações nunca ocorreram dada a complexidade constante das situações fáticas e, por isso, a impossibilidade de a norma abarcar todas as suas nuances e elementos. E, ainda, o conteúdo da norma nunca está suficientemente claro e preciso, correndo-se o risco de se tratar o desigual como “igual” e assim resolver injustamente.

Nesse sentido, no decurso contínuo da aplicação judicial, torna-se necessário um processo constante de interpretação ou de complementação das normas por parte dos Tribunais (especialmente as mais altas instâncias). Instaura-se, então, uma linha histórica da aplicação da norma: uma interpretação tem o “efeito

¹⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1982.

de servir como exemplo a outras decisões, às quais crescem logo novas interpretações e complementações (...). No começo, está o texto da lei – só aparentemente claro e fácil de aplicar – e no final (...) uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua 'aplicação' no caso singular e que transmutou amplamente o seu conteúdo". E a isto se chama simplesmente como um processo de "aplicação das normas"!¹⁵

Para Gadamer, o jurista em sua tarefa prático-normativa faz com que em cada caso o passado seja visto na sua continuidade com o presente.

Larenz faz, no entanto, um reparo a essa afirmação de Gadamer. Para ele, "o problema fundamental para quem aplica a norma não é a distância temporal, mas a distância entre a necessária generalidade da norma e a singularidade de cada caso concreto". Pode-se concluir, portanto, que a idéia de "medida igual", elemento de base da "justiça", é pura ilusão.

3. *Ciência Jurídica e Método de Análise de Linguagem*

Começamos esta seção final deste artigo – talvez seu ponto mais importante, porque polêmico – por uma indagação aparentemente simplória e desprezível: "qual o significado que se tem querido emprestar à palavra 'ciência'?"

Façamos uma breve digressão no tempo.

Nos últimos decênios, fomos espectadores de uma profunda transformação da concepção geral de ciência. O que se entende por ciência no mundo contemporâneo da Física Quântica, da Biotecnologia, da Engenharia Genética, da Antropologia Iluminativa, dentre outros tantos progressos científico-tecnológicos?

A concepção moderna da ciência, que se foi formando gradualmente a partir de uma consciência cada vez maior que os cientistas conquistaram do próprio trabalho de pesquisa, e que foi inquestionavelmente estimulada pelas grandes descobertas e transformações do século, encontrou na corrente do positivismo lógico e do racionalismo crítico a formulação mais plausível e adequada, pelo menos, até o presente momento. Concorreram, porém, para esses resultados várias outras correntes que, como as anteriores, resultaram da crise do racionalismo absoluto.

Não há dúvida de que o ponto culminante da concepção científica atual se estrutura a par-

tir da alteração do conceito de razão e, portanto, também do de verdade, em aberto confronto com o racionalismo clássico. Para este, a razão é a esfera suprema da verdade e é única em todos os homens, porque não é uma de suas obras, ela lhe é atribuída. Como é algo absoluto, pois não depende de condições mutáveis do homem na história, também a verdade alcançada pela razão é um dado absoluto.

O racionalismo clássico lida, pois, com a esfera do absoluto, pois funda suas concepções sobre uma razão que é preestabelecida externamente ao homem. Somente ao homem que participa dessa "razão" é dado "conhecer" a verdade absoluta que transcende à sua situação empírica. Esta concepção absoluta da razão e da verdade implica, ainda, uma concepção absoluta da lógica, isto é, o complexo das regras com base nas quais a razão atinge a verdade. Lógica que deverá ser, também, um único conjunto de regras.

O progresso do saber científico fez ruir toda essa concepção do absoluto. Descobriu-se que aquelas verdades tomadas como inquestionáveis, não o eram, e puderam ser substituídas por outras proposições sem que o trabalho científico perdesse a sua fecundidade. Procedeu-se, assim, à substituição do velho conceito de apoditicidade dos postulados, pelo novo conceito da convencionalidade das primeiras proposições.

A concepção absoluta foi substituída por uma concepção instrumental da razão. E da concepção absoluta da lógica passou-se a uma concepção de lógica plural. A razão transformou-se, pois, em um conjunto de procedimentos intelectuais desenvolvidos e aperfeiçoados no curso da história do homem. Essa razão é constituída, permanentemente construída e aperfeiçoada. Inicia-se, assim, um movimento em direção a um racionalismo crítico que, segundo Bobbio, "não hipostasia os procedimentos racionais, mas que habitualmente os considera em função da pesquisa que os origina e à qual servem"¹⁶.

Por outro lado, há o risco de se ver afirmado que a convencionalidade das verdades primeiras é uma arbitrariedade intelectual. Mas a prática científica dos últimos decênios tem mostrado que esse risco é frágil.

Sobre essas teses fundamentais – instrumentalidade da razão, convencionalidade das

¹⁵ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 250.

¹⁶ BOBBIO, N. *Teoria della scienza... Op. cit.*, p. 211.

proposições iniciais e pluralidade da lógica – se estruturam as premissas da concepção científica contemporânea. Foi justamente pela ausência dessas teses anteriormente que o racionalismo clássico não poderia considerar a jurisprudência como ciência, por sua convencionalidade. Mudou a ciência e torna-se a jurisprudência um veio de cientificidade.

Na moderna metodologia científica, pode-se dizer que o fulcro do trabalho científico é deslocado da verdade para o rigor. Diz Bobbio que a própria verdade é redefinida em termos de rigor. As proposições metodológicas rigorosas são aquelas que respeitam a racionalidade e a lógica interna da própria pesquisa e de cada uma delas. A cientificidade de uma pesquisa não consiste na verdade, mas no rigor do discurso, na satisfatória definição de todos os termos e de cada um deles, e na coerência de cada enunciado com todos os outros do sistema.

Daí por que a metodologia do mundo contemporâneo insista tanto sobre a relação entre ciência e linguagem: a ciência não é apreensão da verdade, mas é o uso e análise da linguagem científica. A facilidade de comunicação dos resultados das pesquisas das ciências, pelo rigor de sua linguagem, levou a uma mudança da consciência científica: de subjetiva passou a ser intersubjetiva.

Assim, toda ciência atual implica, em sua atividade, uma constante análise de linguagem. A pesquisa jurídica, também e muito especialmente, deverá se dedicar ao desenvolvimento dessa mesma análise de linguagem. Isto porque a pesquisa jurídica tem por objeto as proposições normativas, que nada mais são que enunciados, ou seja, expressões de uma linguagem determinada. Portanto, em virtude de seu próprio objeto, a linguagem específica do legislador, a pesquisa jurídica, não pode prescindir da análise metódica e sistemática da linguagem. Esse é o seu método por excelência.

Bibliografia

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou Ed., 1982.
- BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1950.
- BRIMO, Albert. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*. Paris: Ed. Pedone, 1978.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1978.
- . *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Cadernos da PUC/RJ, Série Letras e Artes – 6/74, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica/Divisão de Intercâmbio e Edições, 1979.
- GADEMER, Hans-Georg. *Verdade e Método* (xerox, s.n.t.).
- KANT, Emanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Brasil Editora, 1959.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- OGDEN, C. K.; RICHARDS, J. A. *El significado del significado; una investigación acerca de la influencia del lenguaje sobre el pensamiento y de la ciencia simbólica*. Buenos Aires: Ed. Paidós, 1954.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation*. Bruxelles: Ed. de l'Université, 1988.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- . *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.