

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

OUTUBRO/DEZEMBRO 1995 • BRASÍLIA • ANO 32 • Nº 128

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 128
outubro/dezembro – 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 Angelina Almeida Silva

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Dulce Machado, Kairala Filho e Paulo Roberto M. de Aguiar

COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO

Centro Gráfico do Senado Federal

CAPA

Paulo Cervinho e Cícero 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 / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. -

Ano 1, n. 1 (mar. 1964) -

Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de

Edições Técnicas, 1964-

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 - Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 32 · nº 128 · outubro/dezembro · 1995

| | |
|----------------------------------|--|
| André Franco Montoro | Integração da América Latina em um mundo multipolar 5 |
| Carlos Augusto dos Santos Faias | Prescrição no Direito Administrativo 15 |
| Leon Frejda Szklarowsky | A execução fiscal e as recentes alterações do Código de Processo Civil 37 |
| Gilberto Guerzoni Filho | Burocracia, tecnocracia, pseudoburocracia e a Constituição de 1988: tentativas e perspectivas de formação de uma burocracia pública no Brasil 43 |
| Adilson Abreu Dallari | Arbitragem na concessão de serviço público 63 |
| Paulo Roberto Mendonça Silvério | O instituto jurídico dos direitos adquiridos e a "cláusula pétrea" dos direitos e garantias individuais 69 |
| Arnoldo Wald | A sociedade e o Estado: o sentido da reforma constitucional e legislativa 79 |
| Paulo José Leite Farias | Regime jurídico das contribuições previdenciárias 83 |
| Sérgio Sérvulo da Cunha | Estado, sociedade e participação. Perspectivas socialistas 91 |
| José H. Fischel de Andrade | O <i>treaty-making power</i> das organizações internacionais 95 |
| Andreas J. Krell | Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil 107 |
| Alexandre Lobão Rocha | A garantia fundamental de acesso do pobre à Justiça 127 |
| Ricardo Rodrigues | Abuso de poder político e manipulação da máquina administrativa com fins eleitorais 139 |
| José Wilson Ferreira Sobrinho | Por um tribunal constitucional 149 |
| Newton Paulo Teixeira dos Santos | Reprografia e reprodução em massa 157 |

| | |
|---------------------------------------|--|
| Luiz Edson Fachin | O estatuto civil da clausura real 161 |
| Paulo Luiz Neto Lôbo | Responsabilidade por vícios nas relações de consumo 165 |
| Afonso César | Do poder regulamentar 171 |
| Werter R. Faria | O quadro institucional da Comunidade Européia 179 |
| Fernando da Costa Tourinho Neto | Efeito vinculante das decisões do STF: uma solução para o Judiciário 185 |
| Paulo Modesto | Reforma administrativa e direito adquirido ao regime da função pública 191 |
| Sílvio Meira | Direito argentino e Direito brasileiro 197 |
| Diogo de Figueiredo Moreira Neto | Mercosul: unilateralismo e metaconstitucionalismo 207 |
| Carlos Alberto Bittar Filho | Lo individual y lo colectivo en la realidad Brasileña 221 |
| José de Ribamar Barreiros Soares | O papel do Ministério Público no controle da Administração Pública à luz da Constituição de 1988 231 |
| Marcelo Rocha Sabóia | O município no Brasil: aspectos históricos, jurídicos e econômicos 237 |
| Clito Fornaciari Júnior | Preocupação do advogado diante da reforma do CPC 245 |
| Willis Santiago Guerra Filho | Da interpretação especificamente constitucional 252 |
| Cristiano Paixão | O controle de constitucionalidade e as normas tributárias 261 |
| Marcelo da Fonseca Guerreiro | Pode o município tributar imóvel público estadual que, em razão de permissão de uso, esteja sendo explorado por sociedade de economia mista federal? 275 |
| Carlos Roberto Pellegrino | Da razão prescricional na transposição de regime de trabalho 279 |
| Marisa Helena D'arbo Alves de Freitas | O Estado legislador responsável 285 |

Integração da América Latina em um mundo multipolar

ANDRÉ FRANCO MONTORO

“Para a América Latina, a opção é clara: integração ou atraso”.

“É urgente substituir o isolamento e o conflito pela solidariedade”.

“O verdadeiro desenvolvimento não se conseguirá sem a participação, consciente e organizada, da sociedade civil”.

SUMÁRIO

1. Um mundo multipolar na virada do século. 2. Imperativo histórico da integração latino-americana. 3. Inimigos externos e internos da integração. 4. Algumas lições da história. 5. Experiências de integração da América Latina. 6. O caminho da democracia: social, participativa, pluralista. 7. Conclusão.

1. Um mundo multipolar na virada do século

Há poucos anos vivíamos num mundo bipolar: Estados Unidos e URSS – capitalismo e comunismo. Essa divisão do mundo foi decidida na histórica reunião de Yalta, no fim da guerra, em fevereiro de 1945, em que Churchill, Roosevelt e Stalin traçaram os caminhos do futuro próximo, partilhando o mundo em duas metades inimigas.

Com a queda do Muro de Berlim e a derrubada dos governos da Europa do Leste, a URSS saiu do mapa. Teremos agora um mundo unipolar, sob a direção dos Estados Unidos?

A realidade está mostrando outros caminhos. A perspectiva é de um mundo multipolar. Os países se organizam em torno de grandes blocos regionais. Os países da Europa se unem para formar a poderosa comunidade da União Européia. Estados Unidos e Canadá, com a participação do México (Nafta), formam um segundo bloco. Japão e os chamados “Tigres Asiáticos” constituem um terceiro pólo

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.

econômico. Esses três blocos dominam hoje 80% da economia mundial.

E a América Latina? Continuará dividida em mais de 20 nações isoladas? Será apenas um lugar de negócios dos poderosos? Ou deverá se unir progressivamente no sentido de uma futura Comunidade Latino-Americana de Nações?

Para os latino-americanos a alternativa é clara: integração ou atraso. Por isso, multiplicam-se hoje em todos os países da região, movimentos e iniciativas de cooperação, visando à integração progressiva da América Latina. Por isso, também, significativamente, as novas Constituições dos países da região adotam claramente o caminho da integração. A Constituição Brasileira de 1988, por exemplo, determina imperativamente:

“O Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações” (art. 4º, parágrafo único).

A integração significará para os países da região:

- sua participação no processo histórico de formação de um mundo multipolar, com mais equilíbrio para assegurar a justiça e a paz nas relações internacionais;
- oportunidade de ampliação de seu mercado, com a conseqüente elevação do nível qualitativo e quantitativo de sua economia;
- possibilidade de aproveitamento conjunto dos valiosos recursos naturais e potenciais da região;
- caminho necessário para sua inserção competente e competitiva na economia mundial;
- oportunidade de seu desenvolvimento solidário, no campo cultural, econômico, político e social.

2. Imperativo histórico da integração latino-americana

Diante desses fatos, impõe-se uma conclusão: a integração da América Latina não é apenas a aspiração ou o ponto de vista de alguns grupos. Não é também uma opção facultativa. Ela é hoje um imperativo histórico e caminho necessário para o desenvolvimento econômico, social e político dos países da região e para sua integração competitiva na economia mundial.

Apesar dos obstáculos e das dificuldades que enfrenta, esse processo de integração está em marcha. Por vários caminhos, o antigo isola-

cionismo e a confrontação estão sendo substituídos por iniciativas de cooperação e entendimento, que vão instaurando progressivamente a união dos países latino-americanos.

Várias razões explicam e justificam amplamente esse processo de união. Em primeiro lugar, há uma exigência de maiores mercados para a expansão normal de importantes setores da economia. E a América Latina possui uma população superior a 400 milhões de habitantes. Por outro lado, como vimos, a junção de esforços pode multiplicar a capacidade das instituições e das empresas locais na corrida tecnológica, no aproveitamento de recursos existentes e potenciais, e na solução de problemas comuns. Em suma, a união de esforços e atividades constitui poderoso meio de promoção do desenvolvimento.

Diante desse quadro, as nações da América Latina não podem continuar isoladas, fragmentadas e em atitude de confrontação ou conflito. Sua posição vem se modificando. Na mesma linha da constituição de grandes blocos regionais, elas tomam consciência cada vez mais clara da necessidade de sua união.

Juntas, as nações latino-americanas possuem população, recursos naturais e peso político, que se adequadamente combinados, colocarão a região entre as principais economias mundiais. Separadas e divididas, elas se reduzirão a um conjunto de populações pobres e regimes políticos instáveis.

Cresce, por isso, entre as lideranças e os múltiplos setores da população a tomada de consciência de que a progressiva integração econômica, cultural, política e social da América Latina é uma exigência básica como alternativa para o seu desenvolvimento real. Até mesmo no Brasil, que por suas dimensões continentais, poderia alimentar a ilusão de um crescimento isolado, esse sentimento integracionista é muito forte. Uma pesquisa de opinião pública realizada pelo IBOPE (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística), em agosto de 1987, aponta os seguintes resultados:

- 88% da população é favorável à participação do Brasil em uma comunidade de países da América Latina;
- essa porcentagem sobe para 91,5% na camada da população mais jovem, entre 14 e 18 anos;
- de forma semelhante, em relação ao grau de instrução, a porcentagem favorável se eleva

de 78%, entre os de educação primária, para 89%, entre os que cursaram o segundo grau, para chegar a 96%, entre os de nível superior de educação.

Em resumo e significativamente, os mais jovens e os de maior cultura são os mais favoráveis à integração latino-americana.

Pesquisa semelhante, realizada pelo Instituto de Pesquisas Demoskopia de Buenos Aires revela que em cada cinco argentinos, quatro são favoráveis à integração. O mesmo sentimento é cada vez mais vivo especialmente na população mais jovem dos países da região.

Com base nos fatos apontados e nas aspirações nacionais, as novas Constituições dos países da região começam a incluir, entre as normas disciplinadoras de suas relações internacionais, o imperativo da cooperação e da integração regional.

Já citamos o artigo 4º, parágrafo único, da Constituição Brasileira.

A Constituição do Peru, de 1979, em seu artigo 100, fixa essa norma nos termos seguintes:

“El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina con miras a la formación de una Comunidad Latinoamericana de Naciones”.

Na mesma linha, a Constituição do Uruguai, de 1971, estabeleceu como preceito básico:

“La República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos” (Sección I, Capítulo 4, Artigo 6).

A nova Constituição Política da Colômbia, de 1991, estabelece no seu artigo 227:

“El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano”.

A Constituição da Venezuela, de 1961, assim dispõe:

“La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes” (Art. 108).

E a Constituição do Equador, em seu artigo 30:

“Propugna también la comunidad internacional, así como la estabilidad y fortalecimiento de sus organismos y dentro de ello, la Integración Iberoamericana, como sistema eficaz para alcanzar el desarrollo de la Comunidad de pueblos unidos por vínculos de solidaridad, nacidos de la identidad de origen y cultura”.

Em conclusão, a integração da América Latina, apesar das dificuldades que enfrenta, não é uma opção teórica ou o sonho de alguns homens, mas, sim, um imperativo histórico e um processo político, econômico, social e cultural que está em marcha.

Essa integração, repetimos, é indispensável para enfrentar problemas cuja solução deve ser encarada de forma coletiva, como o aproveitamento dos recursos existentes na região, o da dívida externa, o da deterioração do preço de seus produtos de exportação, a defesa conjunta diante do protecionismo dos países desenvolvidos e dos capitais especulativos transnacionais, a criação de mecanismos de cooperação na área tecnológica, científica e de complementação econômica, *joint ventures*, ampliação do volume do comércio intra-regional e outras medidas de caráter econômico, político, cultural e social que são de importância fundamental para o efetivo desenvolvimento dos países da América Latina.

3. Inimigos externos e internos da integração

A integração da América Latina foi o velho sonho de Simon Bolívar e de outras grandes figuras de nossa história. Mas sua realização vem sendo difícil. Quais os seus inimigos?

Podemos falar em inimigos externos e inimigos internos da integração latino-americana.

Inimigos externos foram no passado as metrópoles que impuseram às colônias uma política de divisão e cerceamento do seu progresso. Para isso foram empregados meios administrativos, culturais, econômicos e militares, como invasões, ocupações, ameaças, boicotes, bloqueio econômico etc.

Modernamente os processos de dominação são mais sutis e se realizam, principalmente, através de complicados mecanismos financeiros.

Hoje, o inimigo número um do desenvolvimento e integração da América Latina é a dívida externa. Seu montante é atualmente superior a 400 bilhões de dólares. De 40 bilhões em 1973, passou para 450 bilhões em fins de 1992.

Por força das cláusulas contratuais que estabeleceram os chamados "juros flutuantes" – que passaram rapidamente da taxa histórica de 1% para 3, 5, 9, 15, 19 até 21,5% à revelia dos devedores – os países da América Latina foram obrigados a remeter, em 10 anos, de 1980 a 1989, a vultosa importância de 220 bilhões de dólares para países do primeiro mundo. Além disso, outras condições desfavoráveis lhes foram sendo impostas, como a desvalorização de seus produtos de exportação e a política protecionista das nações industrializadas.

O ex-Secretário de Estado norte-americano Henry Kissinger reconheceu a gravidade desse quadro nos seguintes termos:

"No período, a América Latina pagou aproximadamente 235 bilhões de dólares de juros, mas sua dívida aumentou 50 bilhões; uma região subdesenvolvida converteu-se em exportadora de capital, o que constitui uma situação injusta e insustentável".

Em termos aproximados: devia 100, pagou 400 e ficou devendo 500. Como o cidadão que pediu constasse, como epitáfio, em seu túmulo: "Viveu pagando e morreu devendo".

Como conseqüência dessa remessa maciça para o exterior, faltam recursos para o desenvolvimento interno, para obras e serviços de educação, saúde, habitação, geradores de bem-estar e multiplicadores de emprego. Estamos diante de um plano Marshall invertido: são os países pobres que enviam recursos para os ricos.

Em sua visita ao Brasil, em 1991, João Paulo II denunciou essa situação em termos veementes:

"A lógica da dominação cria mecanismos perversos. É preciso que se diga com veemência que a dívida externa de um país não poderá nunca ser paga a custa da miséria e da fome de seu povo".

Por iniciativa do Parlamento Latino-Americano e Europeu, procura-se hoje obter um "ditame consultivo ao Tribunal Internacional de Haia, sobre os aspectos éticos e jurídicos da dívida externa" (*Dívida externa e consulta ao Tribunal de Haia*, p. 32).

Ao lado dos inimigos externos, temos os internos. Inimigos internos da integração são os setores da população latino-americana que ainda alimentam sentimentos de divisão, confronto e desconfiança entre os países da região.

Um exemplo histórico poderá ilustrar esse sentimento. Num Congresso Internacional da Democracia Cristã realizado em São Paulo, em 1957, o representante do Brasil, Clóvis Garcia, condenou em seu discurso a compra de um porta-aviões pelo Governo brasileiro, apontando razões para essa condenação. Seguiu-lhe com a palavra o delegado argentino. Lembrou este que, levantado o problema, seu país tratou da compra de seu porta-aviões, mas com a cláusula de que ele seria entregue alguns meses antes da entrega do navio brasileiro. Falou a seguir o senador chileno, Thomas Reyes, que lamentou: "A desgraça continua; para nós, chilenos, não importa que o Brasil tenha ou não porta-aviões, mas a compra do porta-aviões argentino está levando setores da administração chilena a procurar os meios de adquirir a nova arma". Parece pilhéria, mas a história continua. Levantou-se a seguir o representante do Peru, senador Hector Cornejo Chavez, que disse coisa semelhante: "a nós não importa que o Brasil ou Argentina tenham porta-aviões, mas se o Chile adquirir um, o Peru fatalmente fará o mesmo". E, em reforço de sua afirmação, acrescentou: "Há algumas semanas, o jornal de maior circulação no país publicou a seguinte manchete: ALERTA, PERUANOS! O CHILE SE PREPARA PARA COMPRAR UM PORTA-AVIÕES!"

Propaganda certamente paga pelos vendedores de porta-aviões de segunda mão para países do Terceiro Mundo. E, como são mais de vinte os países da região, a continuar essa tendência, poderíamos definir a América Latina como um conjunto de países subdesenvolvidos cercado de porta-aviões por todos os lados... Até a Bolívia poderia ser convencida da conveniência de adquirir um porta-aviões para defendê-la de bombardeios aéreos no lago Titicaca...

Felizmente, esses sentimentos de desconfiança e hostilidade, com 20 fronteiras fechadas, 20 moedas introcáveis, 20 programas separados, o isolacionismo, a indiferença e o confronto estão sendo progressivamente substituídos por um comportamento de aproximação, entendimento e cooperação. Barreiras e desconfianças vêm sendo superadas. Cresce cada dia o sentimento de solidariedade. "Soy latino-americano". "Meu

irmão, meu amigo”, cantam as músicas mais populares da região.

4. *Algumas lições da história*

Apesar das dificuldades externas e internas, o processo de integração da América Latina segue seu curso.

Além dos movimentos de aproximação no passado, mais recentemente diversas iniciativas vêm sendo tomadas, como a da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), em 1960, substituída em 1980 pela ALADI, Associação Latino-Americana de Integração. Por força do Tratado de Montevideo, de 1980, a ALADI passou a ter objetivos imediatos mais modestos, mas mantendo como meta a longo prazo o estabelecimento de um mercado comum e o entendimento latino-americano. Em 1969 se constituiu o Pacto Andino. A América Central promove seu mercado comum e seu Parlamento. Em 1975, mediante o convênio do Panamá, foi constituído o Sistema Econômico Latino-Americano (SELA). Em 1964, é constituído o Parlamento Latino-Americano, que foi institucionalizado em 1988. Em 29 de março de 1991, o Tratado de Assunção instituiu o Mercosul – a mais significativa experiência inicial de integração – que entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 1995, unindo Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai num mercado comum. A história desse longo processo nos permite tirar algumas lições.

Assim, em primeiro lugar, a experiência mostra que a integração da América Latina não será feita através de planos grandiosos e faraônicos, como foi pretensão da ALALC de estabelecer por decreto uma ampla região latino-americana de livre comércio. Pelo contrário, é através de medidas e projetos mais modestos, concretos e realistas que a união regional será progressivamente alcançada.

Em segundo lugar, é preciso reconhecer que essa integração não poderá ser feita apenas pelos organismos governamentais, mediante tratados, acordos e entendimentos oficiais. Impõe-se a participação dos diversos segmentos da sociedade civil: empresários, trabalhadores, igrejas, mundo político, universidades, institutos de pesquisa e tecnologia, jovens, mulheres, artistas, meios de comunicação, esportistas etc. A integração da América Latina não será obra dos governos, mas de toda a sociedade.

Uma terceira lição a tirar das experiências feitas é que a integração não pode se limitar ao campo do comércio intra-regional, à exportação

e importação de bens e serviços. Há, além disso, obras de integração física que devem ser realizadas no setor dos transportes – fluvial, ferroviário e rodoviário – no setor de energia, como a integração de sistemas elétricos, o fornecimento intra-regional de gás natural, do petróleo e muitos outros. E, sobretudo, além da área econômica, o processo de integração deve estender-se a três grandes campos: 1) à área cultural; 2) à área política e jurídica; e 3) à área social.

E, finalmente, em lugar da expectativa de grande ajuda e recursos externos, é preciso que os países da América Latina, sem desprezar a cooperação externa, tomem consciência de que cabe a eles promover seu desenvolvimento, aproveitar melhor os seus próprios recursos e as potencialidades da região. Os recursos existentes apresentam notáveis possibilidades de utilização, mas têm sido lamentavelmente esquecidos e mal aproveitados. Como diz Aldo Ferrer “temos que contar com o que é nosso”. O desenvolvimento e integração da América Latina é tarefa dos latino-americanos. Ninguém vai resolver nossos problemas, senão nós mesmos.

5. *Experiências de integração da América Latina*

Dentro dessa perspectiva mais realista e num quadro amplo, estão sendo dados passos importantes em todas as áreas, mediante a criação de entidades ou realização de medidas voltadas para o desenvolvimento e integração da região.

Assim, na área econômica podem ser citados, entre outros:

- a CEPAL, Comissão Econômica para a América Latina, com sede em Santiago, Chile, organismo vinculado à ONU, destinado ao estudo da economia latino-americana;
- a ALADI, Associação Latino-Americana de Integração, com sede em Montevideo, que, a partir de 1980, por força do Tratado de Montevideo, substituiu a ALALC; promove a formação de uma área de preferências econômicas na região, sendo seu objetivo final o estabelecimento de um mercado comum e a integração latino-americana;
- o SELA, Sistema Econômico Latino-Americano, com sede em Caracas, integrado por 25 Estados-Membros e destinado a concertar posições comuns e impulsionar a cooperação econômica e social da região;
- as experiências de integração sub-regional do Grupo Andino (Pacto Andino e seu

Parlamento), da América Central (Mercado Comum e Parlamento Centro-Americano), da Comunidade do Caribe e outras;

- o Tratado de Cooperação e Desenvolvimento entre Argentina e Brasil, de 29 de novembro de 1988, acompanhado de acordos de cooperação com o Uruguai e aberto à progressiva participação dos demais países. O Tratado se estende a dezenas de Protocolos que estabelecem acordos sobre complementação econômica e alimentar, empresas binacionais, biotecnologia, fundos de investimento, energia, transporte, siderurgia, moeda, cooperação nuclear, cultural, fronteiras; esse Tratado constituiu importante passo para a integração continental e a formação do Mercosul;

- o Tratado do Mercosul (Assunção, 26 de março de 1991), que cria condições para o estabelecimento de um mercado comum entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, depois de consolidada uma zona de livre comércio e uma união aduaneira. Em vigor a partir de 1º de janeiro de 1995;

- a criação de uma moeda escritural binacional, o "Gaúcho", lançada pelos Presidentes José Sarney e Raul Alfonsín para substituir o dólar nas trocas de bens e serviços e a proposta de criação de um "Fundo de Reservas Latino-Americano" formulada pelo SELA, com base na experiência positiva do Fundo Andino de Reservas;

- o projeto em desenvolvimento da Hidrovia Tietê-Paraná, indo de São Paulo a Buenos Aires, já em atividade extensiva aos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso do Sul, Paraná e próxima extensão ao Paraguai e aos demais países do Cone Sul (*A água é a riqueza mais importante e fator de integração da América Latina*, p. 25);

- o projeto da Hidrovia Paraguai-Paraná, com a extensão de 3.300 km, unindo cinco países do Cone Sul: Brasil, Bolívia, Paraguai, Argentina, e Uruguai;

- e o projeto maior de ligação das bacias do Prata, Amazonas e Orenoco – Hidrovia Sul-Americana – numa extensão de 10 mil quilômetros, que permitirá, através de canais e eclusas, a integração fluvial do continente;

- no tocante ao transporte rodoviário e ferroviário: além de vários projetos, a eliminação de barreiras entre países latino-americanos e complementação plurimodal, especialmente com o transporte hidroviário, ferroviário e rodoviário;

- no campo da energia – especialmente no tocante à eletricidade, petróleo e gás natural

– vêm sendo realizados entendimentos e acordos parciais que devem se encaminhar para a elaboração de um programa latino-americano de energia (pesquisa e utilização racional), incluindo o petróleo, a energia elétrica, o gás natural, a biomassa, a energia nuclear, eólica, solar etc., capaz de assegurar a *autosuficiência energética da América Latina*. Na área da integração cultural, estão em andamento, entre outros, os seguintes projetos e/ou realizações:

- ensino obrigatório do idioma espanhol no Brasil e do português nos países de fala espanhola;

- livre circulação de produtos culturais: filmes, vídeos, cassetes;

- revistas, artigos, estudos e publicações dedicados a problemas da América Latina ou suas sub-regiões;

- instituição de uma Universidade de Integração da América Latina;

- formação do Instituto Latino-Americano e da Casa da Cultura Latino-Americana, com sede em São Paulo;

- criação do Memorial da América Latina, na cidade de São Paulo;

- elaboração de uma história da América Latina escrita por historiadores de todos os países da região;

- abertura de nova área de Mestrado e Doutorado especializada em problemas da América Latina, em Universidades da Região, já em funcionamento na USP – Universidade de São Paulo, UnB – Universidade de Brasília, Universidade do Rio Grande do Sul, Universidade de La Plata, Universidade de Buenos Aires, Argentina, Universidade Central do México, e outras;

- festivais de música e artes típicas da região e, especialmente a recente elaboração de uma canção latino-americana com letra em quatro idiomas: espanhol, português, nagô-africano e tupi-guarani;

- aprovação, por concurso ou consenso, de uma bandeira oficial e música da América Latina;

- formação de uma Orquestra Sinfônica da Juventude Latino-Americana para promover a integração através da música.

Na área política e administrativa, podem ser mencionados:

- o Parlamento Latino-Americano, instituído em 1964 e fortalecido com o retorno dos regimes democráticos na região; foi institucionalizado pelo Tratado de Lima (1987) firmado por representantes plenipotenciários de 18 países (Antilhas Holandesas, Argentina, Aruba, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Chile, Equador, El Salvador, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai, Venezuela); prevê-se a futura eleição direta de seus membros pela população de cada país; sua sede permanente já está instalada em São Paulo, junto ao Memorial da América Latina;
- o Parlamento Andino, o Parlamento Centro-Americano, o Parlamento Amazônico e, mais recentemente, a Comissão Parlamentar do Cone Sul, em nível sub-regional;
- o Grupo do Rio, ou Grupo dos Oito, mecanismo permanente de consulta e de concertação política, de nível ministerial, formado inicialmente por Argentina, Brasil, Colômbia, México, Panamá, Peru, Uruguai e Venezuela; de caráter informal e sem um procedimento rígido, o Grupo do Rio vem realizando freqüentes e importantes reuniões entre os Ministros das Relações Exteriores e, em momentos importantes, entre os Presidentes das principais nações da América Latina; tem realizado também reuniões com Ministros das Relações Exteriores da Comunidade Européia: Nova York (1987), Hamburgo (1988), Nova York (1988), Granada (1989), Roma (1990), São Paulo (1994);
- os trabalhos de cooperação regional no sentido do aperfeiçoamento e modernização dos órgãos e serviços da administração pública;
- a elaboração de um Código de Ética dos Governantes e Administradores da América Latina;
- os estudos sobre o ordenamento jurídico do Mercosul, que vêm sendo realizados em dois níveis: o de institucionalização de seus órgãos e o de harmonização das legislações, especialmente no campo trabalhista, previdenciário, aduaneiro, tributário, direito das pessoas, do meio ambiente, do consumidor etc;
- movimentos e instituições em defesa da democracia, da cidadania e dos direitos humanos no Continente.

Na área social, podem ser mencionadas inúmeras iniciativas como:

- os movimentos conjuntos em defesa do meio ambiente, especialmente da Amazônia e do

Pantanal, com ampla participação de entidades ambientalistas não-governamentais;

- programas regionais de saúde, educação, alimentação e habitação popular;
- centros latino-americanos de aperfeiçoamento profissional e administração do trabalho, como o CIAT (Centro Interamericano de Administração do Trabalho), PREALC (Programa Regional de Emprego da América Latina e Caribe), o CINTERFOR (Centro Interamericano de Formação Profissional);
- associações, federações e confederações latino-americanas de trabalhadores, profissionais, empresários etc;
- movimentos de jovens, e especialmente a formação da Juventude Latino-Americana pela Democracia, JULAD (1992);
- movimentos de mulheres, e especialmente a formação da União Latino-Americana de Mulheres, ULAM (1993).

Esses projetos e realizações vêm sendo apoiados por numerosas instituições governamentais e não-governamentais (ONGs) de nível nacional, regional e internacional.

Destacam-se nesse apoio a Comunidade Européia, o Parlamento Europeu, o Instituto de Relações Europa – América Latina (IRELA), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Associação Européia de Estudos Sociais (ASSLA), além de fundações e universidades européias, americanas e japonesas.

6. O caminho da democracia: social, participativa, pluralista

A força do atual desenvolvimento do processo de integração da América Latina tem sua origem no avanço democrático na região. Caíram as ditaduras, com sua pretensão de hegemonia e naturalmente contrárias à integração. Torna-se cada vez mais claro que o regime democrático é o caminho insubstituível para a integração e o efetivo desenvolvimento dos países da região. É a confirmação do grande ensinamento de Maritain:

“Apesar de suas imperfeições e de seus limites, a democracia é o único caminho por onde passam as energias progressivas da história humana”.

As experiências autoritárias e ditatoriais do passado recente foram economicamente desastrosas e socialmente insuportáveis. Deixaram uma dívida externa escandalosa, graves violações de direitos humanos e aprofundaram desigualdades sociais inadmissíveis.

A defesa ativa e permanente da democracia, no momento difícil e delicado por que passam quase todos os países do Continente, é uma preocupação geral. Não se trata de voltar ao passado e estabelecer uma democracia apenas formal e representativa. A democracia moderna que se procura construir, além de representativa, procura ter três características fundamentais: ser social, participativa e pluralista.

O povo tem direito de escolher seus representantes nos legislativos e nos executivos. As eleições livres, o estado de direito, o respeito aos direitos da pessoa humana, a legitimidade e definição das prerrogativas dos poderes constituídos caracterizam a democracia *representativa*, que deve ser preservada e aperfeiçoada.

Mas, além de representativas, as democracias latino-americanas precisam ter acentuado caráter *social*, isto é, precisam corrigir as graves desigualdades e injustiças sociais, que marcam dramaticamente a região, e dar prioridade, não a obras e empreendimentos suntuários, mas ao atendimento das necessidades básicas da população, como a alimentação, a educação, a saúde, a habitação, a preservação do meio ambiente e, sobretudo, a criação de empregos e oportunidades de trabalho.

A *participação* organizada da população no processo de desenvolvimento e na solução de problemas coletivos é outra exigência essencial da democracia, especialmente em nosso continente marcado pelo centralismo autoritário e personalista. É importante que setores cada vez mais amplos da sociedade civil passem da posição de espectadores passivos à de agentes participantes das soluções e medidas que atendam a suas necessidades. Passem da posição de "súditos" para a de "cidadãos". A população local e os diversos segmentos da sociedade conhecem melhor seus problemas e soluções, por isso, a substituição do "centralismo" pela "descentralização", do "autoritarismo" pela "participação" organizada da comunidade é fator insubstituível de desenvolvimento real e bem-estar social. Cidadania não consiste apenas em ter direitos, mas também e principalmente em assumir responsabilidades.

Finalmente, num Estado moderno, a democracia deve ser *pluralista*. O pluralismo é um dos grandes valores e conquistas da civilização e da cultura. Pluralismo significa, de um lado, o respeito às opiniões e pensamentos divergentes e, de outro, o reconhecimento da multiplicidade de organizações, interesses e forças da

sociedade, como os chamados grupos intermédios: a família, a escola, a empresa, o partido, as associações, os grupos e movimentos sociais. O pluralismo é uma decorrência da liberdade e o reconhecimento prático de que ninguém é dono da verdade. A democracia reconhece e respeita as tendências e os interesses opostos e procura chegar a um entendimento através da negociação. Seu instrumento é o diálogo, o entendimento, a abertura. Até mesmo no campo religioso, esse entendimento ganha hoje nova dimensão com o movimento ecumênico. A intolerância passa a ser substituída pela compreensão. Notável exemplo desse novo comportamento foi o *Te Deum* ecumênico celebrado na posse do Presidente do Chile, que marcou o fim da ditadura naquele país. Na porta da Catedral estavam presentes um bispo católico, um rabino judeu, um pastor protestante, um sacerdote muçulmano e um religioso oriental. De mãos dadas, numa oração em comum, depois de dar graças pelo retorno do país à democracia, assumiam o compromisso de trabalhar, dentro de suas comunidades, pelo fortalecimento do valor comum a todas as religiões: a fraternidade. Se somos filhos de Deus, somos irmãos.

Esse novo comportamento cultural – pluralista, solidário, fraterno –, superando as atitudes de violência ou indiferença, é o melhor caminho da educação para a paz.

"Liberdade, igualdade, fraternidade" foi a mensagem da Revolução Francesa. Mas a história vem mostrando que a *liberdade*, sem limitações éticas, inspiradora do liberalismo econômico, leva à exploração do fraco pelo forte. E, assim, sacrifica a igualdade. De outra parte, a *igualdade* imposta pela força, como pretendem os regimes totalitários, leva à destruição da liberdade. Só a *fraternidade*, com respeito à dignidade de todos os homens, é capaz de conciliar as aspirações humanas de liberdade e igualdade.

7. Conclusão

Dentro dessa perspectiva democrática, pluralista, participativa e social, abrem-se os caminhos a serem percorridos pelos países da América Latina, no seu esforço de superação do atraso e da miséria, que atingem amplos setores de sua população. Esse é o caminho da promoção de seu desenvolvimento sustentável e de sua inserção competitiva na economia mundial.

É importante repetir que para a América Latina, a opção é clara: integração ou atraso. O sonho da Pátria Grande de Bolívar é hoje o de

milhões de latino-americanos. Por isso, é oportuno lembrar as palavras de um grande líder de nosso continente, D. Helder Câmara:

“Quando sonhamos sozinhos, é só um sonho, mas, quando sonhamos juntos, é o começo de uma nova realidade”.

Essa nova realidade não será uma dádiva dos poderosos, mas a conquista dos que souberem lutar pela justiça e pela liberdade.

Prescrição no Direito Administrativo

CARLOS AUGUSTO DOS SANTOS FAIAS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Analogia e o estabelecimento de prazo prescricional. 3. Aspectos históricos e prescrição ordinária vigente no Direito Administrativo. 4. Conclusão.

1. Introdução

No universo das leis que ensejam a instauração de processos administrativos, existem aquelas que silenciam a respeito do prazo prescricional. É o caso, por exemplo, da Lei nº 4.131/62, de 3.9.62 (disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior); da Lei nº 4.595, de 31.12.64 (dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências), e da Lei nº 6.385, de 7.12.76 (trata do mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários). A esse respeito, observa-se a atual tendência que espelha denominador comum, a saber: o silêncio da lei significa *lacuna* a ser suprida pela *analogia*. E, para justificar o uso da *analogia*, reiteradamente tem servido de referência basilar o artigo 4º da Lei nº 4.657, de 4.9.42 (Lei de Introdução ao Código Civil).

Com esse entender, diante da pendente determinação do *prazo* prescricional, de caráter geral, válido para as situações subordinadas ao Direito Administrativo, proliferam os argumentos que indicam o lapso temporal de 2 (dois) e 5 (cinco) anos. Para tanto repetidamente são indicados vários parâmetros legais, a saber: § 5º do art. 37 da Constituição Federal; Lei nº 8.429/92; Lei nº 1.711/52, antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União; Lei nº 8.112/90; Lei nº 6.838/80 e também várias disposições do Código Penal Brasileiro.

Carlos Augusto dos Santos Faias é bacharel em Direito, Advogado em Curitiba (PR), Procurador Regional do Banco Central do Brasil e Membro Suplente no Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Nesse contexto, acolhendo o uso da analogia, com reconhecimento do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, recentemente foi a solução encontrada pela CVM (Comissão de Valores Mobiliários), no julgamento do Inquérito nº 9/93, instaurado com base na Lei nº 6.385/76 (CVM/Revista: jan.-abr./95, pp. 21-33).

Em sentido contrário, entendendo que inexistente prescrição na esfera administrativa a não ser em decorrência de expressa previsão legal, não sendo instituível o prazo pela via analógica, encontra-se o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) e, em primeira instância, o Banco Central do Brasil.

Mas, no âmbito das citadas Leis nºs 4.131/62, 4.595/64 e 6.385/76, que igualmente silenciaram a respeito de prazo prescricional, a rejeição do critério analógico, conforme se verá adiante, mostra-se coerente com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e também com os ensinamentos da doutrina dominante.

2. Analogia e o estabelecimento de prazo prescricional

Carlos Maximiliano apresenta tradicional ensinamento sobre a *analogia*. Esta tem seu fundamento maior, não na vontade presumida do legislador, mas sim no preceito de verdadeira justiça, a ser obtida mediante sistemática própria, que consiste na verificação das previsões *exemplificativas* existentes em outra norma jurídica, e sua aplicação às situações fáticas subordinadas a uma lei cuja lacuna/omissão será preenchida. E a metodologia é simples, a saber: em sendo de Direito *especial* ou *particular*, e havendo elementos de identidade comum, assim considerada a semelhança real, com mesma razão de decidir, e igualdade tanto na essência quanto nos efeitos (sem enganar-se com as afinidades aparentes ou semelhanças formais e secundárias), com segurança final de que não se está aplicando determinada norma senão à *ordem de coisas para a qual foi estabelecida*, a analogia surge como instrumento possível. Mas, em se tratando de Direito *excepcional*, espelhado em normas que se mostram *taxativas*, retratando situações de privilégios, liberdade, restrições, ou mesmo matéria relativa a finanças públicas (v.g., impostos, taxas, multas e outros ônus fiscais), não há que se aplicar a analogia. É o que se extrai da obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (9ª edição/1ª tiragem, Forense, RJ, 1980, pp. 206-15), cuja transcrição se mostra indispensável:

“(...) A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.” (p. 208);

“O manejo acertado da analogia exige, da parte de quem a emprega, inteligência, discernimento, rigor de lógica; não comporta uma ação passiva, mecânica. O processo não é simples, destituído de perigos; facilmente conduz a erros deploráveis o aplicador descuidado.

I – Pressupõe: 1ª) uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de *interpretação extensiva*; 2ª) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3ª) este elemento não pode ser qualquer, e, sim, *essencial, fundamental*, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, semelhança *formal*; exige-se a *real, verdadeira* igualdade sob um ou mais aspectos, (...), precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir em ambas a mesma razão de decidir. Evitem-se as semelhanças aparentes, sobre pontos secundários. (...);

II – Não bastam essas precauções, cumpre também fazer prevalecer, quanto à analogia, o preceito clássico, impreterível: não se aplica uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida” (...) (pp. 211-212);

III – “O recurso à analogia tem cabimento quanto a prescrições de Direito *comum*; não do *excepcional*, nem do *penal*. No campo destes dois a lei só se aplica aos casos que especifica. (...)

IV – Em matéria de *privilégios*, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a *liberdade*, ou *restringem quaisquer outros direitos*, não se admite o uso da analogia.

V – Quando o texto contém uma *enumeração* de casos, cumpre distinguir: se ela é *taxativa*, não há lugar para o processo analógico; se *exemplificativa* apenas, dá-se o contrário, não se presume restringida a faculdade do aplicador do Direito.

VI – As leis de finanças, as disposições instituidoras de impostos, taxas, multas e outros ônus fiscais, só abrangem os

casos que especificam; não comportam o emprego do processo analógico". (p. 213)

"Em resumo: (...); a analogia serve-se dos elementos de um dispositivo e com o seu auxílio formula *preceito novo*, quase nada diverso do existente, para resolver hipótese não prevista de modo explícito, nem implícito, em norma alguma." (p. 215)

Cretella Júnior in: *Dicionário do Direito Administrativo*, 1972, J. Bushatsky Editor, p. 252 comunga expressamente:

"Não é lícito, entretanto, à doutrina, quando é omissivo o direito positivo, criar direito novo e conceder benefícios que só o legislador pode outorgar. Cabe à lei fixar, de modo absolutamente preciso, o prazo prescricional";

E o renomado Alípio Silveira in: "*Rep. Encicl. do Direito Brasileiro*", v. III, v. *Analogia*, arremata com brilhantismo:

"(...) a *ratio legis* de caráter geral pode estender-se aos casos omissos, ao passo que a *ratio legis* de caráter excepcional há de ficar confinada aos casos que especifica."

Por sua vez, contando com a presença dos Ministros Cunha Peixoto, Moreira Alves, Leitão de Abreu e Eloy Rocha, por ocasião do julgamento do *Mandado de Segurança - MS-20.069*,¹ em sessão do Tribunal Pleno, de 24.11.76, o STF (Supremo Tribunal Federal) consolidou o soberano entendimento jurisprudencial: em matéria prescricional não se pode utilizar da analogia.

Vejamos as palavras do Ministro Moreira Alves, quando se expressou sobre o uso da analogia:

"Na espécie, há expressa disposição de lei (inciso II, letra a, art. 213 do Estatuto vigente), cujo espírito é mais amplo do que a letra, e abarca, sem limitação por omissão, todas as faltas, que não crimes, sujeitas à pena de demissão. O que implica dizer que, para haver exceção a esse princípio, é necessário que venha ela

expressa em texto legal. E isso não ocorre com a falta de que se trata nestes autos.

Por outro lado, em se tratando de interpretação extensiva, como se trata, ela se aplica até às normas que integram o denominado *ius singulare*, uma vez que, a partir de Helfert, em 1847, a doutrina vem acentuando que, no terreno dessas normas, só não se pode utilizar da analogia. (...)" (RTJ, v. 84, p. 788).

Tampouco o Ministro Cunha Peixoto (Relator), que argumentou pela imprescritibilidade e conseqüente denegação daquele processo disciplinar, destoou dos demais no que se refere ao uso da analogia em matéria prescricional (obra citada, p. 781), a saber:

"Só, portanto, a lei pode fixar o prazo prescricional (*Tratado de Direito Administrativo*, ed. Freitas Bastos, Rio, 1942, v. III, pp. 481-93).

Repetindo o eminente Ministro Themistocles Cavalcanti, por mais lamentável que seja, não é possível ao Juiz suprir a deficiência da lei, e aplicar a prescrição por analogia.

Ora, os Estatutos não prevêem a hipótese dos autos, isto é, em que o funcionário foi demitido por falta funcional. E, evidentemente, não é possível ao intérprete criar mais este caso.

É princípio da hermenêutica o interpretar estritamente as disposições sobre *prescrição e decadência*."

Vale dizer, em matéria prescricional, a rejeição do critério analógico se apresenta em harmonia com aquele havido no MS-20.069, pois, conforme demonstrado, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se contrário ao uso da analogia.

E, sob esse enfoque, apenas para efeito de análise comparativa, desta feita elegendo-se o art. 23 da Lei nº 4.131/62, observa-se que essa previsão legal diz respeito a operações cambiais realizadas por meio de contratos de câmbio, nos quais o banco e a corretora *respondem* pela identidade dos clientes contratantes. E a respectiva infração (falsa identidade declarada em formulário de câmbio), prevista no § 2º do citado artigo 23 da Lei nº 4.131/62, prevê multa a ser aplicada também aos bancos e corretoras.

Portanto, não guarda qualquer semelhança com situação tipicamente voltada para discussão que importe em demitir funcionário público, em especial por infringência ao compromisso

¹ Esse julgamento foi integralmente publicado no *Diário da Justiça* de 2.9.77 (p. 5969), no volume 84 (p. 773) da *Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)* e também no volume 135 (p. 78) da *Revista de Direito Administrativo (RDA)*.

decorrente do regime de tempo integral e dedicação exclusiva, tal como é o caso examinado pelo Supremo Tribunal Federal. A questão estava subordinada a um simples Decreto (nº 60.091, de 18.1.67, que era omisso quanto à prescrição). Utilizando-se da interpretação extensiva, com plena rejeição da analogia, a decisão final estendeu o prazo prescricional previsto em norma hierarquicamente superior, cuja pertinência do assunto constava na Lei nº 1.711, de 28.10.52, em seu art. 1º (antigo *Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e dos Territórios*):

“Art. 1º Esta lei institui o regime jurídico dos funcionários civis da União e dos Territórios.

Art. 2º Para os efeitos deste Estatuto, funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público; e cargo público é criado por lei, com denominação própria, em número certo e pagos pelos cofres da União.”

Mais adiante, no art. 213 dessa mesma Lei nº 1.711/52, a previsão prescricional está peremptoriamente vinculada às penas estipuladas no artigo 201:

“São penas disciplinares: I- repreensão; II- multa; III- suspensão; IV- destituição de função; V- demissão; VI- cassação de aposentadoria ou disponibilidade”.

Estas previsões, por sua vez, eram aplicadas exclusivamente aos funcionários públicos nas situações que derivassem do descumprimento aos deveres funcionais (art. 194 e seus nove incisos) ou inobservância das proibições existentes no art. 195.

Nesses aspectos, embora esse *Estatuto dos Funcionários Públicos* estivesse vigente até o ano de 1990, quando foi revogado pela Lei nº 8.112/90, o fato é que também não se vê qualquer correspondência com a realidade encontrada na Lei nº 4.131/62.

O mesmo ocorre em relação ao § 5º do art. 37 da Constituição Federal promulgada em 1988, onde a prescrição está condicionada a futura lei que a “estabelecerá” (com previsão de que deve restringir-se ao caso de haver *prejuízo ao erário*), subordinando, não só o funcionário público, mas também qualquer *agente, servidor ou não*, o qual, por certo, somente pode ser entendido como sendo *agente público*:

“Capítulo VII – Da Administração Pública. Seção I – Disposições Gerais.

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (...)

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

E, posterior à promulgação da Constituição, sobre esse assunto, a primeira Lei editada foi a de nº 8.112, de 11.12.90 que *dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*, a qual, além de estabelecer três sucessivos prazos prescricionais (art. 142), manteve-se restrita ao servidor público:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público. (...)

Art. 3º *Cargo público* é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.”

A segunda lei, de nº 8.429, de 2.6.92, desta feita regulamentando a previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, (*dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*), conceitua taxativamente:

“Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei.

Art. 2º *Reputa-se agente público*, para os efeitos desta Lei, *todo aquele que exerce*, ainda que transitoriamente

ou sem remuneração, por eleição ou nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, *emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior*. (...)

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

(...)

Capítulo VII – Da Prescrição

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I – até *cinco anos* após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II – dentro do prazo prescricional *previsto em lei específica para faltas disciplinares* puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.”

Mas, a respeito de agentes públicos, é na doutrina dominante que se encontra depositado o minucioso saber.

Nas palavras de J. Cretella Júnior, são “todas as pessoas físicas que participam de maneira permanente, temporária ou acidental, da atividade do Estado, seja por atos jurídicos, seja por atos de ordem técnica e material”. O autor complementa, ainda, que o conceito abrange “todos aqueles que, sem distinção de função, são chamados, de um modo ou de outro, para colaborar no funcionamento dos serviços destes corpos públicos”; e culmina com o seguinte remate: a “expressão agente público é então muito mais vasta que a expressão funcionário público e compreende, além dos funcionários públicos, propriamente ditos, uma grande quantidade de outros indivíduos engajados pelo Estado.” (*Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., Forense, RJ, 1993, p. 413.)

Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 13ª edição, 2ª tiragem, pp. 49 e 54), na mesma esteira de entendimento, ensina:

“Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente

desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. (...)

Os cargos, como já vimos são apenas os lugares criados no *órgão* para serem providos por *agentes* que exercerão as suas *funções* na forma legal. O cargo é lotado no órgão e o agente é investido no cargo. Por aí se vê que o cargo integra o órgão, ao passo que o agente, como ser humano, unicamente titulariza o cargo para servir ao órgão. *Órgão, função e cargo* são criações abstratas da lei; *agente* é pessoa humana real, que infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais.

(...) Todo *agente público* se vincula ao Estado por meio de ato ou procedimento legal a que se denomina *investidura*, variável na forma e nos efeitos, segundo a natureza do cargo, da função, ou do mandato que se atribui ao investido.”

Por sua vez, Diógenes Gasparini amplia o conceito, estendendo-o às pessoas jurídicas, e relaciona inúmeros exemplos elucidativos (“Direito Administrativo”, 3ª edição, Editora Saraiva, 1993, pp. 41-42):

“VII – AGENTES PÚBLICOS. 1. Conceito. – (...) Podem ser definidos como todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade.

A noção alcança, em razão de sua abrangência, o *Presidente da República*, os *Governadores dos Estados-Membros e do Distrito Federal*, os *Prefeitos*, os *Ministros*, os *Secretários de Estado e Município*, os *Senadores*, os *Deputados Estaduais e Federais*, os *Vereadores*, os *servidores públicos civis* (da administração pública direta, autárquica e fundacional pública), os *servidores governamentais* (das sociedades de economia mista, empresa pública e fundações privadas), os *delegados de serviços públicos* (concessionários, permissionários e autorizados), os *requisitados* (mesários, escrutinadores e jurados), os *temporários* (admitidos nos termos do inc. IX do art. 37 da CF), os *gestores de negócios públicos* (os que assumem o serviço público em

razão do abandono de seus responsáveis) e os delegados de função ou ofício público (tabeliães, titulares de serventias públicas, diretores de faculdades). Em resumo, a noção abarca todos os que desempenham função pública e, por certo, enquanto a desempenham, independentemente da forma de investidura e da natureza da vinculação que os prende à Administração Pública, se existir algum liame. (...)

3. Caracterização e importância. (...)

Com efeito, só se tem agente público quando alguém está investido em uma função pública e se a natureza dessa função for pública."

Destarte, a respeito da prescrição das faltas disciplinares, o conjunto dessas uniformes lições doutrinárias, em consonância com as respectivas disposições legais, permite afirmar que o texto constitucional inovou tão-somente em relação à sujeição de novas situações que estabeleceu. Mas, ainda assim, e até mesmo levando-se em consideração as Leis nºs 8.112/90 e 8.429/92, permanece inalterado o entendimento de que nem todas as infrações administrativas estão subordinadas ao efeito prescricional desses diplomas legais, em especial as consideradas nos parágrafos do art. 23 da Lei nº 4.131/62.

De conseqüência, não procedem os argumentos que se apóiam no art. 37, § 5º, da Constituição Brasileira, para dizer que todos os atos da Administração automaticamente estariam subordinados ao instituto da prescrição. A referida disposição constitucional não se apresenta com esse caráter geral. Ao contrário, conforme antes demonstrado, revela-se com nítida qualidade de *excepcional*, restringindo-se aos casos já especificados nas duas leis promulgadas posteriormente, entre as quais não se enquadram as situações previstas na citada lei que regula a matéria cambial.

Enfim, no caso dos bancos e corretoras, que exercem atividade cambial, jamais poderão ser reconhecidos, sequer em semelhança, na figura de *agente público, servidor ou não*, pois não estão devidamente investidos em cargo público, tampouco prestam serviços que estejam sob a responsabilidade da administração pública, ou mesmo que desempenham qualquer emprego ou função nas entidades elencadas no já referido art. 1º da Lei nº 8.429/92, bem como na antiga Lei nº 1.711/52 e sua sucessora, Lei nº 8.112/90.

Além disso, agora sob outro enfoque, os preceitos da Lei nº 6.838/80 também não se harmonizam com a referida realidade da Lei nº 4.131/62. O artigo 1º bem especifica que a prescrição se aplica ao *profissional liberal*, in verbis:

"A punibilidade de *profissional liberal*, por falta sujeita a processo disciplinar, através de órgão em que esteja inscrito, prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data de verificação do fato respectivo."

O profissional liberal pressupõe pessoa física, com profissão titulada, vinculado somente ao próprio exercício de sua atividade independente, não se podendo conceber a possibilidade de abranger os bancos e corretoras. Estas são pessoas jurídicas de direito privado, com natureza invariavelmente distinta daquela encontrada no profissional liberal, conforme se deduz do conceito dado por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (*Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Editora Nova Fronteira, 2ª edição, p. 1389):

"*Profissão*. 1. Ato ou efeito de professar.

2. (...*omissis*)

3. Atividade ou ocupação especializada, e que supõe determinado preparo: a *profissão* de engenheiro, a *profissão* de motorista.

4. (...*omissis*)

5. Profissão que encerra certo prestígio pelo caráter social ou intelectual: a *profissão* de jornalista, de ator; as *profissões liberais*. (...)

Profissional liberal. Profissão de nível superior caracterizada pela inexistência de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos."

Nem se diga, igualmente, que a autorização do Banco Central do Brasil, por si só, possa alterar o caráter particular das atividades dos bancos e corretoras, ou mesmo dar-lhes a imprópria feição de *profissional liberal*, com a contrapartida de desfigurar a administração pública, reduzindo-a a simples *órgão competente* com feições de entidade de classe profissional.

Tal permissão é apenas uma, entre outras, imprescindíveis às atividades ligadas ao Sistema Financeiro Nacional, em especial porque, no caso dos bancos e corretoras, não estão reduzidas a *câmbio*. Em relação às corretoras, as

atividades também se estendem a *Titulos e Valores*. Dependem, pois, de outras autorizações similares (v.g., expedidas pela Prefeitura Municipal, Secretaria da Fazenda Estadual e Federal, Comissão de Valores Mobiliários etc.), e em nenhuma delas se estabelece suficiente transformação jurídica, capaz de equivaler aos termos da citada Lei nº 6.838/80 (diploma legal este que “dispõe sobre o prazo prescricional para punibilidade de profissional liberal, por falta sujeita a processo disciplinar, a ser aplicada por órgão competente”).

No caso do Banco Central do Brasil, a autorização restringe-se ao *mercado de câmbio*, conferindo aos bancos a possibilidade de celebrarem as operações cambiais; e, às corretoras, uma atividade que consiste em *intermediar* as partes que celebram o contrato de câmbio, vale dizer, no contato direto com o cliente e sua aproximação com os *bancos* operadores em câmbio; bem como o preenchimento e encaminhamento dos respectivos formulários de contratos de câmbio.

Essa atuação típica, que respectivamente se inclui no objeto social dos bancos e corretoras, e, por certo, assim delineado no instrumento particular que constitui o contrato social dessas empresas, não guarda qualquer relação de igualdade com os serviços tipicamente públicos, ou mesmo com aqueles que delimitam, em sua natureza, o profissional liberal. Ou melhor, mesmo sujeita à fiscalização do órgão público, permanece inalterada a peculiar atividade privada dos bancos e corretoras.

Posto isso, e diante das demais considerações até aqui expostas, restou evidenciado que em matéria prescricional a analogia mostra-se inconsistente. Mas, apesar disso, o tema *prescrição* é exuberante, o que nos remete ao restante das possibilidades jurídicas que conduzem à fixação do prazo prescricional.

José Cretella Júnior concorda com o princípio da *prescritibilidade*. Em sua obra *Comentários à Constituição Brasileira de 1988* (vol. IV, 1988, Forense Universitária), ao analisar o respectivo § 5º do art. 37 (na p. 2.259), em capítulo denominado *Prescrição de Ilícitos que Causem Prejuízos ao Erário*, reportando-se à prescrição das faltas imputáveis aos funcionários públicos, fez sua própria distinção: ilícito administrativo puro e penal administrativo. A partir dessa classificação estabeleceu que a adoção do prazo prescricional dependeria da

modalidade do ilícito administrativo. Calcou-se, portanto, na premissa de que a prescrição surgiria da análise do caso concreto. Havendo características de *ilícito administrativo puro*: *valeriam as regras prescricionais do direito administrativo*; sendo *ilícito penal administrativo*: de penas mais graves (v.g., demissão), a subordinação se daria às regras da prescrição penal. Com esse critério o autor procurou estabelecer a metodologia a ser aplicada em razão do parágrafo único do art. 213 da Lei nº 1.711/52 (vigente na época da promulgação da Constituição): “a falta administrativa também prevista em lei penal como crime prescreverá juntamente com este” (antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e dos Territórios). Essa proposição não surgiu com base na analogia, mas na interpretação extensiva (p. 2.279 da mesma obra), para isso apoiando-se na decisão do STF, havida no julgamento do já comentado MS-20.069.

No entanto, aquele *Estatuto* encontra-se revogado em face da legislação posterior, em especial da Lei nº 8.429/92, que é a lei a que se refere a previsão constitucional do § 5º do art. 37.

Porém, mesmo que se desejasse ampliar o ensinamento do referido doutrinador, com objetivo final de obter uma *regra geral*, agora considerando-se a atual Lei nº 8.429/92, ainda assim a barreira seria intransponível, pois, também expressa situações de caráter invariavelmente *excepcional*. Com essa característica jamais poderia ser reconhecido como *regra geral*, disso resultando a impossibilidade de se vincular, ao Direito Penal, sob qualquer pretexto, as demais situações não pertinentes a funcionários ou agentes públicos, as quais, de igual forma, ensejam instauração de processo administrativo.

E, nesse aspecto, embora sem discutir a prescrição, mas com perfeita suficiência para esclarecer o procedimento a ser adotado para as demais situações que escapam às previsões da Lei nº 8.429/92, o STF (Supremo Tribunal Federal), em sessão de 19.10.89, por ocasião do julgamento do MS nº 20.947, assim proclamou: “Insubordinação do procedimento administrativo ao processo penal. *Autonomia das responsabilidades civil, disciplinar e criminal e de suas respectivas sanções*”. A questão versava matéria disciplinar que estava submetida a dois processos, respectivamente das esferas penal e administrativa (com base no aludido *Estatuto*, Lei nº 1.711/52). Desse julgamento unânime, o voto do Ministro Paulo Brossard (Relator)

ênfatisa a independência do Direito Administrativo (RDA, v. 178, pp. 43-44), a saber:

"O impetrante subordina o inquérito administrativo ao processo criminal e seu desfecho condenatório, quando são autônomas a responsabilidade disciplinar e a criminal, e independentes as respectivas sanções, que podem coincidir ou não, sem que haja, *bis in idem*, no caso da coincidência, Lei nº 1.711, de 1952, art. 200, Decreto nº 59.310, de 1966, art. 369".

No mesmo sentido, há o julgamento do MS nº 20.948, de 12.10.89, também do Supremo Tribunal Federal (RDA - 178/45): "O procedimento disciplinar independe de inquérito de natureza penal". Nesse julgamento o voto do Relator Ministro Francisco Resek foi taxativo:

"A vinculação do procedimento administrativo à ação penal, invocada pelo impetrante, não existe: é pacífico o entendimento de que ambas as instâncias são independentes."

Hely Lopes Meirelles e, embora de modo resumido, mas seguindo idênticos fundamentos, Diógenes Gasparini (in: *Direito Administrativo*, 3ª ed., 1993, Saraiva, pp. 567-568) também se mostram favoráveis à *prescritibilidade* no Direito Administrativo. Mas, por abrir capítulo novo, totalmente desvinculado do dominante entendimento jurisprudencial e doutrinário, e, ainda, por ser fonte de sustentação da atual tendência de se instituir prazo prescricional por meio do critério analógico, mostra-se indispensável analisar os ensinamentos do renomado doutrinador Hely Lopes Meirelles.

Em sua monumental obra *Direito Administrativo Brasileiro* (sob exame a 13ª ed., 2ª tiragem, 1988), o insigne autor aborda a prescrição em dois capítulos distintos, a saber: "Prescrição Administrativa" e "Prescrição" (respectivamente, pp. 578-79 e 621-23). Nesses capítulos, a prescrição é apresentada com distinções substanciais. O único ponto comum encontrado, conforme adiante será demonstrado, refere-se ao Decreto nº 20.910/32, ao qual o autor erroneamente atribui *caráter geral* à prescrição ali contida, disso pressupondo que estaria abrangendo todas as ações pessoais da Fazenda Pública.

Neste último, intitulado de "Prescrição", e dando enfoque sumário, Hely Lopes comunga com os demais autores, reconhecendo:

"A prescrição das ações a favor ou contra a Fazenda Pública rege-se pelos princípios do Código Civil, salvo as peculiaridades estabelecidas em leis especiais."

Por sua vez, no primeiro capítulo, relativo à "Prescrição Administrativa", Hely Lopes Meirelles fala da prescrição extintiva e adota o entendimento de que "a prescrição, como instituto jurídico, pressupõe a existência de uma ação judicial...". Sem pormenorizar, deixa a entender que na esfera administrativa não existe o requisito *ação judicial*, concluindo que o termo *prescrição administrativa* é impróprio para as situações que envolvam servidores públicos e, de igual forma, quando encerra direitos e obrigações dos particulares perante o poder público.

Afirma, ainda, que a prescrição administrativa "opera a preclusão da oportunidade de atuação do poder público sobre a matéria sujeita a sua apreciação". Adverte, porém, e novamente o faz sem maiores esclarecimentos das razões que o levaram a esse pormenor, que "não se confunde com a prescrição civil, nem estende seus efeitos às ações judiciais (v. adiante, item V), pois é restrita à administração e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer". (E verificando-se o "item V", a que se reporta o autor, observa-se que se trata de assunto diverso e sem correlação com o tema *prescrição*).

A partir disso, referindo-se à falta de lei fixadora do prazo prescricional, e rebelando-se ante a possibilidade de reinar a suposta imprescritibilidade, concluiu:

"A esse propósito o Supremo Tribunal Federal já decidiu que 'a regra é a prescritibilidade' e que esta ocorre no prazo de quatro anos para as penalidades disciplinares do funcionalismo federal (16)². Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo de prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Decreto nº 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei nº 6.838/80) e para cobrança do crédito tributário (Código Tributário Nacional, art. 174)."

Em que pese a grandeza jurídica do respeitável Hely Lopes Meirelles, ao buscar uma regra

² A nota (16) do autor corresponde a: "STF RDA 135/78".

geral de prescrição para o Direito Administrativo, desprezou os consagrados princípios de hermenêutica, os quais, conforme antes detalhadamente demonstrados, inviabilizam o uso da analogia quando aplicada a partir de preceitos legais que expressam *excepcionalidades*. E, embora o mestre tenha dito "à semelhança da prescrição das ...", o fato é que os parâmetros que eleger nada têm de *semelhanças*. A publicação havida na *RDA-Revista de Direito Administrativo* conforme retroapreciado, refere-se ao julgamento do Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), no MS nº 20.069. O mesmo acontece com a Lei nº 6.838/80 (relativa aos profissionais liberais). Por sua vez, a respeito de dívidas ativas da Fazenda Nacional, nas quais o Estado é credor, o Código Tributário Nacional também aparece como exceção (art. 174: "A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva").

Dos parâmetros legais apontados, todos comportam situações *excepcionais* e, por isso, devem ser interpretados restritivamente. Sendo exceções, e justamente por essa razão, nenhum deve ser utilizado como *regra geral* de prescrição, com caráter *ordinário* para o processo administrativo.

Por sua vez, sobre esse prisma, o Decreto nº 20.910/32 ainda não foi analisado; no entanto a conclusão é idêntica. O referido diploma legal não estabelece a "prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública", conforme faz crer o Mestre Hely Lopes. O referido normativo não se apresenta com esse caráter geral de abranger *todas as ações pessoais* movidas contra a Fazenda Nacional. Apenas "regula a prescrição quinquenal" (*sic*) para as *dívidas passivas* da União, dos Estados e dos Municípios (aquelas em que o Estado é devedor, seja qual for a sua natureza). Não engloba as *dívidas ativas* (que também pertencem ao rol das ações pessoais e não se resumem a créditos tributários). Dessa forma, abrangendo somente as dívidas passivas, bem como direito ou ação contra a Fazenda, a citada lei deixa claro que o prazo prescricional é a favor do Estado e, portanto, contra o particular (na mesma situação, entre si mesmas, a Fazenda federal, estadual e municipal). É o que se pode constatar na leitura do art. 1º do mencionado Decreto nº 20.910/32, que retrata:

"As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a

Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originou."

Observa-se, assim, que o renomado autor ambicionou, na esfera do Direito Administrativo, uma relação de igualdade. Propôs que o secular privilégio do Estado também fosse estendido ao *particular* (quanto aos funcionários públicos e aos servidores da administração, conforme antes esclarecido, a prescrição quinquenal já se encontra consolidada nas Leis nºs 8.112/90 e 8.429/92).

Merece comentário, também, o referido entendimento de Hely Lopes Meirelles, na parte em que, diferenciando a prescrição de *ação judicial*, considerou que não se confundia com a administrativa, disso concluindo que não se influenciam reciprocamente. Cabe destacar, nesse aspecto, que os mencionados diplomas legais, indicados como parâmetros básicos para estabelecimento de prazo prescricional, provêm de legislação mansamente consolidada e largamente utilizada nas mais variadas ações judiciais.

Esse fato permite evidenciar a existência de relativo conflito no pensamento do autor, pois, em última análise, tendo claramente proposto o uso da analogia, com aproveitamento daqueles prazos também para todas as situações que impliquem processos administrativos, fica evidente que não obedeceu à própria distinção que apontou existir a respeito de prescrição de *ação judicial*.

Além disso, não desperta pleno convencimento a implícita diferenciação feita sobre o conceito de *ação*, seja ela *judicial* ou *administrativa*. A princípio sobram argumentos para pensar que estas são espécies e aquela (*ação*) é o gênero.

Em seu eixo basilar, é de notório conhecimento que a *ação* se reveste de um direito tutelar, vale dizer, a todo Direito corresponde uma *ação*. *A contrario sensu*, desprovido de *ação* o Direito Administrativo jamais poderá se firmar como *Direito*, não terá meios de assegurar qualquer peculiar interesse juridicamente protegido. Sem *actionis* não há que se falar em *processo*, tampouco será possível estabelecer uma *pretensão*. Sem ela não há que se falar em plena defesa. Sem ela não se estabelece a figura do *sujeito ativo* e do *sujeito passivo*. Sem a *ação*, resultará impossível aplicar o Direito e, sobretudo, alcançar a plenitude da *Justiça*.

Assim, se o mestre não estava convencido a respeito da peculiar abrangência da *ação*, jamais poderia ter sugerido o estabelecimento de prazo prescricional, de caráter geral para o Direito Administrativo, porque, em última análise, sem a *ação* também não haverá razão jurídica que se mostre suficiente para justificar a aceitação da *prescrição*. E a *ação* não perde sua primordial natureza só porque passa para a esfera do Direito Administrativo. A *action* é o primeiro dos componentes básicos que permite desempenhar a feição dinâmica do Direito. Em seu efeito, a *prescrição* atinge primordialmente a *ação*, estancando tudo que dela derive, conforme bem demonstra o pronunciamento do juiz Otávio Stucchi (em sentença de 4.12.53, cf. RT-548/549):

“Ademais, o Código Civil regula, sem limitações, o instituto da *prescrição*, visando as *ações*. Em que pesem aos bons argumentos de Chironi e Abello, a *prescrição* é instituto peculiar às *ações*, o que prescreve é a *ação* (...).

A *ação* considerada do ponto de vista social, é o princípio tutelar que a sociedade insere em cada direito, e por meio da qual ela se interpõe entre o portador do direito e o seu ofensor.”

Observa-se, ainda, que o renomado autor não teria investigado detidamente acerca da possível existência de uma *prescrição ordinária*, vigente também para o Direito Administrativo, em especial a ser aplicada nas situações não abrangidas por eventual *regra excepcional*. Denota-se, à luz do que escreveu, que considerou o caminho inverso: partindo de esparsas *leis excepcionais*, e libertando-as dos restritos casos especiais a que estão sumariamente confinadas, logrou dar-lhes caráter de *prescrição ordinária* válida para a integral complexidade de situações jurídicas passíveis de instauração de processos administrativos, sejam disciplinares ou não.

Vale dizer, em última análise, é a confirmação de que Hely Lopes Meirelles, ao conjecturar que a *prescrição* pressupõe a existência de uma “*ação judicial*”, estabeleceu a premissa de que a *prescrição administrativa* “não se confunde com a *prescrição civil*” (*sic*). A partir daí, mesmo diante das supostas implicações derivadas dessa diferenciação, que entendeu haver entre o gênero (*ação*) e a espécie (*judicial*), paradoxalmente rejeitou o consagrado reconhecimento de que o instituto da *prescrição*, em especial a *ordinária*,

é matéria de Direito Público, e, conforme se verá adiante, historicamente veio contemplada no Direito Civil.

Entretanto, embora o resultado da mimuciosa análise até aqui empreendida permita extrair as conclusões acima descritas, ainda assim, talvez não seja equívoco do Mestre. Talvez fosse apenas uma idéia mal expressa: “à *semelhança* da *prescrição* das...”. Pode-se até supor que, em relação à inigualável colaboração que efetivou ao Direito Administrativo, no seu intento de “sistematização da teoria geral aplicável a todos os procedimentos jurisdicionais da Administração” (*sic*, op. cit., p. 588), ainda guardava o latente desejo de que deveria ser instituída *prescrição* com prazo menor, mas de caráter ordinário; enfim, uma regra prescricional específica para o Direito Administrativo.

Todavia, mesmo nessa hipótese, em matéria de *prescrição administrativa*, o que não parece prudente admitir é a utilização desse desejo pendente de concretização, tal como se fosse um axioma capaz de prevalecer sobre o estável resultado das árduas conquistas doutrinárias e jurisprudenciais e, ainda, simultaneamente, reduzir a mero instrumento inútil os peculiares critérios da hermenêutica jurídica.

A superior jurisprudência e doutrina dominantes proclamam, a uma só voz, que a *analogia* definitivamente não pode ser empregada a partir de previsões normativas de caráter *excepcional*.

De conseqüência, à luz de qualquer das hipóteses legais examinadas (tanto aquela aferida no julgamento do MS nº 20.069, quanto as previstas legalmente: art. 37, § 5º, da Constituição Federal e sua correspondência com a Lei nº 8.429/92; Lei nº 1.711/52, antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, ou mesmo seu sucessor, a atual Lei nº 8.112/90; a Lei nº 6.838/80 e, ainda, qualquer das disposições especiais contidas no Código Penal), inexoravelmente chega-se à conclusão que apresentam nítido caráter *excepcional*, jamais podendo consagrar-se em *prazo ordinário*, de caráter geral para o Direito Administrativo, válido para as situações previstas em leis que são omissas em relação ao prazo prescricional.

E, nesse dizer, não se está simplesmente excluindo a aplicação do art. 4º da Lei nº 4.657, de 4.9.42 (Lei de Introdução ao Código Civil), porque supostamente estaria regulando situações de Direito Privado. Ao contrário, além da

analogia, é de se reconhecer que esse diploma legal, desde o início, estipula vários princípios de ordem pública; mas, no caso da prescrição, a aplicação analógica se apresenta como instrumento impróprio, com características que denotam precariedade intransponível.

3. *Aspectos históricos e prescrição ordinária vigente no Direito Administrativo.*

Embora a análise jurídica até aqui empreendida tenha permitido concluir a questão que diz respeito ao uso da *analogia* (na especial tarefa de reconhecer prazo prescricional que supra a omissão da Lei nº 4.131/62), o mesmo não sucede em relação ao exuberante contexto jurídico sob o qual se apresenta a matéria sob enfoque. O tema *prescrição* não se mostra esgotado. Por essa razão, merece análise complementar, desta feita com novo exame de nosso ordenamento jurídico, inclusive sob os breves aspectos históricos que permitem mostrar a evolução desse instituto no Brasil.

Atualmente, a questão da prescrição administrativa tem seu debate em torno de um ponto comum: existência ou não, de *regra geral* que solucione as situações subordinadas a uma lei que não prevê prazo prescricional. A partir disto, em resumo, ocorre fatal desdobramento: *prescritibilidade* ou *imprescritibilidade*.

Quanto aos argumentos que justificam a *tese da prescritibilidade*, observa-se que não se apresentam suficientemente claros: apontam as várias *regras excepcionais* que desejam ver transformadas em *regra geral*. O que apenas implicitamente permitem transparecer é o entendimento de que a prescrição, *excepcionalmente* aludida na Constituição Federal (art. 37, § 5º) estaria implicando, em contrapartida, automático reconhecimento de que a *prescritibilidade* é a regra geral no Brasil. Esse parece ser o alicerce maior, ou seja, sob o forte argumento lógico de que uma regra *excepcional* somente se justifica diante da existência de outra, desta feita de caráter *geral*, conforme consagrado no antigo brocardo *Specialia generalibus insunt*, ou seja, “o que é especial, acha-se incluído no geral” (Gaio, no *Digesto*, liv. 50, tit. 17, frag. 147).

No entanto, o convencimento final inequivocamente esbarra na falta da indicação de previsão legal comum que retrate prazo de prescrição com caráter ordinário, ao qual obrigatoriamente estarão

subordinadas as situações que não sejam excepcionais ou abrangidas por leis especiais.

Na Constituição Federal não se vê a consagração desse prazo ordinário: o § 5º do art. 37, não generalizou; apenas determinou que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados pelo agente, servidor ou não. Vale dizer, essa previsão constitucional resultaria natimorta se posterior lei não fosse sancionada (e, conforme antes referido, foram editadas duas leis). Resulta evidente o caráter puramente *excepcional* dessa norma, sem qualquer resquício que permita interpretá-la como *regra geral*.

Por sua vez, de modo oposto, a tese da *imprescritibilidade* também deriva da omissão legal em relação ao prazo prescricional. Nesse entender, a prescrição obrigatoriamente deve ser prevista em lei. No silêncio da lei não há prescrição. Predomina outro argumento lógico, igualmente forte, que se conhece por meio do brocardo jurídico *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (“Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”). No tocante à analogia e à interpretação extensiva, dadas as suas peculiaridades, impera a lógica de que não podem ser utilizadas no estabelecimento de prazo prescricional, em especial quando os eleitos parâmetros legais apresentarem previsões de caráter *excepcional*, sem qualquer relação de semelhança com o caso concreto.

Na esfera do Conselho Monetário Nacional (CMN), enquanto órgão recursal das questões relativas à matéria cambial (Lei nº 4.131/62), e também no atual âmbito do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), bem assim, em primeira instância, o Banco Central do Brasil, a *imprescritibilidade* se apresenta reforçada por preceito proibitivo. No caso de processos administrativos cuja lei é omissa, se aceitar a tese contrária, de *prescritibilidade*, e por meio da *analogia* escolher determinado prazo prescricional, a ser extraído de uma regra *excepcional*, o administrador público inevitavelmente estará invadindo seara alheia, mormente de competência do Poder Legislativo, o que lhe é vedado. Além disso, implica completo prejuízo para sua atividade pública porque, encerrando inescusável *poder-dever*, o administrador público está obrigado a seguir as orientações ditadas pelos princípios da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade* e *publicidade* (art. 4º da Lei nº 8.429/92).

Melhor resumindo: as teses da prescritibilidade e da imprescritibilidade, embora de origem comum, apresentam-se com diferenças substanciais. Esta, apesar de reconhecer a natural consistência da regra geral da prescrição, rejeitou que a analogia fosse aplicada a partir de prazos prescricionais contidos em leis *excepcionais* e, preocupando-se em não legislar, não criar regras de direito, deixou evidente que só por meio da promulgação de lei específica é que reconhece a solução da questão; aquela, apoiada na mesma lógica que a leva ao preceito geral de prescritibilidade, mas, por meio do emprego da *analogia*, a partir de variados prazos contidos em leis *excepcionais*, peremptoriamente buscou determinar o prazo prescricional.

E o traço comum, é que as duas correntes avaliaram somente as regras *especiais*, seguindo pelo caminho inverso, ou seja: partindo da regra *excepcional*, avaliaram somente a possibilidade ou não de aceitá-la como regra *geral*, de caráter *ordinário*. Das teses, uma rejeitou, outra aceitou.

E, nesse contexto, desperta imensa atenção o fato de que em qualquer das teses, não se encontra detida avaliação histórica da prescrição no Brasil, com abordagem da tradicional supremacia do Estado em relação ao particular e, ainda, a prescrição ordinária existente desde o tempo do Império. Conforme se verá adiante, são as lições sobejamente registradas nos valiosos estudos de consagrados doutrinadores, v.g., Carlos Maximiliano, Themistocles Brandão Cavalcanti, Brenno Fischer, Antonio Luís da Câmara Leal, Luiz F. Carpenter (em obra atualizada em 1958, por Arnoldo Wald), João Franzen de Lima, Maria Celina Betino, Augusto Zenun, José Cretella Júnior, Celso Magalhães, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Marcelo Caetano, em contraste com os ensinamentos, já analisados, de Hely Lopes Meirelles, e a cujos fundamentos perfilhou Diógenes Gasparin e, depois, Caio Tácito (*RDA*, v. 196, 1994, p. 285), Geraldo de Camargo Vidigal, Arnold Wald e, ainda, Francisco Augusto da Costa e Silva (por ocasião do julgamento ocorrido em 17.11.94, no Inquérito Administrativo CVM sob nº 9/93; com manifestação de voto publicada na *CVM/Revista*: jan./abr. 95, pp. 21-33).

A essa altura, diante das circunstâncias e

do merecedor respeito que se nutre por estes renomados juristas que de algum modo perfilham qualquer das teses mencionadas, pede-se a *maxima venia* para dizer que resulta imprescindível a análise das *completivas* lições daqueles citados doutrinadores, não sendo necessária sagaz eloquência para justificar a razão que se empresta a essa atitude: é suficiente o simples fato de que a doutrina *ensina*, é fruto do saber que se acumula por meio de sucessivas pesquisas, de estudos, os quais geram registros que permitem visualizar a memória evolutiva do *saber* jurídico, do Direito. Romper com a doutrina já consolidada, mesmo parcialmente, significa desligar-se do passado e arcar com o ônus de construir saber já definido, com evidente risco de repetir, desnecessariamente, os mesmos erros que outrora permitiram atingir a perfeição do saber. Enfim, prevalece o superior dever de conservar a doutrina em sua plenitude, sem omitir as perfeições ou enganos colhidos no passado remoto e, sobretudo, possibilitando a sua efetiva participação no esclarecimento das dúvidas renascidas no tempo presente, conservando-a, na definição de José Cretella Júnior, como “extraordinário elemento de formação do direito, que influi e continua a influir de maneira poderosa e irretorquível na estruturação das teses fundamentais em jogo nos vários sistemas” (*Tratado de Direito Administrativo*, v. I, Forense, RJ, p. 314).

E, ao que se pretende, válido é iniciar sob o imprescindível prisma da hermenêutica jurídica, pois, décadas antes já tinham sido constatadas e bem sintetizadas na invulgar lógica de Carlos Maximiliano (obra citada, p. 235), cuja transcrição merece atenção especial porque estampa, de modo infalível, as atuais questões prescricionais suscitadas a partir das teses antes descritas:

“Quanta dúvida resolve, num relâmpago, aquela síntese expressiva – *interpretam-se restritivamente as disposições derogatórias do Direito comum!*”

Responde, em sentido negativo, à primeira interrogação: o Direito excepcional comporta o uso da *analogia*? Ainda enfrenta, e com vantagem, a segunda: é ele compatível com a *exegese extensiva*? Neste último caso, persiste o adágio em amparar a recusa; acompanham-no reputados mestres; outros divergem, porém mais na aparência do que na

realidade: esboçam um *sim* acompanhado de reservas que o aproximam do *não*. Quando se pronunciam pelo efeito extensivo, fazem-no com o intuito de excluir o *restritivo*, tomado este na acepção tradicional. Timbram em evitar que se aplique *menos* do que a norma admite; porém não pretendem o oposto – ir além do que o texto prescreve. O seu intento é tirar da regra *tudo* o que na mesma se contém, *nem mais, nem menos*” (sic).

E a solução a ser adotada quando se está diante da impossibilidade de aplicação da analogia, segundo a cristalina exatidão hermenêutica do mesmo Carlos Maximiliano (obra citada), é considerá-las sujeitas à *regra geral*:

“*Prescrição*. Submetem-se à *exegese* estrita as normas que introduzem casos especiais de prescrição, porque esta limita o gozo de direito; rigor igual se exige para as disposições que declaram certos bens *imprescritíveis*, por importar isto em *privilegio*” (p. 234).

“Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limites evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas” (p. 247).

“(…) O fundamento da primeira restrição é o seguinte: o processo analógico transporta a disposição formulada para uma espécie jurídica a outra hipótese não contemplada no texto; ora quando este só encerra exceções, os casos não incluídos entre elas consideram-se como sujeitos à *regra geral*” (p. 213).

“Quando a linguagem deixa margem a dúvidas, orienta-se o hermenauta pelos motivos e os fins do preceito; se ainda assim a incerteza persiste, conclui pela *regra geral*, prefere considerar meros *exemplos* as hipóteses figuradas no dispositivo” (p. 234).

“É de Direito estrito; reduz-se à hipótese expressa; na dúvida, segue-se a *regra geral*. Eis porque se diz que a

exceção confirma a regra nos casos não excetuados” (sic, p. 234).

Ou seja, a *regra geral* reiteradamente apontada, *in casu*, é a *prescrição ordinária*. E disso decorre a indagação: excetuando-se os casos subordinados a prazo especial, qual é a *prescrição ordinária* vigente para o Direito Administrativo? A resposta exige cautela e não precipitação; condiciona-se à prévia verificação que permita ter a certeza de que não se trata de *saber já* definido; impõe minucioso exame da memória evolutiva da prescrição, de sua história no Brasil.

A doutrina nos mostra que o assunto relativo à *prescrição* remonta ao tempo do Império e, desde aquela época, sempre houve distinção de tratamento quanto aos prazos prescricionais a serem adotados nas situações que reciprocamente envolviam o poder público, de um lado e, de outro, o particular.

De um modo geral, em matéria de prescrição, a supremacia do Estado sempre se fez presente em relação ao particular. Os privilégios são observados na medida em que são diferentes os prazos prescricionais *a favor* e *contra* o Estado. Themistocles Brandão Cavalcanti, a esse respeito ensina:

“No Direito Administrativo prevalece, porém, a supremacia do poder administrativo, o interesse público e o da Fazenda, cuja proteção vamos encontrar na nossa legislação mais antiga” (*Tratado de Direito Administrativo*, v. IV, 3ª ed., Livr. Freitas Bastos, 1956, p. 561).

Revedo a legislação prescricional mais antiga, observa-se que os prazos que correm *a favor* do Estado, assim entendidos como sendo aqueles que abrangem as ações contra o Estado (e, portanto, com prescrição que se opera contra o particular), historicamente sempre se mostraram reduzidos, em geral mantida na casa dos 5 (cinco) anos; e, para determinados casos excepcionais, prescrições mais curtas podem ser vistas, v.g., entre outros diplomas legais, no Decreto nº 3.084, de 1898 (prevendo isoladas situações, estabeleceu prazo bimestral, trimestral e anual; ex.: prescrição de um ano para ação de reclamação de valores confiados ao correio, e que tenham sido perdidos ou extraviados).

O tratamento privilegiado do Estado, nos casos de *dívidas passivas* (quando o Estado é devedor), remonta ao tempo das capitánias hereditárias, conforme mostra a legislação mais

antiga: Regimento da Fazenda, do ano de 1.516 (*sic*: "Passando cinco anos, as partes que neles não requerem as dívidas que lhes El-Rey deve, percam o seu direito") e o Alvará de 9.5.1810, que previa prazo prescricional de três anos para habilitação de todos os credores que tivessem "letras" (títulos) contraídas pela Real Fazenda a partir do ano de 1797. Em 30.11.1841, a Lei nº 243 (o art. 20 reporta-se aos Capítulos 209 e 210 do Regimento da Fazenda), instituiu a prescrição de cinco anos para as dívidas passivas da União. O Decreto nº 857, de 12.11.1851, que literalmente "explica o art. 20 da Lei de 30 de novembro de 1841 relativo à prescrição da dívida ativa e passiva da Nação" (*sic*), ratificou a prescrição de cinco anos:

"Art. 1º A prescrição de 5 anos, posta em vigor pelo art. 20 da Lei de 30 de novembro de 1841, com referência ao Capítulo 209 do Regimento da Fazenda, a respeito da *dívida passiva* da Nação, opera a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da dívida, que incorre na mesma prescrição" (*sic*).

No transcorrer deste século, para essa mesma situação especial de dívidas passivas, a prescrição a favor do Estado não teve seu prazo alterado. A Lei nº 1.939, de 28.8.1908, estendendo também aos direitos e ações que alguém tivesse contra a Fazenda federal, manteve a prescrição de 5 (cinco) anos. O atual Código Civil de 1916 (art. 178, § 10, inciso VI), seguiu esse mesmo prazo prescricional para as *dívidas passivas* da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim, toda e qualquer ação contra a Fazenda nacional, estadual ou municipal. Na pertinente legislação posterior (Lei nº 5.761, de 25.6.30; Decreto nº 20.910, de 6.11.32, e Decreto-Lei nº 4.597, de 19.8.42), também restritos aos casos de dívidas passivas, a prescrição a favor do Estado permaneceu inalterada.

Em antítese, os prazos prescricionais que correm *contra* o Estado (nos quais a prescrição atua no sentido de desonerar o particular) não guardam qualquer relação com aquele estipulado para *dívidas passivas*.

Para as *dívidas ativas* (aquelas em que o Estado é credor) o retromencionado Decreto nº 857, de 12.11.1851, em seu artigo 9º, preceituava a *prescrição ordinária* de 40 (quarenta) anos. Em contrapartida, sempre surgiram posteriores exceções a essa regra geral, v.g., entre outras, a Lei nº 3.395, de 24.11.1888, na qual o art. 19

reduziu para "10 anos a prescrição das dívidas fiscais não excedentes de 500\$000" (*sic*), e a Lei nº 5.172, de 25.10.66 (Código Tributário Nacional) que, em relação ao restrito caso dos créditos tributários da Fazenda Nacional, perenizou o prazo de 5 (cinco) anos. No entanto, entre particulares, cidadãos comuns, a prescrição ordinária era de 30 anos.

Após a edição do Código Civil (1916), tanto as ações do Estado contra o particular quanto as movidas entre os particulares passaram a ter *prescrição ordinária* de 30 (trinta) anos. Esse prazo durou até 7.3.1955, quando a Lei nº 2.437 alterou vários dispositivos da Lei Civil e estabeleceu o limite máximo de 20 (vinte) anos para a prescrição. Mas o regime das excepcionalidades também foi mantido.

Portanto, na prescrição a que se submete o Estado, seja ela a favor ou contra, os prazos excepcionais se referem a dívidas ativas e passivas. E historicamente evidencia-se a presença de privilégios que favorecem o Estado, o mesmo ocorrendo quando se tratava de prescrição ordinária. No entanto, com a promulgação do Código Civil, em relação à prescrição ordinária houve equiparação com o particular, mas o regime *excepcional* manteve várias situações onde permanecem os privilégios do Estado (v.g., dívidas ativas e passivas). E esses privilégios se justificam devido à própria natureza superior do poder público.

Mas, mesmo após a edição do Código Civil (1916), surgiram pensamentos que entendiam não haver razão para esses privilégios. Em relação ao Estado, a questão do acolhimento ou não de preceitos públicos contidos no Código Civil, mormente aquele relativo à prescrição, merece destaque especial, pois há marcante ocorrência jurídica que se apresenta com as mesmas razões sobre as quais nos debruçamos no presente, ou seja, diante de omissão da lei quanto ao prazo prescricional, surgiu a mesma questão: *para o Estado a regra é prescritibilidade ou imprescritibilidade?*

Nesse sentido, o episódio que foi marco na história jurídica brasileira refere-se a Clóvis Beviláqua. Com sua indiscutível autoridade, sustentava que a inalienabilidade dos bens públicos era o fator determinante da *imprescritibilidade*, a qual, por sua vez, diante da omissão legal, se estendia às *dívidas ativas* do Estado. E, nesse entender, concluiu:

"É certo que o art. 163 declara as pessoas jurídicas sujeitas ao efeito da prescrição, mas essa regra não se estende às pessoas jurídicas de direito público interno. O sistema que prevalece no Código Civil não brilha pela clareza."

E, conforme será demonstrado, apesar da grandeza de que se revestia Clóvis Beviláqua, o deslinde foi fatal para a tese da imprescritibilidade.

Além da doutrina, em nível nacional reagiu a jurisprudência em uníssono clamor irretorquível. Manteve-se a já tradicional regra geral da prescritibilidade e, de conseqüência, sua consolidação como indubitável *principio jurídico*. Estabeleceu-se o entendimento comum: "embora a prescrição seja um instituto de direito privado, salvo expressa disposição legal, o seu campo de atuação alcança o Estado".

Nesse sentido, são inúmeras as manifestações doutrinárias. A começar por Luiz F. Carpenter, na obra atualizada pelo Professor Arnoldo Wald (in: *Da Prescrição*, vol. IV, arts. 161 a 179 do Código Civil, Editora Nacional de Direito Ltda., RJ, 3ª ed., 1958, p. 692), reconhece que, apesar de se apresentar com prazos diferenciados (privilégios), à *prescrição ordinária* se submete o Estado:

"Acabamos de ver, pois, que no direito atual ainda subsistem as mesmas prescrições especiais do direito anterior, não só para as ações do particular contra o Estado, como também para as ações do Estado contra o particular.

Agora, pelo que toca à prescrição geral, observaremos que a das dívidas passivas do Estado, continua a ser a do direito anterior, isto é, a quinquenária, ao passo que a das dívidas ativas do Estado não é mais a do direito anterior, a saber, a quarentenária, sim é a trintenária, na conformidade do art. 177 do Código Civil (CCD) – V. nota CC".³

Antonio Luís da Câmara Leal, no ano de 1939, em seu monumental estudo *Da Prescrição e da Decadência* (consultadas as quatro edições publicadas, respectivamente, de 1939, 1959, 1978 e 1982, sendo as duas últimas

³ *Esclarecimento*: a "nota CC" consta na p. 691 da obra citada, e refere-se à atualização do Prof. Arnoldo Wald: "o prazo atualmente é de vinte anos".

atualizadas pelo Juiz José de Aguiar Dias), foi taxativo ao se pronunciar sobre a questão, entendendo que o *principio da prescritibilidade* está consolidado, desde antigamente, tanto na legislação quanto na doutrina; e, em 1916, foi ratificado pelo Código Civil (no art. 163, houve subordinação das pessoas jurídicas, sem excluir as de direito público), com estabelecimento de regra geral cuja prescrição ordinária é a prevista no art. 177 do mesmo Código, a saber (4ª edição, Forense, RJ, pp. 297-298):

"(...) Se o critério da imprescritibilidade é a inalienabilidade, essa é relativa, quanto aos bens públicos, porque o próprio Código admite que eles percam a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.

Não há, pois, um motivo jurídico que autorize a premissa do egrégio mestre, pressupondo imprescritíveis, por inalienáveis, os créditos do Estado contra os particulares.

Por outro lado, o principio da prescritibilidade das ações que competem ao Estado, como pessoa jurídica, é antiqüíssimo no domínio da legislação e da doutrina. Entre nós, já o Reg. Da Fazenda (cap. 210), e o Reg. Dos Contos (cap. 92) estabeleciam a prescrição quarentenária contra a Fazenda Nacional, mantida pela Lei nº 243, de 30 de novembro de 1841 e pelo Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1841.

E esse principio foi, expressamente, confirmado pelo Código Civil, quando declarou que as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição, sem fazer qualquer ressalva em relação às pessoas de direito público interno.

Entendemos, pois, que as ações que competem à União, aos Estados e aos Municípios contra particulares, não subordinadas a prazo especial, prescrevem em vinte anos, quando pessoais, e em quinze ou dez, quando reais, segundo a regra geral do art. 177 do Código Civil."

Brenno Fischer, em sua obra *A Prescrição nos Tribunais* (v. III, José Konfino-Editor, RJ, 1958, p. 262), após analisar e transcrever a conclusão de Câmara Leal, concorda literalmente:

"Parece-nos irrespondível a argumentação(...)

O Código Civil em seu Livro I, Cap. II, trata 'Das pessoas jurídicas' de forma genérica, e o art. 163 falando nelas, o faz também da maneira mais ampla ao dizer que 'as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição'.

E, se entre elas, consoante o art. 13 do Código, se incluem tanto as de direito público interno como de direito privado, não se pode recusar de estender àquelas a prescritibilidade admitida para estas."

As essas opiniões acrescenta-se o ensinamento de Themistocles Brandão Cavalcanti (obra citada, v. I, 3ª ed., 1955, Livr. Freitas Bastos, pp. 97-8), que nos permite ter exata noção da descomunal influência que o Direito Civil exerce em relação ao Direito Administrativo:

"Em nosso regime jurídico de tendência francamente civilista, não é por demais realçar a influência do Direito Civil sobre o Direito Administrativo.

Não são, somente, as normas gerais, os princípios doutrinários fundamentais, que regem a solução dos problemas administrativos.

(...) Mas é preciso reconhecer que a influência do Direito Civil é muito grande, se atendermos ao nosso Direito Civil codificado.

Numerosos são os dispositivos que ali se encontram referentes ao Estado e ao Direito Administrativo propriamente dito, a saber:

a classificação das pessoas jurídicas de Direito Público;

a classificação dos bens públicos que se acha no art. 66 do Código Civil;

a responsabilidade civil das pessoas de Direito Público;

a responsabilidade civil das pessoas de direito;

as disposições sobre a herança jacente e o direito do Estado a esses bens.

Não devem também ser desprezados os princípios gerais de direito que dizem com os atos e fatos jurídicos, condições de sua validade, anulação, vícios etc.; as normas relativas à prescrição, princípios

que presidem à elaboração e vigência dos contratos, enfim, toda a parte geral de obrigações que constituem todo o processo de construção das relações administrativas e que sofrem apenas as deturpações exigidas pelas peculiaridades do Direito Administrativo".

João Franzen de Lima, em seu livro *Curso de Direito Civil* (pp. 366 e 367), argumenta que a regra geral é a prescritibilidade:

"O fundamento da prescrição é de ordem pública: visa a assegurar a estabilidade social e respeitar as situações adquiridas. Sendo instituto de ordem pública, equivale aos preceitos de direito público, devendo aplicar-se, por isso, a todas as relações de direito. A sua classificação num código de direito privado não lhe tira esse caráter imperativo, que o equipara a preceito de direito público.

(...) Além disso, as condições em que foi elaborado o Código Civil, e os seus termos abrangentes no que toca à prescrição, indicam que o instituto foi destinado a aplicar-se a quaisquer relações de direito privado, como de direito público."

Augusto Zenun (*Prescrição na Constituição*, Forense, RJ, 1ª edição, 1993, p. 10), comungando com o mesmo entendimento, consagra:

"Tendo a prescrição como fundamento o princípio de ordem pública, claro é que o direito de acionar qualquer relação jurídica, onde quer que se enquadre e se acoberte, tem um prazo certo, prefixado em lei."

Por seu lado, apenas para exemplificar o posicionamento jurisprudencial, destaca-se, entre outros, o Agravo de Petição nº 50.485, julgado em 21.9.1950 (3ª Câmara. Civ. - TJSP), relativo a julgamento reproduzido na *Revista dos Tribunais* (RT 189/496):

"Assim decidem, quanto à prescrição, porque:

Embora seja a prescrição um instituto de Direito Privado, a ela se sujeita o Estado em sua relação com o indivíduo,

salvo expressa disposição legal (...).

Com grande acuidade disse o eminente Desembargador Paulo Colombo: "Pelo art. 163 do Código Civil, as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição e Privado, a matéria de prescrição é de Direito Civil e abrange, também, as ações relativas a Direito Público, tanto que a prescrição das causas contra a Fazenda Pública foi regulada no Código Civil e tem sido aplicada invariavelmente pelos tribunais, mesmo em casos frisantes de direito público, como sejam cobrança de vencimentos de funcionários, apreciação da validade de atos de aposentadoria, restituição de impostos e muitos outros..." (Rev. dos Tribs., 138/703, cf. 151/794)."

Relativo ao mesmo tema, sob o título "Como entendem os Tribunais", por meio de farta coletânea jurisprudencial, Brenno Fischer (obra citada, pp. 266/73) demonstra que os Tribunais mantiveram, assim, a já histórica tradição da prescritibilidade no Brasil. Dessa batalha forense, vale transcrever alguns trechos das decisões jurisprudenciais elencadas pelo citado autor (apenas acrescentando que o prazo de trinta anos, conforme antes demonstrado, a partir de 1955 sofreu alteração e foi reduzido para vinte anos):

"A imprescritibilidade das ações que competem ao Estado, como pessoa jurídica, tese defendida pelo egrégio Clóvis Beviláqua, em que se apóia a sentença recorrida, não encontra amparo em nossas leis, nem na doutrina, nem na jurisprudência. (...)

O Código Civil confirmou o princípio da prescritibilidade de tais ações ao estabelecer que 'as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição' (art. 163), sem fazer qualquer ressalva em relação às pessoas de direito público interno.

(...) Prevalece, em consequência, a regra geral do art. 177 do mesmo Código consoante a qual as ações pessoais prescrevem ordinariamente em trinta anos..."⁴

⁴ (Apelação julg. em 26.4.42 - 3ª Câm. Civ. - Rel. Homero Martins Batista - RT: 140/280).

⁵ (TJPE, julg. em 2.12.43 - 1ª Câm - Juiz Fausto de Oliveira Campos - Repertório de Castro Garms - 2/731-732).

"(...), podemos mencionar, entre vários outros julgados, os seguintes: 'A prescrição das dívidas ativas da União, dos Estados e dos Municípios, é a comum, por faltar, no caso, privilégio criado em texto expresso de lei' (Trib. de Minas, ac. de 29 de abril de 1936 - Rev. For. 68/833, de 25 de abril de 1936 - Rev. For. 67/345).

(...) se há leis especiais regulando a prescrição de certas dívidas fiscais, como a do imposto de renda e algumas outras, claro é que as demais dívidas devam obedecer ao prazo prescricional de trinta anos, estabelecido no art. 177 do Código Civil, considerando-se mesmo que as próprias obrigações civis, entre as pessoas de Direito Privado, promanam, em última análise, do próprio Direito Público que as permitindo expressamente, dá-lhes garantia e proteção.

E, assim, a conclusão a que chegamos é que a prescrição fiscal é a mesma prescrição civil."⁵

"O art. 163, no entanto, sujeita aos efeitos da prescritibilidade as pessoas jurídicas, sem fazer qualquer restrição e sem conhecer privilégio ou exceção, abrangendo, pois, as de Direito Público.

(...) Ademais, o Código Civil regula, sem limitações o instituto da prescrição, visando as ações. Em que pesem aos bons argumentos de Chironi e Abello, a prescrição é instituto peculiar às ações, o que prescreve é a ação, embora por via de consequência, se dê a prescrição do Direito (cf. Revista dos Tribunais, 169/299)...

(...) 'A ação considerada do ponto de vista social, é o princípio tutelar que a sociedade insere em cada direito, e por meio da qual ela se interpõe entre o portador do direito e o seu ofensor (...).'

Assim, se a relação de imposto, considerada em seu conjunto, pertence fundamentalmente ao Direito Público, como sustenta Gianini (*Il Rapporto Giuridico d'Imposta*, 51) 'e se a prescrição das ações encerra preceitos

⁶ (Sentença de 1ª Inst. do Juiz Otávio Stucchi, de 4.12.53, na qual fora repelida a arguição do Estado, de que os princípios do Cód. Civil relativos à prescrição, não se aplicam à Fazenda Pública. Decisão esta confirmada pelo TJSP, 1ª Câm. Civ., em julg. de 23.4.54, rel. Luís Morato - RT 223/548).

de ordem pública e vem disciplinada no Código Civil, tais preceitos podem e devem ser aplicados àquela relação jurídica, muito embora o estatuto civil fale, em seu art. 1º, que o Código regula os direitos e obrigações de ordem privada'.

A prescrição com base no Código Civil aplica-se às dívidas ativas da Fazenda Pública, segundo a orientação constante e uniforme do Egrégio Tribunal de Justiça (cf. *Rev. dos Tribs.* 188/893, 182/347, 178/304, 177/356, 173/403, 172/837, 128/102, 127/114, 108/163, 103/269, 58/188 e 55/123).

Mas, nem por isso tem razão a embaraçante quando pretende que o prazo prescricional das dívidas ativas da Fazenda seja o mesmo fixado para a prescrição das dívidas passivas. Para estas há disposição especial, e que não se dá em relação àquelas que prescreverão nos prazos comuns do art. 177 se a hipótese não se incluir em nenhum dos casos previstos no art. 178. 'O que não é possível é a criação de um caso de prescrição não expressamente previsto, pois toda a lei deve ser aplicada sem o acréscimo de condições novas e sem a exclusão das expressas'⁶ (*sic*).

E, em relação ao Direito Administrativo, justamente diante desse imensurável volume de razões históricas, repleto de sólida doutrina e pleno reconhecimento jurisprudencial, é que se mostra correta a conclusão de Luiz F. Carpenter (obra citada, respectivamente, pp. 209 e 467/468):

"...a regra geral que domina o assunto é que a prescrição corre contra todas as pessoas, sejam naturais, sejam jurídicas, ou, o que é o mesmo, pode ser alegada ou invocada contra toda sorte de pessoas, tanto naturais como jurídicas. (...)"

"A prescrição ordinária de trinta anos tem aplicação no Direito Comercial, no Direito Administrativo e no Direito Processual? - No direito francês, a prescrição ordinária de trinta anos do art. 2.262 do Código Civil se aplica tanto no Direito Civil, como no Comercial, no

Administrativo e no Processual.

Aqui no Brasil a prescrição ordinária de trinta anos não se aplica no Direito Comercial, por duas razões principais, cada qual mais convincente, a saber: primeira, porque a prescrição ordinária das ações comerciais é de vinte anos, estabelecida no art. 442 do Código Comercial, artigo que não foi revogado pelo Código Civil; segunda, porque o Código Civil, nos arts. 177 e 178, teve o cuidado de não se referir a nenhuma ação comercial; mostrou, assim, que era estranho, ou alheio, às ações comerciais, cujo prazo de prescrição continuaria a ser regulado pelas leis comerciais.

Com relação, porém, ao Direito Administrativo e ao Direito Processual, o Código Civil Brasileiro não guardou a mesma atitude, uma vez que estabeleceu prescrições especiais ou mais curtas do que a ordinária, que de outra sorte cairiam na esfera das leis administrativas e das leis processuais. Daí, e do que diz o art. 179 do mesmo Código Civil Brasileiro, concluímos que a prescrição de trinta anos é também a prescrição ordinária vigente no Direito Administrativo e no Direito Processual, no Brasil, conforme mais desenvolvidamente elucidaremos no comentário do art. 178, § 10, nº VI, e do art. 178, § 10, nº VIII (CXVIII)".⁷

Posteriormente, e com a mesma lucidez de entendimento, na obra *Princípios Gerais de Direito Administrativo* (v. I, 2ª ed., 1979, p. 452), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello concluiu:

"O Código Civil Brasileiro, nos arts. 177 e seguintes, regula a prescrição em geral. (...)"

O prazo da prescrição decorre da data do ato ou do fato, do qual se originar a mesma ação. Todas as pessoas físicas ou coletivas, isto é, naturais ou jurídicas, se sujeitam aos efeitos da prescrição, e poderão invocá-los sempre que lhes aproveitarem. Entre as pessoas jurídicas se incluem, não só as de Direito Privado, como as de Direito Público interno: União, Estados e Municípios. Aliás, o Código Civil Brasileiro é expresso a respeito no seu art. 173."⁸

⁷ Esclarecimento: a "nota CXVIII" consta na p. 468, da citada obra, e refere-se à atualização do Prof. Arnoldo Wald: "o prazo atualmente é de vinte anos".

⁸ Errata: leia-se art. 163.

E, na obra *Curso de Direito Administrativo* (Ed. Saraiva, 1979, p. 156), o insigne Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, embora sem detalhar o assunto, a respeito da prescrição concede lúcido arremate complementar: "as causas motivantes são comuns ao Direito Público e ao Direito Privado".

A essa altura, é imperativo discorrer sobre algumas considerações pendentes de apreciação, pois, em se tratando de Direito Administrativo, a questão prescricional mostra-se com destacada importância. Vale dizer, diante do fato de que a prescrição ordinária do Direito Administrativo tem sua origem no Código Civil, em relação a processo administrativo derivado de infração à Lei nº 4.131/62, cujo deslinde eventualmente poderá resultar na imposição de uma sanção, a princípio pode transparecer que se está diante de uma disparidade ímpar, ou seja, a natureza do evento parece pender mais para o Direito Penal e menos para o Direito Civil, razão pela qual a prescrição penal deveria ser aplicada.

A respeito dessa dúvida emergente, as lições doutrinárias retroelencadas e, ainda, a amostra das sucessivas decisões jurisprudenciais permitem concluir que a legislação penal é Direito Especial que encerra natureza *excepcional*, porque abrange situações que restringem a liberdade do indivíduo, contudo, sob esse enfoque, sem alcançar as pessoas jurídicas. Ademais, embora apresentem a peculiaridade de serem levadas a efeito em função da pena aplicada, as prescrições do Direito Penal não apresentam caráter geral; restringem-se aos casos que especificam.

Em complemento, cabe novamente destacar o reconhecimento do STF no que diz respeito à insubordinação do procedimento administrativo ao processo penal, vez que há autonomia das responsabilidades civil, disciplinar e criminal e de suas respectivas sanções.

Em contrapartida, também restou evidenciado que a prescrição, embora existente no Código Civil, é instituto de natureza pública e pertence ao rol das regras que compõem os Princípios Gerais do Direito. A esse respeito, cabe pequeno comentário suplementar.

No Código Civil a previsão prescricional encontra-se inserida na "Parte Geral", a qual reconhecidamente trata de "Normas de Teoria Geral do Direito", vale dizer, de regras de caráter público que contêm preceitos válidos para a totalidade do Direito, qualquer que seja a área de sua atuação. Nesse sentido é *lex generale*,

permitindo o seguinte quadro comparativo: se possível fosse criar um *Código* específico, que concentrasse as normas de Teoria Geral do Direito, isso seria suficiente para esvaziar a *Parte Geral* do Código Civil. O novo Código certamente conteria as normas de Direito Público (emanadas pelo Estado para a tutela de interesses gerais) atualmente existentes em grande quantidade no Código Civil, a saber, entre outras, não só as relativas à prescrição, mas também aquelas que dizem respeito à classificação das pessoas jurídicas, dos bens, dos atos e fatos jurídicos etc.

Portanto, as inencionadas *normas de Teoria Geral do Direito* pertencem ao Direito Público, razão pela qual não se pode equivocadamente falar, conforme aduzem inúmeros doutrinadores, em *privatização* do Direito Público, só porque é frequente a utilização desses instrumentos jurídicos que se encontram dispostos no Código Civil.

Na doutrina comparada, Marcelo Caetano, em seu livro *Manual de Direito Administrativo* (Tomo I, Forense, RJ, 1970), além de ratificar a natureza pública dos *Princípios Gerais do Direito existentes no Direito Civil*, permite conhecer a razão histórica de sua aceitação no Direito Administrativo, a saber:

"O Direito Administrativo começou a ser elaborado, nos princípios do século XIX, (...). Mas o Direito Civil foi, desde o período da hegemonia romana até o século XIX, o repositório da tradição jurídica da Europa ocidental. Na concepção clássica, *jus civile* era todo o direito próprio da *civitas* ou sociedade política, o qual na Idade Média se opunha ao Direito Canônico" (p. 61).

"(...) Alguns princípios gerais são mesmo integralmente aceitos pelo Direito Administrativo, não como regras de Direito Civil mas por serem *princípios gerais de Direito* ou regras comuns de técnica jurídica, abusivamente tidas como exclusivas do domínio civilista.

(...) também é verdade que muitos institutos do Direito Privado nos últimos anos têm sofrido influência profunda da doutrina administrativa, (...). Corresponde esta influência do Direito Administrativo ao que já tem sido chamado de *publicização do Direito Privado*, conseqüência da invasão de esferas tradicionalmente abandonadas aos interesses privados pela crescente preocupação com os problemas sociais e pela intervenção do

Estado e visível em tantos preceitos do Código Civil Português de 1966" (*sic*, p. 62).

"E, enfim, é legítimo recorrer aos *princípios gerais do Direito*, comuns ao Direito Público e Privado, embora geralmente formulados nas *Constituições doutrinárias e nos Códigos Civis*, por serem estes Códigos os monumentos legislativos que surgiram primeiro nos tempos modernos" (p. 132).

E, acerca da interação do Direito Civil e do Direito Administrativo, vale destacar, ainda, a moderna corrente doutrinária que questiona a dicotomia do Direito (em público e privado) e propõe um *Direito Civil Constitucional*, atualmente em franca expansão, a cada dia com mais adeptos nos meios académicos, pois, "com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa, fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado." (Maria Celina B. M. Tepedino, in: "A Caminho de um Direito Civil Constitucional", publicado na *Revista de Direito Civil*, ano 17 - jul.-set./93, v. 65, p. 25).

Aliás, essa tradicional separação do Direito em público e privado, de origem romana, nos dias atuais tem contribuído para gerar infundáveis discussões, em especial aquelas derivadas de particularidades que ensejam reforçar a autonomia de cada um desses conhecidos ramos do Direito. E a respeito dessa autonomia, por vezes se constata que a discussão induz o intérprete à apostasia da inegável interdependência existente no *Direito*. Sobram, pois, notórios argumentos para concluir que a unicidade do Direito não se desfigura pela simples dispersão de seus preceitos públicos.

Esse é precisamente o caso da prescrição. O fato de a matéria prescricional se encontrar disciplinada em Código que regula a atividade privada, conforme já consagrado na doutrina e jurisprudência, não é suficiente para negar o seu intrínseco caráter público que a *todos* subordina. Há de se manter a distinção de que no Direito Civil encontra-se a *regra geral*; e, em caráter *excepcional*, tem-se as regras no Direito Penal, Direito Comercial e outras leis esparsas.

Outro aspecto que também não se pode desprezar é a concepção imposta pela *Parte Geral* do Código Civil, onde a prescrição é

aplicada em função da natureza da ação: real ou pessoal. Igualmente pertencendo ao Direito Público, estas ações tutelam situações derivadas de relações entre os particulares, ou mesmo entre estes e o Estado, e vice-versa. Quanto ao conceito, são contraditórias nos mais variados juristas que estudam a matéria processual. Mas, apesar disso, entre os autores há ponto comum: as *ações reais* destinam-se a proteger a propriedade, o direito real por excelência (v.g., a servidão, o usufruto, o penhor, a hipoteca etc.); as *ações pessoais*, por sua vez, apresentam-se melhor sintetizadas no dizer do juiz Sabóia Lima (*Rev. Dir.*, 110, p. 345) "são as que têm por fim tornar efetivas as obrigações de dar, de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, obrigações que nascem do contrato, do preceito da Lei, ou mesmo da equidade, nos casos em que esta obriga de modo".

Vale dizer, a respeito de *ações* é comum o entendimento que faz a distinção mediante simples critério de exclusão, a saber: o que não diz respeito ao direito de propriedade, pertence ao campo de atuação das ações pessoais.

E, conforme o resumo exposto anteriormente, sem os pormenores das tormentosas teorias que tentam explicá-la, as quais escapam às finalidades do presente estudo, em seu eixo basilar a *ação* agasalha uma *pretensão*. Isto nos permite concluir que em caráter geral nem mesmo a pretensão punitiva do Estado, desta feita promovida em razão da lei, escapa ao primordial enquadramento de *ação pessoal* em seu sentido estrito. A partir desse denominador comum é transportada para o específico campo processual de sua atuação, ganhando características jurídicas diferenciadas, com nomenclatura própria, a saber, ação penal, civil, comercial, ou mesmo administrativa e, após, é enriquecida com as peculiaridades próprias dessas especiais normatizações do *Direito*.

A par dessas considerações, cumpre consignar que a prescrição, em seu prazo ordinário, apresenta-se vulnerável a eventuais críticas por parte daqueles que a entendem como sendo demasiadamente longa. Porém, isso não tem o condão de descaracterizá-la; tampouco é suficiente para impor sua redução. Nem mesmo a eventual existência de situações mais severas, previstas em esparsa legislação com menor prazo prescricional, ou mesmo penalidade mais branda, é capaz de abrir espaço para a aplicação da equidade, em especial no Direito

Administrativo. A esse respeito Celso Magalhães nos concede lúcido ensinamento:

“Contra-indicações – A equidade destina-se a preencher lacunas impossíveis de evitar em textos normativos; todavia, falta-lhe autoridade para contrariar dispositivos expressos, reguladores do assunto. Quando existir um preceito claro, preciso, positivo, a equidade não poderá ser invocada, nem concedida contra ele. Se o preceito existe, poder-se-á alegar que é injusto, desumano, que deverá ser derogado, extinto; não obstante, terá o aplicador do Direito de obedecer a ele, deixando para o legislador a tarefa de elaborar outra regra mais adequada às necessidades sociais. Decidir, nesse caso, por equidade, é errar na conclusão.”⁹

Portanto, a imperatividade legal é inafastável; é na lei que o Direito Administrativo tem sua maior fonte. E a doutrina é pacífica nesse entender. Entre outros, destaca-se Marcelo Caetano: “pode contudo afirmar-se que a única fonte principal do nosso Direito Administrativo é a lei” (obra citada, p. 82); e, também, a palavra de Fleiner, que nos é repassada por José Crete-lla Júnior (in: *Tratado de Direito Administrativo*, v. I, Forense, p. 291):

“Entre as fontes do Direito, em geral, e, em particular, entre as fontes do Direito Administrativo, ressalta acima de todas a lei. Qualquer disposição jurídica contrária à lei se quebra contra seu rochedo de bronze”.

4. Conclusão

Em consonância com a imperatividade da lei, a história nos mostra que a imprescritibilidade desde muitas décadas já não é aceita no Brasil. A prescrição é a regra geral estabelecida com caráter de princípio público. A doutrina e a jurisprudência dominantes reconhecem que o instituto da prescrição, em especial a *ordinária*, embora tenha sido contemplada no Código Civil, é matéria de Direito Público e a ela se submete o Estado, razão pela qual foi estendida ao Direito

Administrativo. Com efeito, chega-se à conclusão que em relação à prescrição não se pode cogitar de *lacuna* da lei. Em matéria de prescrição, para qualquer hipótese fática, em especial no Direito Administrativo, há previsão legal. A regra é válida para qualquer situação jurídica contemplada no *Direito* (apenas excetuando-se os casos específicos de imprescritibilidade, também previstos legalmente). Vale a lógica da hermenêutica jurídica, a saber, se a lei é omissa quanto ao prazo, este rege-se-á pela *regra geral comum*, no caso a *prescrição ordinária*. E, diante da ausência de alterações supervenientes ou mesmo qualquer outro fator legal impeditivo, a submissão decorre dos preceitos públicos previstos nos seguintes artigos do referido Código Civil:

“Art. 163 – As pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição e podem invocá-los sempre que lhes aproveitar.

Art. 177 – As ações pessoais prescrevem *ordinariamente* em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

Art. 179 – Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177.”

⁹ (*Aplicação Administrativa do Direito – Síntese de Hermenêutica*, extraído da Separata da “Revista do Serviço Público”, de fev.-mai/1955, publicada pelo Departamento Administrativo do Serviço Público, da Presidência da República).

A execução fiscal e as recentes alterações do Código de Processo Civil

Algumas observações. Defesa do executado e tutela dos seus direitos em face das recentes alterações do CPC

LEON FREJDA SZKLAROWSKY

"As leis, no seu sentido mais amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas e, nesse sentido, todos os seres têm suas leis; a divindade possui suas leis; o mundo material possui suas leis; as inteligências superiores ao homem possuem suas leis; o homem possui suas leis" (Montesquieu, in: O Espírito das Leis).

SUMÁRIO

1. Considerações gerais. 2. Lei precursora. 3. Alterações no processo de execução. 4. Propositura de ação relativa ao débito. 5. Desistência do credor. 6. Transação. 7. Petição inicial da execução. 8. Ato atentatório à dignidade da justiça. 9. Penhora. 10. Embargos à execução. 11. Defesa do executado e tutela dos seus direitos.

O Professor Leon Frejda Szklarowsky, Subprocurador-geral da Fazenda Nacional aposentado, é advogado, juiz arbitral da American Association's Commercial Panel, de New York, membro efetivo dos Institutos dos Advogados Brasileiros, de São Paulo e do Distrito Federal (ex-Secretário-Geral), acadêmico da Academia Brasileira de Direito Tributário, do Instituto Histórico e Geográfico do Distrito Federal (Diretor-Tesoureiro), membro da International Fiscal Association - IFA (Rotterdam), da Associação Interamericana de Tributacion (Rosario, Argentina), da Associação de Direito Financeiro, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Integra o Conselho Editorial dos Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da Revista dos Tribunais, e o Conselho de Orientação das Publicações - Boletim de Licitações e Contratos, da Editora NDJ Ltda., São Paulo. É co-autor do Anteprojeto da Lei de Execução Fiscal, que se transformou na Lei nº 6.830 de 1980, e do Anteprojeto da Lei de Falência e Concordatas.

Palestra, no "Seminário sobre Processo Judicial em Matéria Tributária - Problemas Atuais", em 5 de julho de 1995, no Auditório do Hollyday Inn Crown Plaza, São Paulo, coordenado pelo Professor Valdir de Oliveira Rocha.

1. Considerações gerais

O direito é uma ciência dinâmica. Abriga uma realidade histórico-cultural e deve ser modelado, sob o impacto de novas idéias, assentado na experiência cultural e nas necessidades da comunidade.

É um *todo unitário*, encimado no dogma *uno universo jure*.¹

Leis recentemente sancionadas, reformadoras do Código de Processo Civil, causaram significativa perplexidade e, concomitantemente, profunda repercussão na processualística pátria.

Rupturas de sistemas consagrados, às mais das vezes, produzem séria polêmica, até a plena sedimentação e compreensão dessas inovações, quase sempre salutares.

¹ Cf. MORAES, Bernardo Ribeiro de, in *Compendio de Direito Tributário*, Ed. Forense, 2ª ed., 1993, 1ª vol., p. 24.

A Comissão, presidida pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, tendo como fonte os estudos da Comissão, constituída pelos insígnis estudiosos Luis Antonio de Andrade, Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Sérgio Bermudes e Joaquim de Carvalho Júnior, "sem alterar a fisionomia do Código e aproveitando a própria disposição dos artigos existentes",² procurou dotar o Código Buzaid, de 1973, uma obra exemplar, no seu tempo, de instrumentos modernizadores, acompanhando, sem dúvida, a revolução cultural e científica do final do século XX, como já o fizera, com êxito, o legislador de 1980, com a Lei de Execução Fiscal – Lei nº 6.830, de 22 de setembro desse mesmo ano.³

A Constituição de 1988, apesar dos sobresaltos, que tem causado, com o exagerado intervencionismo prestes a ser decegado, consolidou o ideário que sempre habitou o espírito humano, como o "due process of law" e o contraditório com a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, seja no processo administrativo, seja no processo judicial (art. 5º, LV), calcado na exigência da motivação das decisões judiciais e do juiz natural, mesclado com outras normas e institutos, garantidores da liberdade individual e anteparo da democracia.

Todavia, de nada adiantam as bombásticas garantias inculpidas no Texto Magno sem uma justiça rápida e efetiva, como adverte Sálvio de Figueiredo, ao apadrinhar as minirreformas, para remover óbices à efetividade do acesso à Justiça, com um processo civil de resultados.⁴

² Cf., do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, A Reforma da legislação processual, in Direito & Justiça, *Correio Braziliense*, Brasília, ano IV, nº 188, de 20.2.95, em que, modestamente, considera-a imperfeita como toda obra humana, e pede compreensão, mas sabiamente induz à profunda meditação, porque representa, efetivamente, um significativo progresso em termos de ciência.

³ O Grupo de Trabalho Interministerial – Ministério da Justiça e da Fazenda – presidido pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Gildo Correa Ferraz, e coordenado pelo Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional, Dr. Cid Heráclito de Queiroz, constituído ainda pelos Drs. Leon Frejda Szklarowsky, secretário e relator; Carlos Geminiano da Franca, Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira, Gilberto Siqueira Rangel e Milton Baptista Seabra, produziu o anteprojeto que se transformou na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

⁴ Neste sentido, nossa proposta de criar-se uma justiça fiscal, como órgão autônomo do Poder Judiciário, e a penhora administrativa, in LTR Suplemento Tributário, São Paulo, 25/79, 1995, p. 221; in Direito & Justiça, *Correio Braziliense*, Brasília, DF, cit., ano IV, nº 194, de 3/4/95; in *Voz do Advogado*, Ano XV, nº 121, OAB-DF, maio de 1995.

Desde seu nascedouro, o Código de Processo Civil sofreu inúmeras alterações; contudo, o primeiro grande abalo, recebeu-o da lei que disciplina a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, subtraindo-a da sua esfera, apesar de sua aplicação subsidiária; na mesma data, outro diploma de igual importância foi editado, para dar maior celeridade aos feitos perante o antigo Tribunal Federal de Recursos e na Justiça Federal da Primeira Instância – Lei nº 6.822, de 22 de setembro de 1980, por inspiração do Ministro Néri da Silveira.

Variada é a coleção de leis que vêm modificando o Código, destacando-se a impenhorabilidade do bem de família; a Lei nº 8.455, de 24 de agosto de 1992, referente à prova pericial; a Lei nº 8.637, de 31 de março de 1993, referente à vinculação do juiz ao processo – art. 132; a Lei nº 8.710, de 24 de setembro de 1993, referente à citação e à intimação, pelo correio; a Lei nº 8.718, de 14 de outubro de 1993, referente ao aditamento ao pedido, antes da citação; a Lei nº 8.898, de 29 de junho de 1994, referente à liquidação de sentença; a Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, referente aos recursos; a Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994, referente à ação de consignação em pagamento e à ação de usucapião; a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, referente à tutela jurisdicional antecipada, à conciliação, a atos processuais, processo cautelar etc., culminando com a Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1995, referente ao processo de execução.

2. Lei precursora

A Lei nº 6.830, de 1980, é precursora das medidas saneadoras e desburocratizantes do processo e as que proporcionam maior agilidade, compatibilizando-a com a segurança e a presteza tão necessárias e desejáveis quanto o processo de modernização.

O § 8º do art. 2º permite que, até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, com a devolução do prazo total para os embargos, e a Lei nº 8.718 corrigiu o art. 294 do Código, facultando ao autor aditar o pedido antes da citação, conquanto, pelo art. 264, com o consentimento do réu, poderá alterá-lo mesmo depois de citado, mas somente até o saneamento.

O art. 219 do CPC dita que a citação torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa e, ainda, quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição, que retroagirá à data da propositura da ação, incumbindo à parte

promover a citação do réu nos dez dias subseqüentes ao despacho que a ordenar. Não sendo este citado, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 dias.

A Lei nº 8.952 citada simplificou esses atos, mandando simplesmente retroagir a interrupção da prescrição à data da propositura da ação, quando a petição inicial é entregue em juízo⁵.

A Lei de Execução Fiscal (LEF), com extrema simplicidade, preceitua que o despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição (§ 2º do art. 8º).

A Lei nº 8.952 acrescentou o § 4º ao art. 162 do CPC, tornando automáticos os atos meramente ordinatórios, em que o servidor os pratica de ofício, e a Lei nº 6.830 já consubstanciara, no despacho do juiz, que deferisse a inicial, a ordem para a citação pelas sucessivas modalidades, inclusive a citação pelo correio, se a Fazenda não a requeresse de outra forma: para a penhora; para o arresto; para o registro da penhora ou do arresto; independentemente do pagamento de custas ou outras despesas e para a avaliação dos bens penhorados ou arrestados (arts. 7º e 8º).

A Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, que dispõe sobre a criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, também confere primazia à citação e à intimação pelo correio, tornando mais enxuto o processo.

Louvável a autorização da citação, prioritariamente pelo correio, agora com a nova redação do art. 222 do Código, introduzida pela Lei nº 8.710 citada, e a simplificação da intimação feita pelo escrivão ou pelo oficial de justiça, bastando a declaração destes de que houve a recusa por parte do intimado de apor o ciente, já que gozam da fé do ofício⁶, aprimorada pela Lei nº 8.952.

3. Alterações no processo de execução

As modificações no processo de execução também foram expressivas, encontrando muita semelhança com as inovações trazidas pela citada Lei de Execução Fiscal, de 1980.

4. Propositura de ação relativa ao débito

Indubitavelmente a Lei nº 8.953 aperfeiçoou as disposições do Código Processual, que

⁵ Esse o entendimento de Cândido Dinamarco, in *A Reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros Editores, 2ª ed., 1995, p. 76.

⁶ J. J. Calmon de Passos é um entusiasta dessas alterações simplificadoras, in *Inovações no Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 2ª ed., 1995, p. 105. Cf., também, *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*, Theotonio Negrão, Saraiva, 26ª ed., 1995, p. 208. Idem, Dinamarco, op. cit., pp. 85 usque 97.

tratam da execução, sobretudo a nova redação do § 1º do artigo 585, bastante ampliada, no seu alcance, *in verbis*:

“a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução”;

em contraposição com o dispositivo modificado que se destinava unicamente à Fazenda Pública e referia-se, restritamente, à propositura de ação anulatória do débito fiscal e que não vedava a cobrança executiva desse crédito, com símile no art. 38 da Lei nº 6.830, *in litteris*:

“a discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida de depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos”.

Ensina Calmon de Passos que a conexão, sem dúvida, sempre existirá, em consonância com o caso concreto, não mais vingando a concessão abusiva de “cautelar para inibir o ajuizamento de execuções”, calçadas em título executivo⁷, pois, do contrário, sustenta Dinamarco, será colidir com o Texto Magno, que garante o acesso ao Poder Judiciário ao detentor do título executivo.⁸

No que diz respeito aos créditos fiscais, tributários e não-tributários, remanece incólume o art. 38 da LEF, sem excluir o dispositivo processual reformado; não obstante, robusta jurisprudência e predominante doutrina têm reiteradamente polido aquela disposição legal, conciliando-a com a determinação constitucional.

O Simpósio de Curitiba, realizado em 1975, ainda sob a vigência da redação primitiva, propugnava a convivência do dispositivo processual com a da LEF⁹. Aquele, com a nova redação, é mais elástico e pleno.

Os Tribunais, em uníssono, têm acomodado essa regra à Constituição, precisando ser prescindível o depósito prévio para a propositura de ação anulatória de débito fiscal, a não ser

⁷ Cf. op. cit., p. 133.

⁸ Cf. op. cit., p. 232.

⁹ Apud Theotonio Negrão cit., p. 907.

que o devedor deseje impedir o ajuizamento da execução fiscal.¹⁰

5. Desistência do credor.

O art. 569 veio enriquecer-se de um parágrafo, contendo regras, para o caso de desistência da execução. Extinguir-se-ão os embargos que versarem apenas sobre questões processuais, devendo então o credor (desistente) pagar as custas e os honorários do advogado. Nos demais casos, a extinção depende do embargante.

A LEF disciplina a matéria especificamente nos arts. 26 e 40.

O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos no CTN (art. 141), sob pena de responsabilidade de quem lhe der causa, sendo irrenunciáveis os créditos fiscais, por que indisponíveis os bens públicos.

O § 2º do art. 9º da LEF permite à Fazenda Pública exequente, em qualquer fase do processo, até a decisão do juiz monocrático, emendar, retificar ou substituir a certidão de dívida ativa, assegurando-se, ao executado, a devolução do prazo para embargos, e o art. 26 comanda, peremptoriamente, que ocorrerá a extinção da execução fiscal, sem qualquer ônus para as partes, se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição da dívida ativa for, a qualquer título, cancelada.

José da Silva Pacheco, confrontando esse artigo com o art. 39, fundado em torrencial e iterativa jurisprudência, responde que a Fazenda, quando vencida, deve ressarcir as despesas feitas pela parte contrária, o mesmo devendo ocorrer quando ela desiste da ação ou cancela a inscrição, produzindo em consequência a extinção do processo¹¹, não se furtando ainda ao pagamento dos honorários advocatícios.

Milton Flaks traz à colação acórdão do Supremo Tribunal Federal para demonstrar não

¹⁰ Inconst. 47/3749, ac. de 26.6.85, DJMG 2.10.95. Neste sentido, nossa *Execução Fiscal*, ed. ESAF, Brasília, 1984, pp. 187 usque 196; José da Silva Pacheco, *Comentários à Lei de Execução Fiscal*, Saraiva, 1995, pp. 278 a 283; Humberto Theodoro, *Lei de Execução Fiscal*, Saraiva, 3ª ed., 1993, pp. 387 a 398; Milton Flaks, op. cit., pp. 328 a 346.

¹¹ Cf. José da Silva Pacheco, op. cit., pp. 237 usque 239. Cf., também, Theotônio Negrão, op. cit., p. 900; Humberto Theodoro Júnior, op. cit., pp. 326 a 336.

ser inconstitucional preceito que, mesmo criando uma situação de desigualdade em favor da Fazenda, não fere o princípio da isonomia, em virtude de seu peso e da superioridade de seus interesses em jogo¹²; contudo, tais argumentos não o convencem¹³.

6. Transação

A transação, segundo o disposto no inciso II do art. 584 do Estatuto Processual, foi lapidada pelo legislador de 1994, para esclarecer que, mesmo que não verse questão posta em juízo, é título executivo extrajudicial.

No Direito Tributário, a transação também é admitida, nas condições que a lei estabelecer, como instrumento de concessões mútuas, que importem em terminação do litígio e conseqüente extinção do crédito tributário.

Aliomar Baleeiro, comentando o art. 171 do *Código Tributário Nacional*, fonte desse instituto, vê nele um ato jurídico, porque modifica e extingue obrigações preexistentes e não cria tais obrigações¹⁴. Bernardo Ribeiro de Moraes considera-o um *negócio jurídico bilateral*, com assentamento no Código Civil¹⁵; entretanto, no Direito Tributário, visa extinguir o litígio e, portanto, o próprio crédito tributário.

Assim sendo, sua regência submete-se à lei tributária e, conseqüentemente, à LEF e só subsidiariamente ao Código Processual.

A autoridade competente para realizá-la deverá estar consignada na lei, nas condições, conveniência e oportunidade nela fixadas.

7. Petição inicial de execução

O artigo 614 do Código de Processo Civil – Disposições Gerais – regula a petição inicial e a citação, na execução, e teve acrescentado o inciso II, para exigir o demonstrativo do *débito atualizado* até a data da propositura da ação, como já o faz a LEF (art. 6º, § 4º, c/c o art. 2º, § 2º).

8. Atos atentatórios à dignidade da justiça

A modificação do *caput* do art. 600 pela Lei nº 5.925, de 1 de outubro de 1973, completou-se com a alteração introduzida pela Lei nº 8.953 e tem aplicação subsidiária à execução fiscal, mas

¹² Cf. RE 83432, Rel. Leitão de Abreu, in *DJ* 6/6/80.

¹³ Cf. *Comentários à Lei da Execução Fiscal*, Forense, 1ª ed., 1981, pp. 262 a 263.

¹⁴ Cf. *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli, Forense, 1981, p. 575. Cf. art. 156, III, do CTN.

¹⁵ Cf. op. cit., 1ª ed., 1984, pp. 323 a 325.

olvidou-se o legislador do exequente de má-fé, como lembra Severiano Ignácio de Araújo¹⁶, conquanto instituiu multas e outras sanções ao devedor que fraude a execução.¹⁷

9. Penhora

A novidade introduzida pela Lei nº 8.953, acrescentando o inciso V ao § 1º do art. 655, mandando o nomeante atribuir valor aos bens penhorados, não vale para a execução fiscal. Esta tem dispositivo próprio, ordenando o juiz, no despacho que deferir a inicial, a avaliação dos bens penhorados ou arrestados (art. 7º) por oficial de justiça ou pelo serventuário que lavrar à penhora.

Essa avaliação poderá ser impugnada pelo executado ou pelo exequente, cabendo ao juiz nomear avaliador oficial.

A exigência do § 4º (novo parágrafo) do art. 659, determinando que a penhora de bens imóveis se realizará mediante auto ou termo de penhora e inscrição no respectivo registro, encontra paralelo na LEF (art. 7º, IV, c/c o art. 14). Esta norma, porém, é mais completa, porque sua abrangência é ampla e refere-se não só a imóveis, como também a outros bens, impondo o registro, no setor competente, conforme tratar-se de bem imóvel ou a ele equiparado, a veículo, a ações, debêntures etc.

No artigo 669, o legislador transformou os §§ 1º e 2º em parágrafo único, aprimorando sua dicção, para intimação do cônjuge, se a penhora recair em imóvel, como o faz a LEF (art. 12, § 2º).

O prazo para o devedor pagar ou apresentar bens à penhora não foi alterado, como o fizera a LEF, que o ampliara para 5 dias.

A Lei nº 8.009, de 29.3.90, fruto da Medida Provisória nº 143/90, excluiu do rol de bens penhoráveis o imóvel residencial, próprio do casal, ou da entidade familiar, não respondendo por qualquer tipo de dívida fiscal, previdenciária, civil, comercial, ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam proprietários e nele residam, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei (arts. 2º, 3º e 4º).

Carlos Gonçalves, forrado em sólida e rica jurisprudência e doutrina, advoga o caráter especial desse diploma legislativo, objetivando resguardar direitos fundamentais da pessoa humana, que é o da moradia¹⁸, e porque não o da própria família!

¹⁶ Cf. Direito & Justiça, cit., de 17/4/95, p. 4.

¹⁷ Cf. Jorge Hage Sobrinho in, Direito & Justiça cit., de 27.2.95, p. 4.

¹⁸ Cf. *Impenhorabilidade do bem de família*, 2ª ed., Síntese, p. 89.

Contudo, o legislador federal cometeu sério estrago, ao tratar da execução da dívida ativa da União e de suas autarquias e fundações públicas, em sede estranha, permitindo ao exequente, isto é, ao credor, indicar bens à penhora, que se efetivará, concomitantemente, com a citação do devedor, ficando desde logo indisponíveis, o que constitui um retrocesso imperdoável (art. 53 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui o plano de custeio).

10. Embargos à execução

O inciso I do art. 738 foi alterado pela Lei nº 8.953, para sanar dúvida que paraíva, desde a vigência do Código, e resolvida pela LEF, com o auxílio do art. 12 que rege a intimação da penhora ao executado, mediante publicação, no órgão oficial, do ato da juntada do termo ou do auto de penhora. Este mesmo preceito regula, com matemática precisão, a intimação do cônjuge, segundo as regras da citação, a intimação pessoal do executado, se, na citação pelo correio, o aviso de recepção não contiver a assinatura do próprio executado ou de seu representante legal, para não obstar-lhe a defesa, postulado maior consagrado na Constituição.

Bem se houve o legislador de 1994, ao melhorar a redação do comentado inciso I; no entanto, não alterou o prazo para embargar, conquista salutar da LEF, que o ampliara para 30 dias, tanto para os embargos, quanto para a impugnação.

Os embargos terão, sempre, efeito suspensivo, determina o acrescido § 1º do art. 739, como, aliás, se entendia, na execução fiscal¹⁹. O texto aplainou, corretamente, qualquer dúvida, afastando, assim, possíveis dificuldades e polêmicas.

A nova redação do art. 747 é semelhante à do art. 20 da LEF, no trato da execução por carta, atribuindo expressamente ao juiz deprecante competência para instruir e julgar, salvo se os embargos versarem defeitos ou vícios de penhora, avaliação ou alienação dos bens (art. 747) ou vícios, irregularidades de atos do próprio juízo deprecado (art. 20, parágrafo único, da LEF).

11. Defesa do executado e tutela dos seus direitos

O tributo, na sua acepção ampla, é a fonte mais importante, para a satisfação das necessidades do Estado, conquanto não seja a única, devendo, destarte, submeter-se à rígida

¹⁹ Cf. Milton Flaks, op. cit., p. 223.

disciplina do primado da legalidade, sediado, inicialmente, na Carta Magna inglesa de 1215 do Rei João sem Terra.

O Estado fiscalista, perverso, não deve sobrepor-se ao Estado de direito, vez que a carga tributária exagerada e o sistema tributário em frangalhos conduzem necessariamente ao caos e à mais desenfreada corrupção e injustiça, alimentando a sonegação, como consequência dessa situação.

Deve o Estado moderno remover esse entulho, de uma legislação casuística e nem sempre moldada na melhor técnica legislativa.

Para sobrepor-se a essa nefasta realidade, na obtenção da justiça e do equilíbrio, que se constituem no objetivo primordial do direito, há que se assegurar ao súdito uma justiça barata e rápida, com meios eficazes ao seu dispor, como também um instrumental jurídico célere, seguro e racional.

O formalismo exagerado e sofisticado, a burocracia complicada e desgastante devem ceder à simplicidade, num mundo que se transforma, a cada minuto, numa velocidade jamais imaginada.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 manteve a tradição jurídica, com respeito

aos direitos e garantias fundamentais, em matéria tributária, ampliando-os e explicitando-os.

O inciso XXXV do artigo 5º assegura a todos, incondicionalmente, o livre acesso ao Judiciário, para defesa de lesão ou ameaça a direito.

Essa garantia substantiva é corolário da harmonia e independência dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, arcabouço do estado democrático, amparado em três princípios rígidos: economia, segurança e presteza.

O sujeito passivo poderá sempre ingressar em Juízo para fazer valer e restaurar seus direitos, seja através dos embargos à execução, com efeito suspensivo, do mandado de segurança, da ação de repetição de indébito, ação anulatória de débito fiscal, ação de consignação em pagamento ²⁰.

Essa enumeração é, meramente, exemplificativa.

As alterações ocorridas com o Código de Processo Civil também se refletem na Lei de Execução Fiscal, porque aquele diploma aplica-se, subsidiariamente, à execução fiscal, de sorte que suas modificações em muito contribuirão para atingir o objetivo maior que é o de acelerar e desburocratizar o processo judicial.

²⁰ Cf. nosso Instrumentos de Defesa do Contribuinte, in Suplemento Tributário cit., 31/94, e nos Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da Editora Revista dos Tribunais, vol. 7, abril - junho de 1994.

Burocracia, tecnocracia, pseudoburocracia e a Constituição de 1988: tentativas e perspectiva de formação de uma burocracia pública no Brasil

GILBERTO GUERZONI FILHO

A organização da burocracia na Administração Pública brasileira é preocupação que já completou mais de 50 anos. De uma forma geral a história administrativa do País é caracterizada por uma alternância pendular de decisões sobre a matéria. De fato, em raros períodos tem-se, de maneira inequívoca, a presença de elementos que atendem aos pré-requisitos da constituição de uma burocracia orgânica que garanta a qualidade e a continuidade das ações governamentais. Para tal, algumas exigências se apresentam. Inicial e principalmente, é preciso que as formas de admissão ao serviço público tenham como pressuposto mecanismos que assegurem a presença de critérios institucionais e objetivos de aferição do mérito e de igualdade de oportunidade. Trata-se de requisitos não apenas de um serviço público eficiente, mas, também, da própria democracia.

As primeiras tentativas sistemáticas de instituição de uma burocracia orgânica seguem-se à Revolução de 1930, em um período em que o Governo, fruto do esgotamento do modelo de Estado existente até então, percebe a necessidade de sua constituição, para o exercício do poder público de forma eficiente. Trata-se de exigência do próprio crescimento da complexidade da ação estatal. Vale registrar que os anos 30 são marcados pelo fato de que o Governo passa a atuar em novas áreas. É sintomática a criação dos Ministérios da Educação e Saúde Pública e do Trabalho, Indústria e Comércio. A atividade de elaboração e implementação de políticas públicas começa a exigir maior especialização e profissionalismo.

Isto se reflete na Carta Constitucional de 1934, que é a primeira a trazer um título específico para os funcionários públicos.

Gilberto Guerzoni Filho é Consultor Legislativo do Senado Federal.

Dentro do processo de modernização do Estado, o Governo Federal fez aprovar a Lei nº 284, de 1936, que iniciou a sistematização do Serviço Público Federal, adotou os critérios então conhecidos para organização de pessoal, deu partida ao processo de classificação de cargos, separando os cargos efetivos dos em comissão, excluindo estes das carreiras, organizou uma grade de remuneração dos cargos públicos e criou o Conselho Federal do Serviço Público Civil, primeiro órgão voltado especificamente para a gestão da função administrativa no Brasil.

Em 1938, o Conselho Federal do Serviço Público Civil dá origem ao Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, que avançou no sentido de uma sistematização das normas sobre o pessoal civil, consolidando-se o instituto do concurso público e o da estabilidade, e estabelecendo, no Serviço Público Federal, normas modernas de gestão da coisa pública.

O processo de redemocratização que se iniciou a partir da queda do Estado Novo trouxe consigo um desvirtuamento dos trabalhos até então desenvolvidos pelo DASP. Sob pressão do funcionalismo, a Constituição de 1946, no art. 23 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, efetivou os funcionários interinos e extranumerários, admitidos sem concurso público.

A primeira grande tentativa de profissionalizar a Administração Pública não fora suficiente para afastar toda uma tradição de que o serviço público é importante moeda de troca no jogo político-partidário.

Apesar disso, o funcionalismo público ganhou, em 28 de outubro de 1952, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, com a promulgação da Lei nº 1.711. A norma estatutária passou a reger o trabalho no serviço público e o concurso público tornou-se a regra geral de admissão.

Estes princípios foram, entretanto, sistematicamente burlados em toda uma série de diplomas legais posteriores.

Dispõe, por exemplo, o parágrafo único do art. 23 da Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962, em redação vetada pelo Presidente da República e restabelecida pelo Congresso Nacional:

“Art. 23

Parágrafo único. Os servidores que contem ou venham a contar 5 (cinco) anos de efetivo exercício em atividade de caráter permanente, admitidos até a data

da presente lei, qualquer que seja a forma de admissão ou pagamento, ainda que em regime de convênio ou acordo, serão enquadrados nos termos do art. 19 da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960.”

Determina o art. 19 da Lei nº 3.780, de 1960:

“Art. 19. Esta lei abrange a situação dos atuais funcionários, dos extranumerários amparados pelos artigos 18 e 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ou pela Lei nº 2.284, de 9 de agosto de 1954, (VETADO) e pelo art. 264 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (VETADO) ou pessoal a eles equiparado, os quais, com as ressalvas previstas na presente lei, passam para todos os efeitos à categoria de funcionários.”

A Lei nº 4.069, de 1962, representou o último grande e talvez definitivo golpe no sistema de mérito para acesso e desenvolvimento no Serviço Público, cuja implantação foi intentada pelo DASP, a partir de sua criação em 1938. Esta Lei, denominada, pelo eminente jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Evandro Lins e Silva, em julgado proferido sobre a matéria, “lei de favor”, coroou um processo que teve início com a estabilização concedida aos interinos e extranumerários pela Carta de 1946. As conseqüências da Lei nº 4.069, de 1962, foram tanto mais graves na medida em que ensejaram o enquadramento, como servidores públicos, de boa parte dos contratados para trabalhar na estrutura administrativa extraordinária e paralela à máquina regular, montada pelo Governo Federal para a construção e instalação da nova Capital Federal. Todo este processo fez com que, no início da década de 60, estivesse a Administração Federal inchada e incapaz de realizar, de forma eficiente e eficaz, as suas obrigações.

Observe-se o desabafo do Diretor-Geral do DASP, servidor zeloso, preocupado com a moralidade da gestão da coisa pública, ao verificar as situações a que a legislação de pessoal vinha obrigando a Administração a assumir, na Exposição de Motivos nº 103, de 17 de fevereiro de 1964:

“Inferese assim que para desembargar-se de servidores seus admitidos a título precário para servirem em atividades sem o ostensivo e manifesto caráter de permanência, servidores não-estáveis e, portanto, sem aquelas garantias que a Constituição solenemente confere aos

estáveis, a Administração deverá conformar-se à contingência de mantê-los a seu serviço porque a legislação de pessoal foi progressivamente fazendo táboa rasa dos princípios constitucionais e ampliando e fortalecendo de tal maneira os direitos dos funcionários a ponto de hoje não se poder distinguir estável dos que não conquistaram tal direito.”

É importante registrar a situação peculiar do Governo Juscelino Kubitschek, que se elege com um ambicioso programa de atuação, o Programa de Metas, que reflete a necessidade da intensificação da ação do Estado no domínio econômico. O Governo, diagnosticando a incapacidade da máquina administrativa de implementar as políticas públicas propostas, ao mesmo tempo em que não pode alterar, pelas exigências de sua base político-parlamentar, o perfil do serviço público, profissionalizando-o e retirando dele a influência político-partidária, constrói uma estrutura administrativa paralela, para dar efetividade às suas políticas públicas. São os chamados “Grupos Executivos”, que, apesar de seu significado, não perenizam a sua atuação sobre a máquina pública.

A partir dos governos militares, surgidos como conseqüência do Movimento de 1964, inicia-se uma nova tentativa de modernização da Administração Pública brasileira. As exigências do desenvolvimento econômico apoiado na intensa ação do Estado colocam na ordem do dia a necessidade de uma Administração Pública capaz de formular e implementar políticas públicas altamente complexas e sofisticadas, para as quais a estrutura existente não estava preparada.

Como cerne do diagnóstico do problema enfrentado pelo serviço público, colocava-se a necessidade de tornar a máquina administrativa mais ágil, mais próxima dos critérios existentes para a iniciativa privada, o que possibilitaria aumentar a sua eficiência e eficácia. Acreditava-se, na época, que um dos fatores que dificultavam o desempenho do serviço público prendia-se à pouca flexibilidade permitida pelo Estatuto aprovado pela citada Lei nº 1.711, de 1952.

Assim, a partir de 1967, facultou-se à Administração Federal admitir servidores pela Consolidação das Leis do Trabalho, ao lado daqueles estatutários. Esta duplicidade de regimes teve origem na Constituição de 24 de janeiro de 1967, que previa, em seu art. 104, *verbis*:

“Art. 104. Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada”.

Neste sentido, já dispõe o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, no campo da Administração Pública, sistematizou as diretrizes de Governo e que representa, ainda hoje, um dos mais completos e articulados diplomas legais existentes no Brasil sobre a matéria, em seus arts. 96 e 97:

“Art. 96. Nos termos de legislação trabalhista, poderão ser contratados especialistas para atender às exigências de trabalho técnico, em institutos, órgãos de pesquisa e outras entidades especializadas da Administração Direta ou autarquia, segundo critérios que, para esse fim, serão estabelecidos em regulamento.

Art. 97. Os Ministros de Estado, mediante prévia e específica autorização do Presidente da República, poderão contratar os serviços de consultores técnicos e especialistas por determinado período, nos termos da legislação trabalhista”.

Além disso, o Decreto-Lei nº 200, de 1967, também dentro da idéia de aproximar a Administração Pública dos princípios que norteavam a organização da iniciativa privada, consolidou a presença, na máquina pública, das fundações criadas e mantidas pelo poder público (já utilizadas em grande escala pelo Presidente Juscelino Kubitschek na organização de Brasília), definidas como entidades de direito privado e, como tal, não sujeitas às normas da Administração direta e autárquica relativas à admissão de pessoal. Efetivamente, o Decreto-Lei nº 200, de 1967, carrega, ao lado de seu aspecto técnico, um forte viés autoritário, excluindo a ação do Poder Executivo de controles do Poder Legislativo e da sociedade civil.

Posteriormente, o que era exceção tornou-se regra e o que era regra, exceção. O art. 106 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, dispôs:

“Art. 106. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial”.

Regulamentando a matéria e, de fato, estendendo ainda mais o dispositivo constitucional, estabeleceu a Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974:

"Art. 1º Os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica reger-se-ão por disposições estatutárias ou pela legislação trabalhista em vigor.

Art. 2º Para as atividades inerentes ao Estado como poder público, sem correspondência no setor privado, compreendidas nas áreas de segurança pública, diplomacia, tributação, arrecadação e fiscalização de tributos federais e contribuições previdenciárias, e no Ministério Público, só se nomearão servidores cujos deveres, direitos e vantagens sejam os definidos em estatuto próprio, na forma do art. 109 da Constituição Federal.

Art. 3º Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Art. 4º A juízo do Poder Executivo, nos casos e condições que especificar, inclusive quanto à fonte de custeio, os funcionários públicos estatutários poderão optar pelo regime do artigo 3º."

A utilização do regime celetista, celebrado como o moderno, em contraposição ao estatutário, arcaico, teve tal sucesso que, no momento da implantação do regime jurídico único pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dos cerca de 700.000 servidores civis ativos da União, não mais de 150.000 ainda eram regidos pela Lei nº 1.711, de 1952.

O que ocorreu, na prática, foi que grande parte dos servidores admitidos pelo regime celetista o foram sem concurso público e sem direito à estabilidade. De fato, praticamente a totalidade dos servidores admitidos pelas fundações, forma jurídica em que se constituíram grande parte das entidades criadas na época, entrou no serviço público, na melhor das hipóteses, por um processo seletivo simplificado, onde não esteve presente o pressuposto da impessoalidade, nem qualquer mecanismo institucional de avaliação de mérito. Estes servidores foram, muitas vezes, admitidos para prestar serviços na Administração direta. De fato, algumas fundações não passavam de verdadeiras intermediárias de mão-de-obra, aproveitando-se do fato de que não precisavam admitir por concurso e

tinham ampla liberdade de fixação da remuneração de seus servidores. Ainda hoje, é possível observar, nos quadros de algumas fundações, um número desproporcional de servidores cedidos à Administração direta, alguns que durante longo tempo, inclusive, somente tinham comparecido à sua entidade de origem, quando muito, para assinar o contrato de trabalho. Este processo ocorreu, igualmente, na Administração direta e nas autarquias, com as chamadas tabelas especiais.

Impõe-se, aqui, observar que diversas empresas públicas e sociedades de economia mista, também criadas ou ampliadas em profusão durante a década de 70, foram utilizadas como intermediadoras de mão-de-obra para a Administração direta, à semelhança das fundações. Algumas chegaram e ainda chegam a possuir mais da metade de seus empregados prestando serviços na Administração direta, além de ser comum a existência de "falsas empresas", que somente adotaram esta personalidade jurídica para fugir de controle, uma vez que não exercem atividades com qualquer característica empresarial.

Também dentro do processo de modernização, foi promulgada a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, que "estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências". Este diploma legal foi, igualmente como o Decreto-Lei nº 200, de 1967, fundamental para a reorganização da Administração Pública Federal, e representou o mais completo e a melhor sistematização e classificação de cargos até então feita.

Ao lado disto, entretanto, a citada Lei nº 5.645, de 1970, estabelece o instituto da ascensão funcional. Trata-se de instituto que existia anteriormente, sob a denominação de acesso, na Lei nº 3.780, de 1960, e que permitia ao servidor ter acesso a cargo diverso do que exercia, mediante processo seletivo interno.

O instituto era permitido pela Constituição anterior, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que dispunha, no § 1º de seu art. 97:

"Art. 97

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei."

A ascensão caracteriza-se como provimento derivado. Conforme a definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, in *Curso de Direito Administrativo*, pp. 150-1:

“Os provimentos *derivados*, como o nome o indica, são aqueles que derivam, ou seja, que se relacionam com o fato de o servidor ter ou haver tido algum vínculo anterior com cargo público. Nele se radica a causa do ulterior provimento. (...)”

Provimento derivado vertical é aquele em que o servidor é guindado para cargo mais elevado. Efetua-se através das formas de provimento denominadas (a) *promoção* (...) e (b) *ascensão*.

.....
Ascensão é a elevação de cargo alocado na classe final de uma carreira prevista como complementar da anterior e na qual parte dos cargos é preenchível por concurso público e parte reservada para serem providos pelo meio referido.”

O instituto da ascensão, cuja existência foi justificada pela necessidade de se dar maior coerência às carreiras, converteu-se, de fato, numa forma de burla ao princípio do concurso público. Mediante o instituto, a escolha de ocupante dos cargos mais elevados passou a ser, em grande medida, feita entre os próprios servidores, anulando, na prática, o direito ao livre acesso aos cargos públicos.

Observe-se, inclusive, que, no decorrer do tempo, as exigências para a realização da ascensão funcional foram se tornando cada vez menos rígidas. A situação chegou a tal ponto que o Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987, que regulamentou o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos – PUCRCE das instituições federais de ensino, determina que somente seria aberto concurso público para os cargos técnico-administrativos das escolas federais se houvesse vagas remanescentes de processo seletivo interno.

Em nosso entendimento o instituto da ascensão não se justifica, uma vez que se o servidor é competente para ter acesso ao cargo mais elevado, ele lhe é dispensável; se é apenas para facilitar este acesso, em desrespeito ao princípio isonômico com os demais cidadãos, ele é indefensável e representa mera garantia corporativa.

A ascensão desatende aos dois princípios que justificam a existência do concurso público,

o direito de igualdade no acesso ao cargo público e a obrigação de a Administração escolher, sempre e de forma impessoal, o melhor para o desempenho de determinada função.

Além disso, a ascensão gera um problema de desestímulo no desempenho das funções de nível mais elementar, que perdem o seu significado, transformadas em meros canais de acesso para aquelas mais complexas.

Registre-se que a ascensão não representou grande problema na época, uma vez que, como regra, o concurso público não era a forma de acesso aos cargos estratégicos de alta direção, aos quais se chegava por critérios de escolha e cooptação, conforme referido anteriormente.

A tentativa modernizadora tentada a partir do Decreto-Lei nº 200, de 1967, e dentro da qual se insere a Lei nº 5.645, de 1970, cujos méritos são inegáveis, acabou tendo como resultados o contrário do pretendido. É importante registrar que isto não ocorreu por uma distorção da implantação da reforma, mas pelos erros de seus pressupostos, demonstrados a longo prazo.

A máquina administrativa emerge do período dos governos militares absolutamente desestruturada. Cresceu o número de servidores, grande parte deles contratados sem qualquer forma de controle. Não se constituiu uma burocracia orgânica; pelo contrário, constituiu-se a chamada tecnocracia, no sentido em que as funções de alta direção burocrática passaram a ser ocupadas por técnicos não ligados à Administração direta, não vinculados à burocracia tradicional, organizada em carreiras. Conforme Luiz Alberto dos Santos, in *O modelo brasileiro para a organização da alta administração*:

“Oriunda do meio acadêmico, do setor privado e das empresas estatais, e de órgãos do próprio Governo, esta tecnocracia – mais por méritos e ligações políticas e ideológicas de indivíduos do que por uma identidade de classe – supriu a Administração Federal de quadros para a alta administração. O processo de recrutamento destes quadros deu origem, em alguns casos, à formação das chamadas ilhas de excelência em determinados órgãos ou entidades, que vieram a se tornar provedores de pessoal qualificado para a alta hierarquia ministerial e para o exercício das atividades de formulação de políticas e regulação econômica.

A forma como tal processo se desenvolveu, a partir de iniciativas isoladas ou

condições políticas ou econômicas muito localizadas, não se constitui num meio institucionalizado para o recrutamento da alta administração. (:)

Apesar de, em muitos casos, a atuação de seus integrantes no âmbito da Administração ter-se processado por períodos prolongados, a tecnocracia não conformou um *ethos* de serviço público. No mais das vezes, a sua ação se aproxima do esperado de profissionais do setor privado atuando circunstancialmente no setor público. Comprova esta afirmação o fato de que, em muitos casos, integrantes da tecnocracia tornaram-se consultores ou empresários no setor privado, após a sua saída do serviço público, mantendo com a Administração uma relação profissional em que esta tornou-se cliente dos seus serviços, ao mesmo tempo em que suas experiências no setor público tornavam-se um cobiçado produto colocado à disposição do mercado. Detentores de um *know-how* técnico, atuavam despidos da ideologia ou da consciência do papel de árbitros e articuladores das demandas sociais, indispensável aos agentes responsáveis pela formulação e implementação de políticas públicas, o que pode ser parcialmente explicado pelas regras do jogo vigentes durante o período autoritário. Neste sentido, cumpriram o papel esperado de técnicos politicamente neutros, formados à margem de valores, num contexto em que o debate e a articulação com o Poder Legislativo e a sociedade não eram fatores essenciais à sua atuação.”

Ao mesmo tempo é destruído o remanescente de burocracia tradicional, tanto pelo dito acima, quanto pelo instituto da ascensão, que contribuiu para a completa desmoralização do concurso público e de todos os sistemas institucionais de mérito para admissão e progressão na Administração Pública.

As tentativas de flexibilização levadas adiante, se bem sucedidas no início, fracassam justamente por não conseguirem constituir um mecanismo permanente de controle dos entes descentralizados e pela inexistência da constituição de uma burocracia orgânica.

Na verdade, a autonomia alcançada pelas fundações e pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, admitida e suportável

no período de crescimento econômico, atingiu níveis insuportáveis para as finanças públicas no período de crise de financiamento do Estado que se seguiu, na década de 80. Começaram a ser criados mecanismos crescentes de controles sobre estas entidades, ao mesmo tempo em que se diagnosticava a necessidade de se dar maior organicidade à Administração Pública.

A partir do processo de redemocratização, com o Governo Tancredo Neves/José Sarney, ensaiou-se uma nova tentativa de modernização da Administração Pública. Neste sentido, colocou-se a discussão da necessidade de unificação dos regimes jurídicos dos servidores públicos, do fortalecimento da Administração direta e do restabelecimento integral do instituto da estabilidade. Inicialmente, a Secretaria de Administração Pública da Presidência da República – SEDAP, órgão sucessor do DASP, propôs a criação de um novo regime jurídico, denominado “civilista”.

Dentro dessa tentativa, e com vistas ao reforço da burocracia, insere-se a criação das carreiras de Finanças e Controle, de Orçamento e de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, na busca da instituição de carreiras destinadas à alta administração. A criação dessas carreiras, entretanto, não cumpriu os seus objetivos.

Com relação às carreiras de Finanças e Controle e de Orçamento, o problema foi de origem. Na constituição dessas carreiras pelos Decretos-Leis nº 2.346 e 2.347, ambos de 23 de julho de 1987, determinou-se, em dispositivos cuja constitucionalidade pode ser contestada, mesmo sob a égide da Constituição de 1969, que qualquer servidor que estivesse em exercício em órgãos do sistema de controle interno e de orçamento, independentemente de seu cargo, formação, ou da atividade que estava desempenhando, passasse, de forma automática, respectivamente, à carreira de Finanças e Controle e à de Orçamento. Como não se burla, impunemente, o princípio do concurso público, tem-se a situação, hoje, de graves problemas de qualificação e de adequação do perfil dos Analistas e Técnicos de Finanças e Controle e de Orçamento. Apenas recentemente vem sendo realizada a seleção de novos servidores para a carreira através de concurso público específico. Assim, manteve-se na origem dessas carreiras os mesmos graves problemas que ensejaram a sua criação.

Quanto à carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, o

problema foi a descontinuidade. Foi realizado apenas um concurso público, em 1988, com grande divulgação, ao qual concorreram quase 70.000 candidatos às 120 vagas oferecidas. A carreira foi criada pela Lei nº 7.834, de 6 de outubro de 1989, tendo sido empossados nos seus cargos cerca de 100 servidores.

Apesar do significado destas tentativas, que marcaram a Administração Pública, elas tiveram, pelos motivos referidos, resultados limitados e bem aquém do esperado.

Na Constituinte de 1987/88, caminhou-se no sentido da aprovação da unificação dos regimes jurídicos dos servidores públicos, erigida em norma constitucional no art. 39 da Lei Maior, e do fortalecimento dos controles sobre a Administração Pública.

Pela primeira vez, de forma inequívoca, o concurso público foi explicitado como única forma de acesso ao cargo e ao emprego público. Até então a norma do concurso público sempre permitiu mecanismos que deram condições à sua burla. Na Carta de 1946, a exigência de concurso restringia-se aos cargos de carreira, liberando a nomeação para os cargos isolados. Na Carta de 1967, a exigência de concurso existia apenas para o primeiro provimento em cargo, permitindo a ascensão funcional e a livre contratação de servidores pelo regime celetista. Determina a Carta de 1988, em seu art. 37, II:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.....
II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Este dispositivo vem sendo interpretado de forma estrita pelo Supremo Tribunal Federal em todas as ações que chegam àquela Corte, tendo se tornado fundamental para a moralização da gestão da coisa pública. Todas as tentativas de burlar o dispositivo vêm sendo bloqueadas, com grande coragem, pelo Pretório Excelso. Firma-se a jurisprudência da necessidade da realização

de concursos públicos específicos para o provimento dos cargos públicos. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 231, de 1992, julgada em 5 de agosto de 1992, um marco da jurisprudência administrativa brasileira, a decisão foi vazada nos seguintes termos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ASCENSÃO OU ACESSO, TRANSFERÊNCIA E APROVEITAMENTO NO TOCANTE A CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS.

O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para cargos subseqüentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a *promoção*.

Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a *promoção*, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados.

O inciso II do art. 37 da Constituição Federal também não permite o *aproveitamento*, uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo.”

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar, no julgamento da ADIN nº 837, de 1993, suspendendo os dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990, que mantinham o instituto da ascensão.

Por oportuno, registre-se que, hoje em dia, não cabe nem mesmo o argumento de que uma carreira poderia ser composta de cargos de níveis diversos e que a mudança de nível seria

objeto de promoção e não de ascensão. Tratar-se-ia, apenas, de tentar dar ao instituto da ascensão denominação diversa para dar-lhe roupagem de constitucionalidade. Observe-se, v.g., a decisão do STF sobre o Mandado de Segurança nº 21.420, de 1993, impetrado por técnicos de finanças e controle externo da carreira de finanças e controle externo do Tribunal de Contas da União (cargos de nível médio) contra decisão da Corte de Contas de realizar concurso público, e não interno, para provimento dos cargos de Analista (nível superior), da mesma carreira:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ASCENSÃO FUNCIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. DIREITO INEXISTENTE.

Técnicos de finanças e controle externo do TCU que pretendem ascender a Analistas daquela Corte, impedindo a realização de concurso público para o provimento destes cargos. Como espécie de provimento derivado, a ascensão é inconstitucional.

Mandado de segurança indeferido.”

A própria hipótese da transformação de cargos foi excluída. Aqui, também, já se manifestou a Corte Suprema, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 266, de 1993, cuja decisão, tomada em 18 de junho de 1993, tem a seguinte ementa:

“Embora, em princípio, admissível a *transposição* do servidor para cargo idêntico de mesma natureza em novo sistema de classificação, o mesmo não sucede com a chamada *transformação* que, visto implicar alteração do título e das atribuições do cargo, configura novo provimento, a depender da exigência de concurso público, inscrita no art. 37, II, da Constituição.”

Hoje, não mais se contesta, inclusive, a exigência do concurso público para admissão de empregados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades de direito privado integrantes da Administração Pública, que chegou a provocar grande debate. A polêmica surgiu no cotejo de dois dispositivos da Carta vigente. São eles o art. 37, II, acima transcrito, e o art. 173, § 1º, que se transcreve a seguir:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando

necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

Vale historiar o debate sobre a questão pelo seu significado. O assunto é de transcendente importância por esclarecer o alcance moralizador do texto da Constituição de 1988, inesperado até por alguns ilustres analistas.

A primeira orientação geral sobre a matéria, no âmbito do Poder Executivo, nasceu do Parecer nº SA-6, de autoria do eminente Consultor-Geral da República Sebastião Baptista Affonso. O citado parecer foi aprovado pelo Presidente da República em 25 de agosto de 1989 e publicado no *Diário Oficial* da União de 28 subsequente, tornando-se, daí, norma vinculante para a Administração Federal. No parecer em tela, assim se manifestou o seu ilustre autor:

“Vê-se, da análise dos dispositivos constitucionais pertinentes, que a exigência do *concurso público*, até o advento da Constituição de 1988, só se dirigia aos *cargos públicos*, como tais considerados os dos órgãos da Administração direta e os das entidades autárquicas.

Originalmente, aliás, as Constituições não se referiam às entidades da Administração indireta ou a elas pouco se reportavam. À medida, porém, em que se avolumavam, o legislador passou a estender-lhes controles, de que procuravam esquivar-se. A Emenda nº 1, de 1969, avançando, submeteu-as à *supervisão ministerial* (art. 85, I).

A Carta Política atual, todavia, inovou muito.

Toda a Administração Pública direta e indireta, agora, está obrigada a obedecer aos princípios constitucionais de *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade*, dentre outros enumerados no artigo 37 da vigente Constituição.

É fora de dúvida que integram a

Administração indireta as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações, criadas em virtude de lei específica, ainda mesmo como sendo pessoas jurídicas de direito privado.

Os princípios indicados no artigo 37 da Constituição, dos quais decorrem os elencados sob os incisos I a V, são de plena aplicação àquelas entidades. Os seus empregos são acessíveis aos brasileiros, que preencham os requisitos estabelecidos em lei. A sua investidura, ressalvados os comissionados de livre nomeação e exoneração, depende de prévia aprovação em *concurso público*. Essa forma de competição seletiva, como visto, restringe a discricionariedade do administrador, condicionando a sua escolha de empregados, segundo critérios de impessoalidade, observados os ditames da moralidade administrativa.

São, portanto, preceitos fundamentais irrecusáveis.

Além disso, não se pode olvidar que, agora, os atos de *administração de pessoal*, a qualquer título, na *Administração Federal direta e indireta*, estão sujeitos ao exame de legalidade, por parte do Egrégio Tribunal de Contas da União (artigo 71, III, da Constituição), sendo a preterição do concurso público, portanto, vício suscetível de nulificar a contratação de empregado pelas estatais (Lei nº 4.717/65, art. 4º, item I).

Conquanto as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista* estejam sujeitas ao regime jurídico próprio das *empresas privadas*, inclusive quanto às *obrigações trabalhistas e tributárias*, não podendo gozar de *privilegios fiscais não extensivos às do setor privado* (art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição), estão paralelamente subordinadas, também, a exigências próprias do setor público, como a da obrigação de licitar, a da declaração dos bens, e dos limites de remuneração, como também o sujeitar-se à ação popular.

Diante de todo o exposto, chega-se à conclusão de que as entidades estatais, como regra geral, estão subordinadas à exigência de prévia habilitação em

concurso público, para as novas contratações de empregados, salvo os comissionados, os de confiança, e os casos de eventual necessidade da dispensa ou inexigibilidade dessa competição seletiva, a merecer exame de *per si*.”

Posteriormente, o Professor Clóvis Ferro Costa, sucessor de Sebastião Baptista Affonso na Consultoria-Geral da República, julgou necessário rever-se a questão. Emitiu, então, o Parecer nº FC-1, também aprovado pelo Presidente da República, em 31 de outubro de 1989, e publicado no *DOU* de 1º de novembro seguinte. A partir daí, passou a ser o seguinte o entendimento sobre a matéria, vinculante para a Administração Federal:

“Os cargos ou empregos públicos são acessíveis apenas mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo as exceções estritas previstas na Constituição. A Constituição, ao definir os servidores públicos civis, não visou aos empregados das sociedades de economia mista que desempenham atividade econômica com o fim de lucro. Quanto a estes, remeteu-os ao art. 173 e os equiparou ao regime jurídico das empresas privadas.

.....
Data venia, opinamos, assim, por uma revisão do anterior pronunciamento desta Consultoria Geral (Parecer nº SA-6) (...) para concluir sobre a sua inaplicabilidade em empresas, e sobretudo quanto aos trabalhadores vinculados ao setor operacional.

Nos termos da Constituição, seu estatuto deverá ser o da empresa privada”.

À guisa de comentário, acreditamos ser importante registrar, aqui, a nossa discordância com o entendimento enunciado nesse último parecer. Em nenhum momento, a Lei Maior determina o concurso público para admissão às empresas públicas e sociedades de economia mista pelo fato de seus empregados serem servidores públicos civis, mas pelo fato de essas entidades integrarem a *Administração Pública*. A exigência de concurso público consta da seção I do capítulo sobre *Administração Pública*, que trata das disposições gerais, e não de sua seção II, que dispõe sobre os servidores públicos civis.

Não é difícil entender a rápida mudança de

opinião do Poder Executivo sobre a matéria, quando se perceberam os estreitos limites que o entendimento original impunha sobre o poder discricionário dos administradores públicos. Pela primeira vez, passava a ser impossível a utilização de subterfúgios para a admissão de servidores sem concurso, contornando o texto constitucional.

O Tribunal de Contas da União, que já vinha suscitando a questão desde a sessão realizada em 28 de julho de 1989, tomou decisão sobre a matéria na sessão ordinária do plenário de 16 de maio de 1990, publicada no *DOU* de 6 de junho de 1990, que foi vazada nos seguintes termos:

"O Tribunal Pleno, por unanimidade, acolheu, ante todas as considerações feitas, o entendimento firmado pelo Relator, e adiante enumerado, em decorrência das questões suscitadas por S. Exa., em requerimento formulado na sessão ordinária realizada em 28 de junho de 1989 (Ata nº 30/89, in *DOU* de 20 de julho de 1989):

"1) as entidades integrantes da Administração indireta, nela compreendidas as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, *estão, em regra geral, sujeitas à exigência de concurso público*, prevista no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, para admissão de seu pessoal, ressalvadas as exceções que menciona;

.....

3) as empresas públicas e sociedades de economia mista, mesmo aquelas que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada, *não poderão realizar contratações* de pessoal, inclusive daquele vinculado ao setor operacional da atividade fim, *sem o prévio certame público*, a menos que *emenda à Constituição* venha estabelecer expressamente essa exceção, ou autorizar a adoção, por estas empresas, de métodos simplificados de seleção de pessoal, de modo a se evitar que a delonga no provimento de determinados cargos ou empregos implique sérios prejuízos para as entidades, com reflexos negativos na atuação do próprio Estado."

Determinou, ainda, por sugestão do Relator, que se desse conhecimento da presente decisão do Plenário ao Congresso Nacional e aos sistemas de controle interno dos três (3) Poderes da União, bem como, a título de colaboração, aos Tribunais de Contas do País."

Após a citada decisão, a Corte de Contas vem, reiteradas vezes, determinando às empresas públicas e sociedades de economia mista, cujas contas examina, sejam tornadas nulas as contratações realizadas após 6 de junho de 1990 (data da publicação da primeira manifestação do Tribunal sobre a matéria), sem prévio concurso público (v.g. Ata nº 56/90 – Plenário – Proc. TC 019.068/90-5; Ata nº 8/91 – Plenário – Proc. TC 575.400/89-7; Ata nº 22/92 – Plenário – Proc. TC 006.658/89-0 – Decisão nº 236/92; Ata nº 16/92 – 2ª. Câmara – Proc. nº TC 034.080/91-0 – Decisão nº 202/92 e Proc. nº TC 250.521/91-1 – Decisão nº 204/92; Ata nº 24/93 – Plenário – Proc. nº TC 674.054/91-1 – Acórdão nº 56/93; Ata nº 29/93 – Plenário – Proc. nº TC 024.653/92-6 – Decisão nº 283/93; e Ata nº 30/93 – Plenário – Proc. TC 325.308/92-6 – Decisão nº 311/93).

A questão chegou à Corte Suprema através de mandado de segurança impetrado contra a decisão do Tribunal de Contas da União. O *writ* recebeu o nº 021.322/92, foi relatado pelo ilustre Ministro Paulo Brossard e denegado pelo Tribunal Pleno em 3 de dezembro de 1992. É a seguinte a ementa da decisão:

"CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA E FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO.

A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da lei e mediante concurso público, é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168.

Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II.

Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público.

As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão

sujeitas à regra, que envolve a Administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está, igualmente, sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º.

Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição”.

Assim, não restam dúvidas acerca da sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista, mesmo aquelas que exploram atividade econômica, à obrigatoriedade do concurso público para admissão de pessoal, após a edição da Constituição de 1988.

Ao lado disso, nos últimos anos, as empresas públicas e sociedades de economia mista (e, também, outras entidades e órgãos públicos), em razão do crescimento das restrições impostas sobre elas, especialmente na área de admissão de pessoal, vêm procurando promover a terceirização de grande parte de suas atividades, muitas vezes até mesmo das suas atividades-fins. Sob a égide do Enunciado nº 256, a Justiça do Trabalho, nestes casos, vinha reconhecendo o vínculo desses empregados com o tomador dos serviços.

Atenta a essas questões, a Corte de Contas vem recomendando aos dirigentes das empresas vinculadas à Administração Federal que se abstenham de realizar contratação indireta de mão-de-obra para funções previstas nos respectivos planos de cargos e salários, uma vez que tal procedimento pode configurar vínculo com a empresa (v.g., Anexo XI da Ata nº 44, de 13 de setembro de 1989; Decisão nº 203/92 – 2ª Câmara; Acórdão nº 56/93 – Plenário; Decisão nº 311/93 – Plenário).

Nos últimos tempos, entretanto, vem a Justiça do Trabalho proferindo acórdãos no sentido da impossibilidade de reconhecimento de vínculo laboral com entidades públicas sem a existência de prévio concurso público. É a seguinte a Ementa do Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Recurso Ordinário nº 006.590/90, publicado no *Diário da Justiça* de 12 de fevereiro de 1992:

“SERVIDOR PÚBLICO. ADMISSÃO SEM CONCURSO. CONSEQÜÊNCIAS.

Por imposição constitucional, a única forma de ingresso no serviço público é

através do concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as hipóteses previstas no inciso II do art. 37 da Constituição Federal. A não-observância de tais pressupostos poderá implicar na nulidade do ato, mas jamais o reconhecimento da relação de emprego”.

Citamos, a seguir, a ementa do Acórdão do TRT da 3ª Região, R.O. nº 010.791/91, publicado em 10 de setembro de 1992, *verbis*:

“A admissão de empregado pela Administração Pública, após o advento da Constituição Federal de 1988, sem a prévia aprovação em concurso público, implica a nulidade absoluta do contrato de trabalho, não gerando quaisquer conseqüências jurídicas de natureza trabalhista, ao teor do § 2º do art. 37 da Constituição Federal.”

A 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista nº 041.028/91-7, de 12 de abril de 1993, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra decisão do TRT da 4ª Região que reconheceu vínculo empregatício deste com empregado contratado indiretamente, assim se manifestou, através do Acórdão nº 872/93, dando provimento ao recurso:

“Alega (o Estado do Rio Grande do Sul), em abono à sua tese, que a hipótese dos autos não é alcançada pela Lei nº 6.109/74 e, menos ainda, pelo Enunciado nº 256, da Jurisprudência Simulada do TST, pois, se assim fosse, estar-se-ia admitindo fraude à Constituição Federal, que determina a forma escoreta de ingresso no serviço público, através de concurso preservador de igual oportunidade a todos.

Realmente, a se persistirem os entes de direito público como destinatários do Diploma Legal e do Enunciado nupercitados, estaria perpetrada a ofensa ao art. 37, II do novel texto constitucional” (...).

Verifica-se (...) da Carta Magna (...) que o concurso público é da essência do ingresso em qualquer função pública, salvo os casos excepcionados, com os quais não se mistura este em tela.

Este princípio tem gozado de prestígio nesta Corte, que vem buscando, até mesmo ampliá-lo de forma considerável,

quando, por exemplo, nele abrigou, dos efeitos lançados pela Lei nº 6.019/74, situações daquelas entidades de direito privado que impõem, como condição para ingresso em seus quadros de empregados, a aprovação em concurso (...)

Também sobre a matéria, ainda que com diferente enfoque, decidiu a 3ª Turma daquele Tribunal Superior, no Acórdão nº 702/93, de 15 de março de 1993, Recurso de Revista nº 49.036/92-0:

“Trata-se de contratação de empregado, por empresa interposta, para prestar serviços de zeladoria à empresa pública (INFRAERO).

A reclamante pretendeu o reconhecimento do vínculo empregatício com a empresa pública, o que foi deferido pelas instâncias ordinárias, com base no Enunciado nº 256 da Súmula.

Ocorre, porém, que a intermediação de mão-de-obra na hipótese dos autos, por se tratar de empresa pública, está legitimada pelo Decreto-Lei nº 200/67, ao dispor, em seu art. 10, § 7º, que a Administração Pública pode contratar, por via indireta, com o objetivo de *impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa* (...)

Ainda, o Decreto-Lei nº 2.300/86 disciplina que o contratado é responsável por todos os encargos decorrentes do contrato de prestação de serviços, o que desobriga a Administração Pública no que respeita a tais encargos.

À vista do exposto, não há responsabilidade solidária, nem subsidiária entre a INFRAERO e a empresa prestadora de serviços, não incidindo a hipótese do Enunciado nº 256 da Súmula.

Dou provimento ao recurso para, declarando inexistir relação de emprego entre reclamante e a reclamada, INFRAERO, bem como no caso, responsabilidade solidária desta, excluir da condenação a mencionada reclamada”.

Recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho, ao rever o Enunciado nº 256, emitiu o Enunciado nº 331, in *Diário da Justiça* de 21 de dezembro de 1993, que explicita:

“A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não

gera vínculo de emprego com os órgãos da administração direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República)”.

Observa-se do exposto que, pela primeira vez, a lei e a jurisprudência vêm garantindo, no campo do Direito Administrativo brasileiro, o primado absoluto do concurso público específico como forma de acesso ao serviço público efetivo.

Certo que a Constituinte foi além, a Constituição de 1988 não apenas determinou a instituição do regime jurídico único, mas erigiu o concurso público como norma fundamental e reafirmou o instituto da estabilidade aos servidores concursados. O texto constitucional também cometeu grave deslize no sentido de dificultar o caminho da Administração Pública rumo à institucionalização de uma burocracia organicamente estruturada. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 19, determinou a Lei Maior:

“Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.”

À guisa de comentário, é importante registrar, neste ponto, que o dispositivo acima referido criou, ainda, um grave problema técnico, na medida em que concedeu estabilidade, sem a efetivação dos servidores em seus cargos. Assim, teríamos uma situação de dissociação

dos dois institutos. A Lei nº 8.112, de 1990, passando por alto do debate que já havia em torno da questão, em seu art. 243, determinou a efetivação de todos os servidores públicos, ocupantes de cargo efetivo ou emprego permanente na data de sua vigência, independentemente de sua forma de acesso no serviço público ou tempo de exercício na função pública, ao total arrepio do dispositivo da Constituição, ultrapassando-o na sua já extrema generosidade.

Sobre o assunto, afirma, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, na p.145, de seu *Curso de Direito Administrativo*:

“Aliás, a sobredita lei (8.112/90) não apenas instituiu tal regime (estatutário) como geral, aplicável a quaisquer servidores públicos civis da União, mas também, (...) inconstitucionalmente, colocou sob sua égide servidores não concursados que haviam sido admitidos pela legislação trabalhista e transformou seus empregos em cargos públicos, independentemente do tempo de serviço que tivessem”.

Ivan Barbosa Rigolin, em seus *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*, chega mesmo a se revoltar, na p. 364:

“O art. 243, ponto mais baixo de qualidade técnica a que desceu o legislador nesta L. 8.112 (Lei nº 8.112/90) simplesmente transformou, contrariando a Constituição, empregos, onde havia servidores estabilizados, em cargos estatutários.”

É importante registrar que o Supremo Tribunal Federal vem declarando a inconstitucionalidade de todas as leis estaduais e municipais que contenham dispositivos similares, veja-se, v.g., a decisão, já de mérito, tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 391, relativa ao estatuto dos servidores do Estado do Ceará. Não seria diferente, provavelmente, a decisão sobre a inconstitucionalidade do citado art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990, caso a matéria seja alçada àquela Corte Suprema.

Vale observar que a questão é de grande extensão, pois significa, por exemplo, colocar em discussão as mais de 120.000 aposentadorias estatutárias concedidas pela União aos servidores que foram objeto do citado art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990.

Conforme já se referiu acima ao tratar-se da Constituição de 1946, a estabilização prevista na Carta de 1988 não constitui, também, novi-

dade em nosso Direito Constitucional. Citando Wolgran Junqueira Ferreira, in *Comentários à Constituição de 1988*, pp.1.236/7:

“Interessante notar que a história se repete. A Constituição de 24 de janeiro de 1967, no parágrafo 1º do artigo 97, estabelecia que a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de prova ou de prova e títulos, salvo os casos indicados em lei.

Mas, ela mesma, no parágrafo 2º do artigo 177, dispunha: “São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contem, pelo menos, cinco anos de serviço público”.

Cria-se, assim, um círculo vicioso. Uma Constituição proíbe o ingresso no funcionalismo, a não ser pelo concurso, a proibição não é observada e a Constituição subsequente sacramentando a admissão feita ao arrepio da anterior.

Assim, a de 1967 sacramentou as nomeações feitas no arrepio da Constituição de 1946, a de 1988 unge as nomeações feitas contrariamente à Constituição de 1967 e, provavelmente, a revisão constitucional a ser feita em 1993, conforme dispõe o artigo 3º destas Disposições Transitórias, consagrará os que não foram contemplados por este artigo.

E assim, sucessivamente, o país vai se tornando cada dia mais inconfiável.

O povo não acredita no governo, a falta de credibilidade gera desânimo, falta de objetivo e uma série de fatores negativos ao próprio desenvolvimento nacional, pois o povo perde a crença, a esperança e daí para frente pouco resta.”

No mesmo sentido, desabafa Ivan Barbosa Rigolin, na p. 65 de sua obra acima citada:

“Qualquer outra forma de estabilização de servidor (*que não a regra geral do corpo permanente da Constituição*) há que ser tida como excepcional, como o fez no art. 19 do ADCT – em dispositivo que sempre envergonhará o deputado e o senador constituinte de 1988, verdadeira mácula injustificável, destituída do menor interesse público como se constitui,

a qual premiou o mau servidor, ingresso pela porta dos fundos por proteção, apadrinhamento e motivação inconfessável, e que passou a ocupar o lugar de quem teria condições de habilitar-se em concurso”.

Assim, o procedimento de estabilização de servidores não-concursados pode ser encontrado, também, nas Constituições de 1934 (art. 169) e de 1946 (art. 23 do ADCT).

As Constituições estaduais foram ainda mais longe. A do Estado do Acre determina a estabilidade do servidor que contar cinco anos de exercício na data de sua publicação, sem qualquer exceção, dando margem à estabilização de empregados de estatais e ocupantes de cargos temporários. As da Bahia, do Ceará, do Maranhão e do Rio Grande do Norte estabilizaram, explicitamente, os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Constituição de Santa Catarina estabilizou os servidores admitidos em caráter transitório e nem mesmo exigiu que os cinco anos de exercício para obtenção do direito fossem continuados.

No Piauí, todos os servidores admitidos até seis meses antes da promulgação da Constituição, inclusive a título de prestação de serviços, ganharam estabilidade, somente podendo ser demitidos se, submetidos a concurso público de provas e títulos, não lograssem aprovação.

Em Minas Gerais, foram estabilizados os servidores das empresas públicas e sociedade de economia que prestavam serviços à Administração direta.

A Lei Orgânica do Distrito Federal facultou aos empregados das estatais, que optaram pelo regime celetista quando da transformação de seus órgãos em empresas, retornar à situação anterior.

É necessário registrar que diversos desses dispositivos foram derrubados pelo Supremo Tribunal Federal por inconstitucionalidade.

Do exposto, observa-se que, no Brasil, a questão da concessão de estabilidade do servidor público sempre extrapolou o limite do interesse público, guiando-se, muitas vezes, pelas pressões do momento. A estabilidade confundiu-se com um prêmio devido ao servidor público, exclusivamente pelo fato de ele ocupar um cargo ou emprego na Administração Pública.

Por outro lado, de fato, o instituto da estabilidade, ainda que altamente generalizado –

talvez mais do que em qualquer outro país –, não produziu na nossa Administração Pública uma efetiva continuidade. A Administração brasileira, malgrado a estabilidade no serviço público alcançada por seus servidores, padece de uma instabilidade funcional de grandes proporções. As mudanças constantes de direção nos órgãos e entidades conduzem ao que é denominado “dança de cadeiras”. O quadro dirigente não se modifica no total, mas as pessoas estão, a cada momento, em um determinado órgão ou entidade. Assim, a estabilidade é inútil para assegurar continuidade e permanência. Tal situação somente pode ser corrigida com um plano de carreiras sério e com a constituição efetiva de uma burocracia.

O que aconteceu foi a constituição de algo que poderíamos denominar de pseudoburocracia, composta pela antiga tecnocracia que, em muitos casos, foi estabilizada e efetivada em cargos públicos. Isto ocorreu com aqueles que foram contratados pelas fundações e pelas chamadas tabelas especiais. Com relação aos componentes da tecnocracia contratados por empresas públicas e sociedades de economia mista, que, da mesma forma que as fundações, eram utilizadas como agências de recrutamento de quadros, eles permaneceram na Administração direta, formalmente requisitados de suas entidades de origem. Estes dois grupos constituem, hoje, boa parte da alta administração, e, apenas aparentemente, podem ser classificados como uma burocracia, uma vez que não têm organicidade, e, mais grave, foram alçados a elevadas funções públicas sem, quase nunca, terem sido submetidos a mecanismos institucionais de aferição de mérito. Como corolário de sua origem, esta pseudoburocracia, por não ter tido a sua vida funcional vinculada a procedimentos institucionalmente definidos, ao contrário da burocracia clássica, não guia suas ações pelos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade.

Outro aspecto que merece destaque é a situação em que se encontra a Administração Federal como um todo, após as sucessivas reformas por que passou nos últimos anos. Desde o final do período militar que a prática de promover alterações no organograma do Poder Executivo passou a ser sinônimo de reforma administrativa. Tanto as crises da Administração Pública quanto as políticas intentou-se corrigir com uma seqüência incansável de fusões, extinções e criações de ministérios e órgãos de

primeiro escalão no Poder Executivo que conduziram a uma situação de quase impossibilidade de andamento normal das atividades administrativas. Os inventários se sucedem, os servidores são deslocados permanentemente, os materiais pertencem, a cada momento, ao patrimônio de um órgão distinto, o orçamento é dividido e redividido, os dirigentes se alternam às dúzias, o próprio espaço físico ocupado pelos diversos órgãos fica permanentemente indefinido. Neste quadro, administrar se transforma quase numa aventura sem resultados práticos.

Tudo isto conduz a uma gigantesca crise gerencial, onde não se investe na organização de carreiras de alta administração ou em capacitação dos recursos humanos existentes.

As soluções para o equacionamento da crise por que passa a Administração Pública somente podem ser efetivas se o diagnóstico for correto. Ou corremos o risco de repetir os mesmos erros cometidos na década de 70, ou a experiência do Governo Collor, que, segundo explica João Geraldo Piquet Carneiro, in *As reformas da Administração Federal nos Governos Sarney e Collor*, frustrou-se por enfatizar os aspectos econômicos da reforma, limitando ao imediatismo, além de ser excessivamente abrangente, sem reunir informações para tal, tornando-se, em consequência, superficial. Pretendeu, ainda, a reforma ser instantânea, desprezando o investimento no processo e dando prioridade à reorganização de organogramas, em detrimento dos recursos humanos. Finalmente, o Governo Collor encarou a reforma administrativa como “uma espécie de desmobilização de ativos materiais e humanos e não como investimento” e adotou uma estratégia autoritária e de confronto com o funcionalismo.

Vale, aqui, apenas à guisa de exemplo, lembrar que o Governo Collor, apesar de todo o discurso no sentido da necessidade da redução das despesas públicas na área da Administração Pública, foi o responsável pela efetivação dos celetistas, em consequência do art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990, certamente a grande responsável pelo grave desequilíbrio nas despesas com inativos na folha de pagamento de pessoal da União. Basta observar que, apenas no período de um ano que se seguiu à vigência do novo estatuto, aposentaram-se, pelo Tesouro Nacional, cerca de 50 mil servidores, o triplo do que seria de esperar numa situação normal. A

esmagadora maioria desses servidores, provavelmente mais de 90 por cento, vindos do Regime Geral de Previdência Social, tinha feito os seus descontos previdenciários dentro das normas daquele regime e, assim, sem qualquer contribuição para tal, ganhou aposentadoria integral, muitas vezes acrescida de incentivos e com períodos do tempo de serviço contados em dobro, e corrigida, para sempre, por qualquer reajuste ou vantagem, de qualquer natureza, concedidos aos ativos.

Na verdade, em nosso entendimento, o grande problema da Administração Pública brasileira é o seu reduzido nível de institucionalização e de profissionalização. O equacionamento deste problema somente pode se dar pela continuidade do processo de criação de uma burocracia efetiva, processo que já foi várias vezes tentado e, quase sempre, abortado.

Agravando o problema, encontramos, hoje, na Administração Pública Federal e, em grande parte, na de outros níveis de Governo, uma distorção que vincula-se à utilização dos cargos em comissão para provimento de funções técnicas e de apoio ou para complementação dos vencimentos de servidores. Tal procedimento, infelizmente, vem sendo regra na Administração Federal. A depressão da remuneração e a baixa qualificação dos servidores, bem como a pouca importância que vem sendo dada ao princípio do mérito e a despreocupação com o funcionamento eficiente e eficaz da Administração Pública têm conduzido a este caminho.

Citando Adilson Abreu Dallari, nas pp. 40-1, de *Regime constitucional dos servidores públicos*:

“(…) cabe, agora enfrentar a questão de fundo, qual seja, a dos limites à criação de cargos em comissão. É evidente que, se a administração puder criar todos os cargos com provimento em comissão, estará aniquilada a regra do concurso público. Da mesma forma, a simples criação de cargo em comissão, sem que isso se justifique, significa uma burla à regra do concurso público.

Márcio Cammorosano (in *Provimento de cargos públicos no Direito brasileiro*, p. 95) abordou o assunto com rara felicidade, nestes termos: “Com efeito, verifica-se desde logo que a Constituição, ao admitir que o legislador ordinário crie cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, o que faz com que a finalidade

de propiciar ao chefe do governo o seu real controle, mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirão, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior”.

É inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior.”

Assim, não pode, em nenhuma hipótese, a Administração criar cargos em comissão que não sejam para o exercício de funções de caráter político, com poder efetivo de decisão autônoma. Malgrado este fato, o que tem ocorrido é que, ao arrepio da norma moralizadora da Constituição de 1988, tem sido regra a criação de cargos em comissão para o exercício de funções absolutamente típicas de cargos efetivos. Tal procedimento ganha ares de suma gravidade quando observamos que, nos últimos anos, enquanto a remuneração dos cargos efetivos tem sido, sistematicamente, corrigida abaixo dos índices inflacionários, a dos cargos em comissão vem obtendo aumentos reais significativos.

Cabe desenvolver algumas observações sobre a questão do custo da Administração, sempre colocada como a principal variável de qualquer definição na área. Diga-se de passagem, inclusive, que esta realidade é sintomática de um fato que comprova o que vem sendo aqui exposto. A questão fazendária é quase sempre colocada como a fundamental em razão de esta área ser a única a possuir, como regra, burocracias bem constituídas. Assim, no geral, o Estado brasileiro se mostra incapaz de formular políticas públicas, salvo na área fazendária. Trata-se de grave distorção, uma vez que ela leva a

que a Administração Pública se torne um fim em si mesmo, na medida em que o único setor em condições de implementar a ação estatal é aquele que tem como função, tão-somente, assegurar meios para a atuação dos demais.

O custo da Administração Pública deve ser julgado considerando-se os resultados. É preciso considerar a relação custo-benefício e não apenas o numerador da relação.

Certo que a Carta de 1988 criou despesas que cumpre corrigir. Dentre essas a questão previdenciária se destaca e é de correção urgente, para resgatar o sentido da existência de uma política de seguro social.

Trata-se de questão que vem merecendo grande atenção nos últimos anos. As disposições constantes da Constituição de 1988, concedendo estabilidade aos servidores não admitidos por concurso público e estabelecendo a unificação do regime jurídico, aumentaram sobremaneira a quantidade de servidores sujeitos à aposentadoria estatutária, à qual, inclusive, foram acrescentados, pela própria Carta e por sua regulamentação, benefícios e vantagens não previstos nas Cartas anteriores, o que fez com que a renda do inativo seja, sempre, maior do que a do ativo. Além disto, não cuidou a Carta e, pior, a legislação infraconstitucional dos diversos entes federados de dar lógica atuarial ao sistema previdenciário dos servidores públicos. Esqueceu-se de que o benefício previdenciário deve ter, sempre, fundo contributivo.

Tal fato vem elevando significativamente a participação das despesas com inativos e pensionistas no total das despesas com pessoal, chegando, mesmo, a ameaçar as finanças públicas de alguns entes da Federação. A própria União, onde o problema não tem a dimensão vivida especialmente por alguns municípios, vem despendendo com inativos e pensionistas cerca de 40% da totalidade de suas despesas com pessoal.

Assim, impõe-se equacionar a questão, sob o risco de dificultar a realização das reformas exigidas pela realidade social e, em alguns casos, mesmo de impedir a continuidade da prestação dos serviços públicos, na medida em que os Tesouros nacional, estaduais, municipais e do Distrito Federal podem ser obrigados a restringir investimentos e reduzir a manutenção da máquina pública para financiar os seus inativos.

De outra parte, é necessário atentar-se para a especificidade das atividades desempenha-

das pelos servidores públicos. Tais funções, via de regra, exigem continuidade e permanência e têm a sua remuneração regulada mais pelas condições das finanças públicas do que pelo mercado.

Conceder aos servidores públicos condições de aposentadoria idênticas às da iniciativa privada pode ter efeito contrário ao pretendido. A redução das despesas com pessoal, embora obrigasse a Administração a concorrer com a iniciativa privada no recrutamento de profissionais, conduziria a uma rotatividade de mão-de-obra incompatível com o interesse público. Teríamos, daí, uma situação na qual os bons servidores acabariam abandonando o serviço público, enquanto os maus nunca se aposentariam. Tal fato é reconhecido internacionalmente, quando se constata que quase a totalidade dos países do mundo adotam sistemas especiais de previdência para os seus servidores.

Uma terceira diretriz para o equacionamento do problema deve ser a garantia da própria razão de ser de um sistema previdenciário. É fundamental que esse sistema assegure a sobrevivência de seus beneficiários, após apresentarem algum tipo de incapacidade ou redução de sua capacidade laborativa, ao mesmo tempo em que seja incorporada lógica atuarial ao sistema previdenciário dos servidores públicos.

A questão da estabilidade ou de seu fim, por sua vez, não pode, igualmente, ser equacionada numa perspectiva exclusiva de necessidade de redução de despesas públicas.

O instituto da estabilidade deve resgatar a sua origem. Servidor público deve ser estável porque isto é importante para garantir a continuidade, a eficiência, a eficácia e a probidade da Administração Pública, não porque tal instituto seja um direito da categoria. A estabilidade no serviço público não pode ser entendida como um princípio que se esgota em si mesmo.

Neste sentido, o texto constitucional não traz grandes problemas, especialmente porque ele é corolário do princípio da impessoalidade e do direito de defesa. Trata-se, em nosso entendimento, de regulamentá-lo bem. Cabe tipificar melhor as faltas que podem levar à demissão e impõe-se tornar o processo administrativo mais ágil e flexível e menos oneroso.

Inicialmente, é fundamental simplificar, radicalmente, o processo de apuração e punição de faltas leves. Conforme Ivan Barbosa Rigolin,

nas pp. 220/1, dos *Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis*:

“Adverta-se desde já que não é tarefa simples (...) a imposição de qualquer penalidade a servidor público.

Caso a Administração pretenda aplicar pena a seu servidor precisará, antes, acusá-lo de alguma infração. A Constituição Federal estabelece, no seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Se assim é, tão logo o poder público acuse servidor de alguma infração, precisará, a partir deste momento, instaurar um regular procedimento contraditório, abrindo possibilidade de ampla defesa e de completa instrução procedimental, com todos os meios de prova de inocência do acusado sendo-lhe deferidos. Entre essas provas arrolam-se a oitiva de testemunhas, as perícias, os exames, as diligências, as averiguações, as acareações, bem como quaisquer outros meios admitidos juridicamente. Apenas após encerrada essa completa instrução, para a qual poderá o acusado até mesmo nomear advogado, apenas então, resultando sólida a convicção do caráter infracional da conduta do seu agente acusado, poderá a Administração impor-lhe a pena merecida. Jamais poderá ser aplicada ao servidor *sequer a pena de advertência*, muito menos as demais, de maior gravidade, se não esgotada inteiramente e a contento toda a fase procedimental que englobe a ampla defesa do acusado, no plano administrativo.

Caso a Administração não promova, em qualquer caso, este procedimento referido, restará líquido e certo ao servidor acusado seu direito constitucional de proteger judicialmente sua garantia de ampla defesa, para a qual lhe socorre o mandado de segurança”.

O que ocorre, então, é que a Administração dificilmente tem condições de mobilizar tantos recursos para a punição de faltas extremamente leves, o que acaba conduzindo à tolerância e omissão das chefias, num procedimento que, certamente, não atende ao interesse público, uma vez que premia o mau funcionário.

Quanto às faltas graves, também impõe-se retirar os excessos do processo administrativo disciplinar. Citando novamente o mestre Rigolin (pp. 66/7):

“Na L. 8.112 (Lei nº 8.112, de 1990) o processo administrativo disciplinar mereceu todo um título, o Título V, que contém os arts. 143 a 182. Além de todo este título, desde o art. 127 e até o 142, a L. 8.112 prescreve responsabilidades e penalidades ao servidor, e, deste modo, apenas pelo vastíssimo teor dessa matéria, conforme tratada na lei, já se percebe a extraordinária importância que para o serviço público, o próprio servidor e a vida da Administração apresenta a questão disciplinar, e os expedientes que lhe são afetos.

Apesar de exaustivamente disciplinado na lei, o processo administrativo disciplinar raramente na prática é exercitado com a frequência com que deveria, e, quando o é, dificilmente obtém o resultado de justiça desejado. (...)

(...) não foi desta vez, ainda, que a Lei 8.112 extirpou da legislação anterior a deficiência técnica, notória, em questão de processo administrativo disciplinar, mantendo institutos repetitivos e abundantes, exatamente onde os procedimentos exigem concisão e objetividades máximas – sem embargo da garantia de ampla defesa”.

Não se trata, aqui, de retirar o direito de defesa, mas evitar que o mau funcionário seja beneficiado com mecanismos procedimentais intermináveis, que fazem com que a punição de um servidor estável tenha que levar anos para ser aplicada, consumir dezenas ou até centenas de horas de trabalho de vários outros servidores e constituir autos que, muitas vezes, atingem vários quilogramas de peso, obrigando a Administração a despendar esforços que seriam muito melhor canalizados na busca do atingimento de suas finalidades.

Entretanto, o fundamental nesta matéria é a decisão política de se procederem às punições e à adequada gerência. Apesar de algumas falhas, como acima descrito, existe legislação rígida para a punição do mau servidor e do incompetente que, na maior parte das vezes, tão somente, não é aplicada.

A questão aqui está vinculada, também, à inexistência de uma burocracia orgânica. A ausência da idéia de continuidade no serviço público, bem como a falta de mecanismos institucionais de aferição de mérito para admissão e progressão, fazem com que o nível de exigência, pelas gerências, acerca da qualidade do serviço prestado seja extremamente baixo.

O grande problema do desmesurado crescimento dos quadros funcionais de alguns entes governamentais é que ele não foi acompanhado da melhoria da qualidade do serviço público prestado à população. Em muitos municípios e mesmo em muitos Estados e na União, a máquina administrativa cresceu por motivos estranhos às necessidades da Administração Pública. Assim, esse crescimento não é produto da estabilidade, mas, antes, dos mecanismos não burocráticos de organização da Administração. O fim da estabilidade, nestes casos, não terá como consequência a melhoria do serviço. Quando muito, ter-se-á uma violenta redução de quadros presidida pelos mesmos critérios que levaram ao seu crescimento. E, provavelmente, observaríamos, em seguida, um reacender do ciclo, já que são mantidas as condições que permitem o seu florescimento

Novamente, a solução do problema somente passa por uma mudança de postura com relação à administração da coisa pública, com a consequente melhoria dos sistemas gerenciais. Isto, inclusive, certamente contribuiria para a redução do custo da máquina administrativa; tanto em termos relativos, na medida em que reduzir-se-ia drasticamente a relação custo-benefício, quanto em termos absolutos, uma vez que a mera exigência de as pessoas executarem as atividades para as quais foram admitidas no serviço público, certamente provocaria uma saída voluntária daqueles que integram os quadros apenas para a percepção dos vencimentos, possuindo, inclusive, outras atividades. É importante observar que este tipo de postura de desrespeito à coisa pública não tem relação com a estabilidade, uma vez que o quadro não era diverso antes de sua generosa extensão pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No que diz respeito à questão do regime jurídico único, cabe discuti-la com cuidado. É fundamental que ele não seja tomado como mito – nem como o responsável pelas mazelas da Administração Pública, nem como a solução

mágica para os problemas de recursos humanos do serviço público. Nenhuma dessas posições encontra correspondência na realidade.

É muito comum, nos últimos tempos, a existência de ferozes críticas à obrigatoriedade constitucional de implantação do regime jurídico único para os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, sob o argumento de que este teria provocado o engessamento geral da Administração Pública e retirado toda a sua flexibilidade, necessária em vista de sua diversidade. Efetivamente, o que buscam muitas dessas críticas é o retorno à situação anterior, de não-institucionalização da relação entre o Estado e seus servidores, quando os dirigentes tinham total autonomia para admitir, fixar remuneração, promover, ascender e até dispensar. Trata-se de procedimento que, além de ferir os princípios basilares da Administração Pública, conduz, como conduziu no passado, ao grande crescimento da despesa pública. Além disso, é fundamental considerar que o regime estatutário tem características mais adequadas para a relação entre o Estado e seus funcionários do que o contratual, de difícil compatibilidade com o princípio da legalidade e da reserva legal das matérias relativas a servidores públicos. É necessário, ainda, considerar a dificuldade e a inconveniência de o Estado estabelecer relações bilaterais com seus servidores.

É preciso atentar, aqui, se se pretende, de fato, combater a existência do regime estatutário, como conceito, ou se se ataca o princípio quando o problema é o estatuto vigente. Não se pode pretender o fim do conceito constitucional pelos eventuais defeitos da sua regulamentação, inclusive sem se verificarem as consequências que o fim da relação estatutária poderia trazer para as finanças públicas.

A demanda pela existência de regimes jurídicos diferenciados tem de ser analisada considerando que o problema que se coloca, aqui, é, antes, o de pouca definição sobre as áreas de atuação do poder público e da distribuição de encargos entre os níveis de Governo.

Talvez a inadequação do regime estatutário se deve ao fato de a União, os estados ou os municípios estarem desenvolvendo atividades estranhas às suas competências. Trata-se de discutir o próprio pacto federativo e as funções do Estado.

As regras do concurso público não podem ser alteradas, sob o risco de repetir o retrocesso já vivido em 1946 e intensificado na década de

70. Pelo contrário, é fundamental que sejam expurgadas todas as formas de provimento derivado. Trata-se da única alternativa para a constituição de uma burocracia orgânica, da instituição de um *ethos* do serviço público e de garantia da moralidade e da impessoalidade da gestão da coisa pública. E, antes de tudo, é exigência básica do direito de acesso de todos os cidadãos à função pública, de conformidade com a sua capacidade. Condena-se o concurso público como inadequado para a escolha de candidatos para tarefas simples ou para atividades de grande complexidade. O problema é a incapacidade de se organizarem concursos adequados.

Acusa-se o concurso, por exemplo, de impossibilitar a contratação de trabalhadores para funções braçais. Cabe perguntar, apenas, se não houver concurso como será a seleção. Difícilmente poderá ser feita levando em conta o princípio da impessoalidade.

Igual questão pode ser levantada quanto à seleção para cargos de conteúdo atributivo complexo sob risco de se retroagir a uma realidade que está sendo superada com grande dificuldade.

A simples supressão deste instituto ou a sua flexibilização traria consequências deletérias para a Administração Pública, uma vez que teria como resultado a paralisação do processo de institucionalização do serviço público que vem tomando corpo, lentamente e contra uma grande resistência, desde a edição da Carta de 1988.

Assim, entendemos que a solução para o equacionamento dos graves problemas por que passa a Administração Pública brasileira somente poderá ocorrer se se caminhar no sentido da sua institucionalização, da constituição de uma burocracia efetiva, permanente. Trata-se de continuar na direção apontada pela Constituição de 1988 que, apesar de exageros que podem ser corrigidos – e que, na maior parte das vezes, constam de suas disposições transitórias ou, mesmo, são de responsabilidade da legislação infraconstitucional, ao arrepio da própria Lei Maior – representa o maior avanço já apresentado por um texto constitucional, indicando a direção da democratização e da moralização da gestão pública.

É fundamental que não tentemos alterar a Constituição, quando os problemas são de cunho infraconstitucional, ou mesmo, de gerenciamento e de decisão política. Não se pode repetir um equívoco da Constituinte de

1987/88, quando se acreditou que seriam dadas soluções imediatas a graves questões pela simples inclusão de dispositivos na Carta Magna.

Investir no modelo superado pela vigente Constituição é retrocesso na direção do fortalecimento da pseudoburocracia, que ainda comanda setores estratégicos da Administração Pública e resiste à perda do alcance de seu poder discricionário e ao seu enquadramento nos limites formais que a gestão pública exige, como decorrência da legalidade e da impessoalidade, bem como mostra pouco respeito pelos mecanismos institucionais de mérito uma vez que foi alçada às suas elevadas funções ao largo deles.

Não podemos desperdiçar, de modo errático, mais uma geração no processo de busca de uma Administração Pública eficiente e eficaz, capaz de formular e implementar políticas públicas, e que seja, igualmente, fruto da democracia e das conquistas da cidadania.

Bibliografia citada

- CARNEIRO, João Geraldo Piquet. *As reformas da Administração Federal nos Governos Sarney e Collor*. Brasília, 1993, mimeo.
- CONSTITUIÇÕES Estaduais. Brasília, Senado Federal, 1992.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo, Julex, 1989.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo, Malheiros, 1993.
- PARECERES da Consultoria Geral da República. Brasília, Imprensa Nacional, 1991, v. 101 e 102.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Cíveis*. São Paulo, Saraiva, 1992.
- SANTOS, Luiz Alberto dos. *O modelo brasileiro para a organização da alta administração*. Brasília, 1995, mimeo.

Arbitragem na concessão de serviço público

ADILSON ABREU DALLARI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Legalidade da arbitragem. 3. Constitucionalidade da arbitragem. 4. Controle jurisdicional da arbitragem.

1. Introdução

Contrato é um acordo de vontades. No instrumento de contrato pretendem as partes contratantes cristalizar e especificar os termos do acordo, para que a estipulação inicial tenha força de lei entre elas, de maneira a eliminar eventuais discordâncias futuras: *pacta sunt servanda*.

Entretanto as possibilidades de surgimento de controvérsias são infinitamente maiores do que a capacidade humana de previsão. Sempre podem surgir divergências seja a respeito de situações não previstas, seja a respeito da interpretação de dispositivos contratuais efetivamente existentes, ou mesmo de normas legais incidentes sobre o contrato.

Diante da absoluta impossibilidade de erradicação de conflitos, o direito positivo tem cuidado de estabelecer mecanismos cada vez mais aperfeiçoados para a composição de conflitos, procurando atingir a paz e a segurança jurídica, por meios que apresentem, simultaneamente, os requisitos da celeridade e da efetiva realização da justiça.

Os conflitos podem ser compostos por meio de duas vias principais: amigável e jurisdicional. A via jurisdicional comporta diversas modalidades, mas todas elas pressupõem a existência de uma autoridade pública, constituída independentemente da vontade das partes conflitantes, e dotada de poderes para dizer o direito de maneira definitiva (coisa julgada). Seja permitido lembrar aqui a pitoresca expressão

Adilson Abreu Dallari é Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

amíúde utilizada pelo inesquecível mestre Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

“A lei diz aquilo que o juiz diz que ela diz”.

A via amigável comporta a superação do conflito pela simples concordância entre as partes, e comporta, também, um meio mais sofisticado, consistente na escolha, pelas partes conflitantes, de um árbitro (singular ou colegiado), ao qual ambas entregam o encargo de solucionar a pendência, comprometendo-se previamente a acatar a decisão que vier a ser dada. Dá-se a isto o nome de arbitragem, que é uma forma amigável de solução de divergências ou composição de conflitos.

A arbitragem, até agora, não era usual no Brasil, mas está ganhando prestígio, talvez até mesmo pela importância assumida e pelos ótimos resultados apresentados em outros sistemas jurídicos.

Nos Estados Unidos, conforme nos dá notícia Arthur Rios (Juizes Particulares ou *Rent a Judge*, 3ª RTD, nº 98, maio/95, p. 393)

“o compromisso arbitral ou o juízo arbitral, é altamente disseminado como *rent a judge*, onde advogados especializam-se para decisão de conflitos de direito privado. São os árbitros que oferecem seus serviços em anúncios de revistas, jornais e pelos meios de comunicação em geral”.

Dependendo da adoção dessa prática entre nós, esse consagrado mestre da Universidade Federal de Goiás apresenta uma série de considerações que merecem fiel transcrição:

“O mundo negocial está numa fase de transformação contínua ou dinamismo extraordinário. Inicia-se pela necessidade de maior rapidez das negociações, vai até as novas regras mercadológicas ou de *marketing* de venda. Constata-se um hiato entre as emergentes necessidades de solução rápida de seus problemas e a realidade do direito, que fica aguardando a análise dos doutrinadores e a manifestação jurisprudencial dos tribunais, o que leva anos para se apascentar e tranquilizar o mundo negocial.

O Poder Judiciário luta com o dinamismo das rápidas transformações dos negócios, produzindo questões inusitadas até então nos tribunais, tendo diante de si uma legislação que às vezes reflete necessidades de décadas atrás e isso é torturante...

Além disso um grande dilema do ser ou ter ronda o Poder Judiciário. A avalanche de processos ou o ser contra-põem-se à pressão por quantidades estatísticas de julgamentos, que é o ter. Pode ocorrer daí que a imponência do juiz imponha uma confiança, mas confiança partida do receio e da impotência do jurisdicionado. As reclamações pela maior celeridade da justiça podem levar a um desprezo pela prova dos autos. É um círculo vicioso: a lentidão dos julgamentos promove o protesto; a rapidez dos julgamentos, diante do grande volume de casos para cada juiz julgar, produziria a insegurança jurídica.

Nem todos os juizes são perfeitos, para equilibrar quantidade com qualidade das decisões, embora todos sejam dedicados. A exigência dos números estatísticos pode suplantar a da análise, forçando o desprezo das provas materiais, em nome da pressa e dos números e posições estatísticas de primeiros lugares.

A solução parece-nos que estaria em se diminuir o volume de processos de direito privado (cível e comercial) no Poder Judiciário. Primeiro, em se criando crivos seletivos, para ingressos; segundo, em se oferecendo mecanismos de julgamento, onde as partes possam contratar as soluções com quem de confiança comum, dispensando o juiz togado”.

Preocupações dessa natureza levaram a Federação e a Central das Indústrias do Estado de São Paulo a criar uma Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Em entrevista concedida ao jornal *Tribuna do Direito* (julho de 1995, p. 16) a Diretora dessa Câmara, advogada Selma Maria Ferreira Lemes, depois de mencionar as dificuldades que fazem com que o Judiciário seja irremediavelmente lento, enfoca mais um importante aspecto da questão:

“A globalização da economia, que encontra no Mercado Comum do Sul (Mercosul) seu filho mais próximo e promissor, bem como a volatilização das transações comerciais caminham em ritmo tal, que a sociedade necessita adaptar-se a elas, encontrando outras trilhas para resolver suas controvérsias (mediação, arbitragem etc.), afastando o recurso à justiça estatal pelos inconvenientes mencionados”.

Nessa mesma reportagem, são feitas algumas importantes e objetivas distinções que merecem especial destaque:

“A arbitragem difere da justiça estatal por várias características. Uma delas é a especialidade: pode ser nomeada árbitro uma pessoa que detenha conhecimento técnico sobre a questão, como um engenheiro mecânico para decidir caso em que se discute o desempenho de uma máquina. Outra é o sigilo, pois a arbitragem corre em segredo, não havendo publicidade como nos processos judiciais.

A arbitragem também se distingue pela celeridade, pois as questões menos complexas podem ser resolvidas em aproximadamente 60 dias. Por último, o clima em que se desenvolve a arbitragem é menos formal e mais flexível: não há a animosidade e o rigor processual presentes no contencioso jurisdicional, asseguram os adeptos do sistema. Segundo eles, diante das características da relação custo-benefício, a arbitragem é bastante utilizada em todo o mundo.

Qual a diferença entre mediação e arbitragem? Na mediação ou conciliação, uma terceira pessoa aproxima as partes, procura encontrar o ponto de discordância e sugere soluções para que, mediante acordo, elas próprias ponham fim às divergências. Na arbitragem, o árbitro resolve o conflito entre as partes”.

Parece, portanto, que não há dúvida alguma a respeito da necessidade ou, pelo menos, conveniência da ativação dos mecanismos de composição amigável dos conflitos.

O problema que se coloca é o da viabilidade da utilização da arbitragem para a solução de conflitos surgidos na execução de contratos administrativos, especialmente na concessão de serviço público.

2. Legalidade da arbitragem

Apreciando o processo de contratação de concessionário para exploração da ponte Rio-Niterói, o Tribunal de Contas da União (Decisão nº 763/94) determinou o seguinte:

“c) excluir as disposições dos itens 204 e 208 do Edital de Propostas de Tarifa que estabelecem a arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER, ante a inexistência de fundamento legal para adoção de tal instituto em contratos

administrativos, consoante decisão do Tribunal de 15.7.93 (Ata nº 29/93. Decisão 287/93 – Plenário)”.

Tal entendimento, quando estabelecido, já estava equivocado, pois efetivamente já havia naquela ocasião fundamento legal para a arbitragem, embora não explícito.

Com efeito, o art. 54 da Lei nº 8.666, de 21.6.93, assim dispõe:

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

Isso significa que poder-se-ia ter aplicado, *supletivamente e no que coubesse*, o disposto nos artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil (que trata do Compromisso, ao dispor sobre o Direito das Obrigações), e nos artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil (que cuida do Juízo Arbitral).

Atualmente, existe dispositivo legal expreso não-somente autorizando, mas, mais que isso, determinando a utilização da arbitragem na solução de eventuais conflitos em matéria de concessão de serviço público.

A Lei nº 8.987, de 13.2.95, que estabelece normas gerais sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, ao cuidar do Contrato de Concessão, diz, em seu art. 23 e inciso XV, o seguinte:

“Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

.....
XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”.

Ou seja, não só é permitida, mas, mais que isso, é obrigatória a previsão, no contrato, da arbitragem, como “modo amigável de solução das divergências contratuais”.

Diante disso, era plenamente louvável, justificável e oportuna a emenda aditiva que foi apresentada pelo Deputado Mussa Demes ao projeto de conversão da medida provisória editada pelo Executivo para complementar a Lei nº 8.987/95, no sentido de disciplinar o processo de arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos.

Como se sabe, o Código Civil cuida precisamente de relações jurídicas entre particulares, e o Código de Processo Civil foi talhado

para disciplinar a solução de conflitos entre particulares. Por essa razão, os dispositivos desses dois Códigos a respeito da arbitragem não podem ser inteiramente aplicados aos conflitos entre particulares e a Administração Pública, mas, sim, apenas, no que couber.

A emenda aditiva visava, exatamente, disciplinar a arbitragem nos contratos administrativos, sob o enfoque do regime jurídico administrativo, com aplicação supletiva do disposto no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Vale a pena transcrever parte da justificativa apresentada pelo referido parlamentar:

"A persistir no entendimento conservador do TCU de que não há base legal para a adoção do instituto do Juízo Arbitral, as concessões serão prejudicadas: como convencer investidores a realizarem vultosas aplicações de capital, com retorno a longo prazo, para depender de uma justiça morosa e desaparelhada, para a resolução de conflitos entre Poder Concedente e Concessionária sobre revisão tarifária? Provavelmente a concessionária irá a insolvência antes da decisão judicial.

Vamos escolher agora entre a instituição do Juízo Arbitral para as concessões ou a supervalorização tarifária que, certamente, acabará sendo praticada para fazer frente a possíveis longas demandas judiciais".

Lamentavelmente, porém, a referida emenda aditiva não foi acolhida. Isso não significa, de modo algum, que a arbitragem não possa ser consignada em casos específicos, pois ela continua figurando no art. 23 da Lei nº 8.987/95, podendo e devendo ser disciplinada nas legislações estaduais e municipais.

Saliente-se, entretanto, que o problema não é o de falta de base legal, tanto porque isso já existe, quanto porque, se não existisse, poderia ser instituída por lei ordinária federal, estadual ou municipal. O que se questiona é a constitucionalidade da arbitragem nas relações contratuais de direito público.

3. Constitucionalidade da arbitragem

Argumentam alguns que, diante dos princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade dos interesses públicos e da indisponibilidade dos instrumentos destinados à defesa dos interesses públicos, a Administração Pública ao contratar não poderia abrir

mão da possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Entendem outros que a arbitragem nos contratos administrativos seria inconstitucional porque violaria a garantia conferida aos cidadãos no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, no sentido de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Por último, há quem entenda que a arbitragem se chocaria com o princípio constitucional da legalidade, dado que na arbitragem é possível que a solução do conflito seja feita por equidade, à margem da estrita legalidade.

Nada disso, porém, impede a adoção da arbitragem.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial, deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública.

Em segundo lugar, a lei instituidora ou disciplinadora da arbitragem nos contratos administrativos não está vedando o acesso ao Poder Judiciário, mas, sim, apenas proporcionando uma alternativa, que pode ser utilizada com maior ou menor intensidade, para certas espécies de conflitos (por exemplo, questões técnicas ou econômicas), não havendo possibilidade alguma de se excluir totalmente o controle jurisdicional da Administração Pública, conforme se demonstrará mais adiante.

Apenas para constar, cabe ressaltar que, mesmo em sede judicial, quando o conflito depende ou decorre de situações materiais que precisam ser analisadas ou avaliadas, a solução acaba recaindo nas mãos de técnicos, designados para atuar como peritos ou assistentes técnicos, em cujas opiniões o juiz se louva. Ora, na arbitragem tais peritos, merecedores da confiança das partes, solucionam diretamente a questão material controversada.

Em terceiro lugar, a possibilidade de solução dos conflitos pelo critério da equidade é

uma simples faculdade que pode existir ou não nas arbitragens envolvendo exclusivamente particulares (confira-se arts. 1.040 do CC e 1.075, IV, do CPC), mas que não pode ser aplicada aos contratos administrativos.

Isto mostra a necessidade de uma disciplina específica das arbitragens aplicadas aos *contratos administrativos, com utilização apenas subsidiária dos Códigos existentes.*

Para completar, cabe apenas acrescentar que a União Federal é competente para legislar sobre esse assunto, expedindo normas gerais (sem ofender a autonomia política e administrativa de Estados e Municípios), com base nos artigos 22, XXVII, e 175 da Constituição Federal. Ressalte-se, todavia, que a falta de normas gerais não impede a edição de normas específicas (detalhadas, particularizadas) federais, estaduais, distritais ou municipais, cada uma com eficácia restrita ao seu respectivo âmbito de validade.

4. Controle jurisdicional da arbitragem

A adoção da arbitragem como forma amigável de solução de divergências na execução de contratos administrativos não se choca com a regra, constitucionalmente estabelecida, no sentido de que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída ao exame do Poder Judiciário.

Universalidade e independência do Poder Judiciário, quando no exercício de atividade jurisdicional, são princípios fundamentais do Estado democrático de direito.

O respeito a esses princípios determinou a inafastabilidade do controle jurisdicional mesmo nas arbitragens de conflitos entre particulares, ainda que as partes tenham expressamente convencionado a irrecorribilidade ao Poder Judiciário.

Com efeito, os artigos 1.046 do Código Civil e 1.101 do Código de Processo Civil deixam permanentemente aberto o caminho ao Poder

Judiciário, sempre, para qualquer das partes, caso tenha ocorrido alguma nulidade no curso do processo de arbitragem.

Com muito maior razão não se poderá vedar o ingresso ao Poder Judiciário em caso de nulidade ocorrida no processo de arbitragem para solução de controvérsia na execução de qualquer contrato administrativo.

O compromisso das partes é sempre no sentido do acatamento de decisão regular, tomada pelo árbitro após regular tramitação do feito. A ocorrência de vício jurídico no curso do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do compromisso de não recorrer ao Judiciário, exatamente porque nenhuma das partes jamais se comprometeu a acatar decisão tomada de forma irregular, contrariando disposições legais ou contratuais, ou, ainda, especialmente, os próprios termos do compromisso arbitral.

Além disso, cabe destacar que o compromisso arbitral vincula apenas as partes contratantes, não se estendendo a terceiros, que, julgando-se prejudicados, sempre poderão recorrer à via judicial para a defesa de seus direitos e interesses.

Em se tratando de contratos administrativos, onde sempre estão presentes interesses públicos, é absolutamente certo que não se poderá impedir a eventual propositura de ação popular ou de ação civil pública, conforme o caso.

Em resumo, a arbitragem pode ser um instrumento extremamente útil para assegurar a regularidade na execução de serviços públicos concedidos, na medida em que permite que se chegue rapidamente à composição dos conflitos, mediante decisão tomada por quem seja um expert no específico assunto controvertido, sem qualquer risco de sacrifício do interesse público, que ficará sempre resguardado.

O instituto jurídico dos direitos adquiridos e a "cláusula pétrea" dos direitos e garantias individuais

PAULO ROBERTO MENDONÇA SILVÉRIO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A questão dos direitos adquiridos frente às alterações realizadas na legislação infraconstitucional e no texto da Constituição: posicionamentos da doutrina e do STF. 3. Limitações materiais ao poder de reforma constitucional: limitações materiais implícitas e explícitas (núcleos constitucionais irreformáveis pela via de emenda à Constituição). 4. Conteúdo e alcance da "cláusula pétrea" dos direitos e garantias individuais. 5. Conclusões.

1. Introdução

Poucos temas, no momento presente, têm mais atualidade para vastos segmentos da sociedade brasileira que o dos *direitos adquiridos*.

A despertar esse súbito interesse por matéria que, de ordinário, passa ao largo das cogitações da quase unanimidade da população, está o variado conjunto de reformas propostas pelo Poder Executivo, objeto de enorme controvérsia sobretudo após seu encaminhamento ao Parlamento brasileiro.

No centro das discussões que ora se travam, estão, como é notório, não apenas o co-respectivo *instituto jurídico dos direitos adquiridos*, mas principalmente a denominada "*cláusula pétrea*" dos direitos e garantias individuais, não raro compreendida com inegável imprecisão conceitual, tamanho é o elastério com que muitos a têm interpretado.

Com efeito, há expressiva corrente interpretativa que considera *inconstitucionais* todas as formulações do Poder Executivo que não resguardam os *direitos adquiridos* na vigência do ordenamento constitucional em vias de alteração, sob o entendimento de

que, ao não ressaltarem tais direitos, infringem o comando insculpido no § 4º do art. 60 da Constituição Federal, que inclui os direitos e garantias individuais entre as chamadas "cláusulas pétreas", irreformáveis pela via de emenda à Lei Fundamental.

Indo além, há até quem perfilhe a exegese de que o núcleo de proteção da aludida "cláusula pétrea" engloba todo o extenso rol de direitos e garantias fundamentais objeto do Título II da Constituição Federal, aí incluídos os direitos sociais, os direitos políticos etc. de tal sorte que, a prosperar esse entendimento, a maioria dos direitos inscritos na Carta Política estaria imune à ação do poder de reforma, o que resultaria, em última análise, na quase completa petrificação do texto constitucional.

Longe de pretender tornar ainda mais acesa a polêmica, o objetivo do presente ensaio é oferecer despretensiosa contribuição para o debate dessa momentosa questão, tomando como referência sobretudo os posicionamentos da doutrina e do Egrégio Supremo Tribunal Federal. A posição deste último, particularmente, é de inequívoca importância para a abordagem do tema em discussão, por constituir o foro especializado onde muito provavelmente irá ser buscada a última palavra sobre a constitucionalidade das propostas de emenda à Constituição que vierem ser aprovadas e promulgadas pelo Poder Legislativo, máxime aquelas de caráter mais controvertido.

2. A questão dos direitos adquiridos frente às alterações realizadas na legislação infra-constitucional e no texto da Constituição: posicionamentos da doutrina e do STF

A questão aqui enfocada constitui, sem exagero, autêntica *vexata quaestio* no campo do Direito Intertemporal.

Em doutrina pura, vige a noção, universalmente consagrada, da não-retroatividade da lei, seja porque a palavra legislativa se volta do presente para o futuro, com o propósito de estabelecer uma norma de disciplina que no plano teórico passa a constituir uma regra de obediência a que as ações humanas pretéritas não poderiam estar submetidas, seja porque o efeito retrooperante da lei traz em si um atentado à estabilidade dos direitos, violentando, outrossim, com a surpresa da modificação legislativa, o planejamento das relações jurídicas, que é a base primordial das atividades econômicas.

No campo prático, porém, o princípio da não-retroatividade da lei encontra aplicação inçada de consideráveis dificuldades, sendo de ressaltar que, hodiernamente, são facilmente identificáveis a seu respeito três atitudes legislativas distintas, nos vários sistemas de direito: uns guardam completo silêncio, outros estatuem o princípio em regras de legislação ordinária e outros o transformam em dogma de natureza constitucional.

No primeiro caso, de que é exemplo o ordenamento germânico, admite-se, sem rebuços, que a lei pode ter efeito retroativo desde que este decorra da vontade claramente manifestada pelo legislador, mesmo quando não expressamente declarada. Toda a questão aí se resume, portanto, na investigação da vontade legislativa, a ser realizada pelo intérprete e aplicador da lei.

Já aqueles que se incluem no segundo caso, adotam o princípio da irretroatividade como regra, que a lei consigna com o sentido de medida de política legislativa. Mas o princípio aí se dirige ao juiz, a quem é defeso imprimir efeito retrooperante às disposições novas. E como não obriga o legislador, fica este com a liberdade de votar leis retroativas, quando entendê-las convenientes ao interesse público. É o que ocorre em países como a França, a Espanha e a Itália, para citar apenas uns poucos exemplos.

No terceiro caso, o princípio da não-retroatividade é assentado com caráter mais rigoroso do que uma simples medida de política legislativa, pois assume o sentido de uma norma de natureza constitucional. Não é apenas uma regra imposta ao juiz, a quem é vedado atribuir à lei efeito retrooperante, mas norma cogente também para o legislador, assim proibido de ditar leis retroativas. Se este o fizer, a lei que tiver tal efeito padecerá da eiva de inconstitucionalidade, cabendo ao Poder Judiciário declará-lo e negar-lhe aplicação. Neste último se inclui, dentre outros, o posicionamento brasileiro.

Entre os doutrinadores tampouco há uniformidade de critérios para solução dos conflitos da lei no tempo.

As escolas conhecidas, a despeito de sua diversidade, podem ser alinhadas em dois grandes grupos: o primeiro, partidário das *teorias subjetivistas*, que encaram o problema à luz dos *direitos subjetivos individuais*; o segundo, das *teorias objetivistas*, que procuram resolvê-lo a partir das *situações jurídicas* criadas pela lei.

O posicionamento brasileiro, no particular, é francamente *subjetivista*, firmado a partir de opção legislativa inscrita no próprio texto constitucional, que erige como garantia individual o princípio de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CF, art. 5^º, XXXVI).

Secundando esse posicionamento, temos, no nível infraconstitucional, a Lei de Introdução ao Código Civil, que assim estabelece, *in verbis*:

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

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

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

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

Dada a nossa clara colocação entre os que perfilham opção *subjetivista* na solução dos problemas de Direito Intertemporal, dispensamo-nos de discorrer, por sua inutilidade para a abordagem do tema em desenvolvimento, a respeito das formulações objetivistas, embora entre seus adeptos figurem nomes de prol como Colin et Capitant, Henri de Page e Paul Roubier.

Entre os partidários da corrente *subjetivista*, única que aqui nos interessa esmiuçar mercê da opção legislativa suso referida, alinham-se autores clássicos como Savigny, Ferdinand Lassalle e Gabba, sendo este último, na opinião da maioria dos doutrinadores, o autor a erigir teoria *subjetivista* mais substancial, prática e abrangente, valendo, portanto, detalhá-la a seguir.

Expõe Gabba que a lei nova não pode violar direitos precedentemente adquiridos. Mas, onde não se ofendam direitos dessa natureza, a lei deve receber a mais ampla aplicação, quer se trate de fatos ou relações jurídicas totalmente novas, quer se cogite das conseqüências de fatos ou relações anteriores. Daí a necessidade de conceituar o que se deve entender por *direito adquirido*, distinguindo-o, inicialmente, do *direito consumado*, com o qual não se confunde, embora seja uma forma de sua apresentação, e, em seguida, da *expectativa de direito* e das meras *faculdades legais*.

Na definição do ilustre tratadista, *direito adquirido* é aquele que

“é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova, e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente no patrimônio do seu titular” (*apud* Caio Mário da Silva Pereira, in *Instituições de Direito Civil*, v. I, pp. 140 e ss).

Contudo, como todo direito se origina de um fato, é preciso que o fato gerador do direito adquirido *tenha decorrido por inteiro*. Tratando-se de um *fato simples*, fácil é precisá-lo. Todavia, se o fato é *complexo*, cabe apurar se todos os seus elementos constitutivos se realizaram na vigência da lei a que é contemporâneo.

Prosseguindo, ressalta o mesmo autor que não há confundir o *direito adquirido* com o *direito consumado*, pois este já produziu todos os seus efeitos, enquanto o *direito adquirido* permanece como tal, embora venha a gerar conseqüências posteriormente ao tempo em que teve eficácia a lei modificadora.

E conclui esclarecendo que, enquanto o *direito adquirido* é conseqüência de *fato aquisitivo que se realizou por inteiro*, a *expectativa de direito* traduz uma *simplex esperança*, resultante de *fato aquisitivo incompleto*, sendo a *faculdade legal*, a seu turno, um *poder concedido por lei ao indivíduo, do qual ele não fez ainda nenhum uso*.

Em termos genéricos, portanto, pode-se afirmar que não existe para o autor em referência, no plano intertemporal, uma barreira nítida separando as órbitas de incidência da lei revogada e da lei revogadora. Ao revés, a linha limítrofe se revela flexível ante as relações jurídicas estabelecidas sob o domínio da primeira, de tal sorte que a lei nova, uma vez em vigor, também submete ao seu império as relações jurídicas fundadas em fatos vindos do tempo de vigência da lei caduca. Mas a lei nova não pode ter aplicação, sob pena de incidir em retroatividade, quer aos direitos *consumados*, quer aos direitos *adquiridos*, dado que aqueles já produziram todos os seus efeitos, esgotando, assim; todas as conseqüências, enquanto os últimos (direitos adquiridos), oriundos de fatos que se realizaram por inteiro em consonância com a lei velha e ao tempo de sua vigência, já se incorporaram

inteiramente ao patrimônio do sujeito, continuando, portanto, sob a regência daquela, que desse modo estende o plano de sua eficácia ainda por tempo ulterior ao momento em que é revogada. As *expectativas de direito*, ou seja, aquelas situações ou relações aderentes ao indivíduo, mas provenientes de fato aquisitivo incompleto e por isso mesmo não integradas em definitivo em seu patrimônio, estas são atingidas sem retroatividade pela lei nova, que passa a discipliná-las desde o momento em que começa a vigorar, o que também acontece com as *faculdades legais* postas ao alcance do indivíduo pela lei morta, mas por este não exercidas na vigência daquela.

A formulação doutrinária acima resumida não enfrenta dificuldades intransponíveis quando se cuida de aplicá-la às inovações legislativas operadas no nível infraconstitucional, haja vista que, conforme acentuado precedentemente, o *princípio da irretroatividade da lei, em nosso sistema, se dirige ao legislador que opera nesse nível de produção legislativa, a quem é defeso editar leis com efeitos retrooperantes.*

Todavia, a despeito dessa aparente simplificação, é oportuno estarmos atentos à judiciosa lição de Savigny, que distinguia duas classes de leis: a primeira, concernente à aquisição de direitos; a segunda, relativa à existência de direitos.

A propósito, confira-se a lição do insigne mestre, *ipsis litteris*:

“A primeira, concernente à aquisição de direitos, estava submetida ao princípio da irretroatividade, ou seja, à manutenção dos direitos adquiridos. A segunda classe de normas, que agora serão tratadas, relaciona-se à existência de direitos, onde o princípio da irretroatividade não se aplica. As normas sobre a existência de direitos são, primeiramente, aquelas relativas ao contraste entre a existência ou a não-existência de um instituto de direito: assim, as leis que extinguem completamente uma instituição e, ainda, aquelas que, sem suprimir completamente um instituto, modificam essencialmente sua natureza, levam, desde então, no contraste, dois modos de existência diferentes. Dizemos que todas essas leis não poderiam estar submetidas ao princípio da manutenção dos direitos adquiridos (a irretroatividade); pois se assim fosse, as leis mais importantes dessa espécie

perderiam todo o sentido.” (In *Traité de Droit Romain*, Paris, 1960, p. 276.)

Essa orientação, aliás, foi retomada e desenvolvida por Gabba, retrorreferido, que asseverava existir direito adquirido em razão de institutos jurídicos apenas no pertinente às *relações deles decorrentes*, jamais, porém, relativamente aos próprios institutos de direito.

Nessa mesma linha se situa, entre nós, o insigne Carlos Maximiliano, que assim se manifesta, *verbis*:

“Não há direito adquirido no tocante a instituições, ou institutos jurídicos. Aplica-se logo, não só a lei abolutiva, mas também a que, sem os eliminar, lhes modifica essencialmente a natureza. Em nenhuma hipótese granjeia acolhida qualquer alegação de retroatividade, posto que, às vezes, tais institutos envolvem certas vantagens patrimoniais que, por equidade, o diploma ressalva ou manda indenizar.” (In *O Direito Intertemporal*, 2ª ed., RJ, 1955, p. 62.)

Desse posicionamento tampouco discrepa o Egrégio Supremo Tribunal Federal, que o tem reafirmado em sucessivas assentadas, como mostra o seguinte trecho do voto proferido pelo Senhor Ministro Moreira Alves, por ocasião do julgamento do RE nº 94.020, *ipsis verbis*:

“... em matéria de direito adquirido vigora o princípio — que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes — de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ele de coisa móvel, ou imóvel ou de marca), essa modificação se aplica de imediato.” (RTJ 104/269.)

Ainda nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: RE nº 105.137, RTJ 115/379 e RE nº 105.322, RTJ 118/709.

Resumido, nesses termos, o tema da aplicação do referido princípio às inovações da legislação infraconstitucional, cabe agora abordá-lo frente às alterações operadas no próprio texto da Constituição.

No particular, é hoje assente o entendimento de que *não há direito adquirido contra a Constituição*.

É verdade que há quem pretenda vislumbrar certas limitações quando a alteração deriva

de manifestação do poder constituinte instituído ou derivado, pela via de emenda à Constituição.

Ilustrativa desse posicionamento é a argumentação expendida pelo Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, ao ensejo do julgamento, no antigo TFR, dos embargos opostos nos autos do processo em que interposto o RE nº 93.290-RJ, *ad litteram*:

“O espírito da Constituição em vigor é de respeito aos direitos individuais.

Consagra ela, portanto, os princípios do constitucionalismo tradicional, compatibilizando-os com os novos princípios do constitucionalismo social do Século XX. Deixa expresso, outrossim, que a lei não prejudicará o direito adquirido.

Não explicita se lei material ou lei formal. A emenda constitucional não é a lei em sentido formal, por ser manifestação do poder distinto, que é o poder de revisão.

Todavia, é ela, inegavelmente, lei material. Ora, o art. 153, § 3º, da Constituição Federal, não distingue entre lei formal e lei material. Impõe a irretroatividade da lei, de forma ampla, apenas.

Não cumpre ao intérprete, de conseguinte, distinguir.

E, o que é pior: a distinção faria com que a Constituição ficasse em contradição com ela mesma, certo que a distinção, noutra perspectiva, não se coaduna com o princípio modelador da Carta, que é liberal, de respeito aos direitos adquiridos.”

E conclui:

“A verdade é que o poder constituinte instituído é o próprio poder legislativo constituído. E o poder constituído não é o mesmo poder constituinte. Distinguem-se. O primeiro é fruto do segundo. Tal separação, segundo Carlos Sanchez Viámonte, é a maior criação jurídica do constitucionalismo, mesmo porque ‘en ella se funda el constitucionalismo, con el cual se inaugura la edad contemporánea, y, gracias a el, tienen consagración e pueden estar assegurados los derechos del hombre e del ciudadano’. (*El Poder Constituyente*, Buenos Aires, p. 238).

Os princípios, portanto, consagrados pela Constituição, obra do poder constituinte originário, implicitamente limitam e condicionam o poder de revisão.

Um desses princípios, que a Constituição do Brasil abarca, que a domina, já falamos, é o princípio liberal de respeito aos direitos individuais.

Ilegítima, portanto, a emenda que, contrariando o princípio, assim contradizendo-se, desrespeita um direito individual, ignora um direito já adquirido.” (In *RTJ* 99/876-878.)

Não obstante calcado em argumentação revestida de irrecusável densidade e juridicidade, não é esse, entretanto, o entendimento prevalecente na doutrina e também na jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ao revés, tem-se entendido, conforme já assinalamos, que “não há direito adquirido contra a Constituição”. É que, quer resulte de manifestação do poder constituinte originário, quer decorra do exercício do poder de reforma constitucional, a norma que altere o texto da Constituição “constitui regra imperativa, que incide imediatamente por força de sua própria natureza constitucional”.

Nesse sentido, temos o magistério de Pinto Ferreira, que, por sua vez, faz referência a outros doutrinadores de inegável prestígio, *ipsis litteris*:

“Resta afinal considerar o problema da eficácia revogatória da Constituição e das emendas constitucionais. Elas podem revogar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, visto que têm eficácia revogatória completa.

.....
No direito constitucional anterior (1967-1988), as emendas à Constituição também podiam revogar o direito adquirido. Conforme o pensamento de Francisco Campos, não podem vigorar ‘paralela e simultaneamente, a Constituição e direitos contrários à Constituição.’ (*Parceres da Consultoria Geral da República*, v. 29, p. 386.)

.....
O eminente jurista José Celso de Melo Filho também se orienta no mesmo sentido, em sua obra *Constituição Federal* anotada (cit., p. 431): ‘A incidência imediata das normas constitucionais, todas elas revestidas de eficácia revogatória das regras e dos atos dotados de positividade jurídica inferior não permite que se invoque contra elas qualquer situação juridicamente consolidada.

Assim, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, embora imunes à ação legislativa ordinária, que não poderá afetá-los, mostram-se irrelevantes em face da inquestionável supremacia formal e material das regras constitucionais'. No mesmo sentido opinam Barbosa Lima Sobrinho e Pontes de Miranda, este último em seus Comentários à Constituição de 1967 (v. 6, p. 376)." (In *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1989, v. 1, pp. 148/149.)

Nessa mesma linha também se situa o posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, como deixa claro o excerto a seguir reproduzido, do voto preliminar proferido pelo Senhor Ministro Moreira Alves, no julgamento do RE nº 93.290-RJ, *in verbis*:

"... estou de acordo com ambos os fundamentos do acórdão recorrido. E, especialmente, com o segundo: o de que não há direito adquirido contra a Constituição. Esse princípio se aplica tanto às normas originárias da Constituição quanto às decorrentes das emendas posteriores, pois uma e outras têm a mesma natureza e a mesma hierarquia." (RTJ 99/890-891.)

A reafirmá-lo, temos não apenas vasta jurisprudência há muito sedimentada (RDA 24/57 - RDA 34/205 - RDA 54/215 - RDA 108/65 - RTJ 68/09 - RTJ 95/51), mas também recente manifestação do Senhor Ministro Celso de Melo, no RE nº 173.602-0, consoante despacho publicado no *Diário da Justiça* de 28 de março último (p. 7325).

3. *Limitações materiais ao poder de reforma constitucional: limitações materiais implícitas e explícitas (núcleos constitucionais irreformáveis pela via de emenda à Constituição)*

Segundo a melhor doutrina, todo órgão de reforma constitucional (em nosso caso, o Congresso Nacional), dada a sua condição de poder constituinte derivado ou instituído, enfrenta dupla ordem de limitações materiais no exercício de sua função reformadora.

Inicialmente, há as chamadas *limitações materiais implícitas*, inerentes à reforma constitucional, que são aquelas que se impõem mesmo no silêncio da Constituição, a fim de impedir que o exercício da função reformadora venha destruir-lhe o espírito, ferindo-lhe os princípios básicos.

Assim, as emendas constitucionais devem não só respeitar, mas também resguardar e

garantir esses princípios. É o que assevera Carl Schmitt:

"Una facultad de reformar la Constitución, atribuida por una normación legal constitucional, significa que una o varias otras regulaciones legales-constitucionales, pueden ser sustituidas por otras regulaciones legales-constitucionales, pero solo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo." (In *Teoría de la Constitución*, México, Ed. Nacional, 1966, p. 120.)

As *limitações materiais implícitas*, em suma, referem-se à essência da própria Constituição material. Tais limitações seriam deduzidas da natureza do regime político contido na Constituição. Nessa conformidade, há que se reputar inconstitucional uma emenda cujo conteúdo contradiga os princípios fundamentais da Constituição. Afinal, como adverte o mesmo Carl Schmitt (*op. cit.*), reforma não é destruição, nem suspensão da Constituição.

Por outro lado, é certo que o Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par das restrições de ordem circunstancial, inibidoras do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema, alguns núcleos constitucionais irreformáveis pela via de emenda à Lei Fundamental.

Cuida-se, nesse ponto, das *limitações materiais explícitas*, por alguns denominadas "cláusulas pétreas", estabelecidas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, a saber:

"§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais."

As três primeiras limitações, susotranscritas, não têm enfrentado maiores dificuldades de compreensão, o que não se verifica, no entanto, com a cláusula relativa aos "direitos e garantias individuais", cujo exato conteúdo e alcance, conforme assinalamos precedentemente, não tem sido apreendido, por não poucos, com a precisão conceitual juridicamente apropriada,

o que torna imprescindível, portanto, a análise específica objeto do tópico a seguir desenvolvido.

4. Conteúdo e alcance da "cláusula pétrea" relativa aos direitos e garantias individuais

Sem embargo de reconhecermos a inegável complexidade do tema, importa consignar, inicialmente, que, em nosso entender, a estruturação do Título II da Constituição Federal denota clara opção do constituinte de 1988 por distinguir, em categorias específicas, os direitos e garantias fundamentais.

A tanto, basta analisar, atentamente, como o mencionado Título II - *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* - se acha estruturado:

Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Capítulo II - Dos Direitos Sociais;

Capítulo III - Da Nacionalidade;

Capítulo IV - Dos Direitos Políticos; e

Capítulo V - Dos Partidos Políticos.

Assim, ainda que por considerações de mera colocação tópica, resulta evidente a impropriedade de incluir-se o vasto elenco de direitos que compõem o Título II da Lei Maior na categoria *direitos e garantias individuais*, em verdade apenas uma das subespécies constitutivas do gênero *Direitos e Garantias Fundamentais*.

Mas vejamos também, para exame mais aprofundado do tema, as raízes históricas dessa específica categoria de direitos fundamentais.

Conforme registra a doutrina, a fixação dos *direitos individuais* foi obra de séculos, fruto de lenta maturação do pensamento filosófico.

Na Antigüidade, não se encontravam verdadeiras declarações de direitos com que o cidadão pudesse fazer frente à suprema e ilimitada autoridade do Estado. O homem de então gozava apenas de fugazes instantes de liberdade, proporcionados por sua participação no poder do Estado, exercida mediante decisões adotadas nos comícios ou nos órgãos de deliberação coletiva. Era a liberdade em função da comunidade.

Na Idade Média, com a difusão da organização feudal, passou a se formar, lentamente, a convicção de que o súdito estava obrigado, em relação à autoridade superior, apenas ao cumprimento daquelas prestações particulares voluntariamente aceitas no pacto de vassalagem. Mas cogitava-se tão-só de direitos e deveres públicos que vinculavam, reciprocamente, o soberano e seus feudatários, ao passo que a massa submissa de súditos ficava privada

de toda defesa jurídica eficaz contra o arbítrio de seus governantes.

Entrementes, já surgira na Inglaterra forte movimento de resistência contra o absolutismo monárquico ali também prevalecente, que culminou, em 1215, em Runnymede, junto a Windsor, com a *Magna Carta Libertatum*, concedida por João sem Terra aos seus barões. Todavia, esse valioso documento estatuiu limitações da autoridade régia frente apenas aos cidadãos *optimo iure* (primeiro só os barões, para depois, paulatinamente, alcançar também os proprietários dos condados e dos burgos representados na Câmara dos Comuns).

Esse alcance restrito da tutela proporcionada pela *Magna Carta* manteve-se nos séculos seguintes, até ampliar-se, definitivamente, durante a grande luta contra o absolutismo dos Stuarts no século XVII, transformando-se, então, em alguns textos fundamentais, de meros privilégios feudais em efetivos *direitos públicos subjetivos*, tuteláveis por ação judicial regular.

No século XVIII, sucederam-se, ainda na Inglaterra, os seguintes documentos: a *Petition of Rights*, de 1628, reafirmando as limitações antes estatuídas e, ao mesmo passo, impedindo o Rei (Carlos I) de manter exército subtraído ao controle do Parlamento; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, sob Carlos II, impedindo toda detenção arbitrária; e o *Bill of Rights*, de 1689, sancionado por Guilherme e Maria d'Orange, ao assumirem a Coroa Britânica. Nesse último documento, após a enumeração de todos os atos arbitrários de Jaime II, se reafirmava que também o soberano estava submetido às leis fundamentais do Reino e que, precisamente para assegurar concretamente esse princípio, o Parlamento votaria *somente ano a ano* os impostos solicitados pelo Governo real.

Neste passo, nunca é demais frisar que essas conquistas, como visto, restringiam-se aos cidadãos britânicos, somente espraiando-se para outros povos como resultado das Revoluções Americana e Francesa (*Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia*, de 1776, e *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789), que, ao influxo das idéias da Escola de Direito Natural, operaram a passagem de um estágio de mera resistência à opressão, para outro, mais avançado, no qual os homens, conscientes de sua dignidade e primazia sobre a sociedade e o Estado, insurgem-se e derrubam os governos despóticos, proclamando a autonomia da pessoa humana em face da ordem social e política.

Surgiu, assim, o moderno Estado constitucional, em que a técnica formal de consagração dos *direitos individuais* revela, sobretudo, a preocupação de conferir preeminência, na organização do Estado, aos princípios informadores da ordem individualista. De pessoa sem direitos diante do poder absoluto, passa o cidadão a ser titular de direitos subjetivos públicos oponíveis ao poder do Estado, fermento ideal para a posterior consagração do *Estado liberal de direito* do século XIX.

Essa concepção liberal do Estado, de cunho eminentemente afirmador da ordem individualista, perdurou até as duas décadas iniciais do século XX, quando o crescimento das tarefas do Estado, no campo econômico, e a amplitude do poder nacional, na ordem política, impuseram, a partir da Constituição de Weimar (1919), sensível redimensionamento da posição jurídica do indivíduo diante do poder, iniciando-se, então, a vitoriosa luta pela consagração dos hoje chamados *direitos e garantias fundamentais*, categoria que passou a compreender, com o passar do tempo, não apenas os *direitos e garantias individuais*, mas também os *direitos coletivos*, os *direitos políticos* e os *direitos sociais*.

O breve esboço histórico acima apenas esboçado tem como principal objetivo demonstrar que o binômio *resistência à opressão/afirmação do individualismo* foi sempre a idéia propulsora de todos os movimentos pela consagração dos direitos individuais ao longo da história do constitucionalismo. Não é por outra razão que, referindo-se à Declaração de Direitos de 1789, assinala Maurice Duverger não ser aquele documento um mero repositório de artigos apriorísticos, de caráter puramente doutrinário. Ao contrário, cada artigo se volta contra um abuso do antigo regime, que se impunha eliminar, sendo que a ênfase no dado político se explica exatamente porque era sobretudo política a opressão essencial e mais visível. Nesse contexto, os direitos individuais libertavam o homem e, ao mesmo tempo, se transformavam em instrumento de resistência diante do poder. É a concepção da *liberdade-resistência*, na qual se registra duplo movimento. O primeiro, no rumo dos direitos individuais, ampliando as áreas de atuação livre do homem dentro da sociedade. O segundo, limitando a ação do Estado, na medida em que se amplia a ação do indivíduo (In *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1950, pp. 200/1).

De conseqüência, imperioso é convir em que, apartado dessa idéia-força, não há

interpretação consistente e juridicamente aceitável para a "cláusula pétrea" dos direitos e garantias individuais estatuída no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Por outro lado, impende considerar que tampouco há como reputar-se meramente casual a estruturação, retromencionada, conferida pelo constituinte de 1988 ao Título II da Constituição Federal. Ao contrário, dita estruturação denota, a nosso ver, o nítido intuito de reduzir a categoria *direitos e garantias individuais* à sua configuração liberal clássica, referida a direitos e garantias vinculados ao exercício das liberdades do cidadão em face da opressão e do arbítrio da sociedade política e, principalmente, ante o próprio Estado.

Nessa conformidade, parece-nos lícito afirmar que, para fins de aplicação do disposto no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, há que se ter presentes, em especial, os direitos e garantias estatuidos no art. 5º da mesma Constituição, abaixo enumerados apenas exemplificativamente:

- a) direito à vida, compreensivo dos direitos à integridade física e à integridade moral;
- b) direito à intimidade, que tem como principais manifestações o direito à imagem, o direito à identidade pessoal, o direito ao nome, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo da correspondência etc;
- c) direito à igualdade;
- d) direito à liberdade, cujas emanações mais usuais são a liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção), a liberdade de pensamento, a liberdade de opinião, as liberdades de religião, de crença e de culto, a liberdade de organização religiosa, a liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação intelectual, artística, científica e de conhecimento, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, a liberdade de ação profissional etc;
- e) direito de propriedade;
- f) princípio (garantia) da legalidade (reserva de lei) na esfera penal;
- g) princípio (garantia) da proteção judiciária ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;
- h) garantia do devido processo legal (*due process of law*);
- i) princípio da irretroatividade da lei como garantia de respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada; e
- j) remédios constitucionais (direito de petição, direito a certidões, *habeas corpus*,

mandado de segurança individual, *habeas data* e mandado de injunção).

Os direitos individuais, segundo a lição de José Joaquim Gomes Canotilho,

“cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os Poderes Públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídico-individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos Poderes Públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”. (In *Direito Constitucional*, p. 448).

Essa característica peculiar é também apontada por Luís Recaséns Siches, para quem “os chamados tradicionalmente direitos individuais são, em essência (ainda que não de modo exclusivo), direitos de liberdade, de estar livre de agressões, restrições e ingerências indevidas por parte de outras pessoas, mas de modo especial por parte das autoridades públicas. Os direitos individuais vão significar um não fazer dos outros indivíduos, mas principalmente por parte do Estado” (In *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 4ª ed., México, 1970, pp. 600/1).

No mesmo sentido, entre nós, temos os ensinamentos de José Afonso da Silva que, ao traçar o conceito de direitos individuais, assinala concebê-los

“como direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Por isso, a doutrina (francesa, especialmente) costuma englobá-los na concepção de *liberdade-autonomia*” (In *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., 1989, p. 171).

Finalizando, advirte-se que a enumeração dos direitos e garantias individuais, em nosso sistema, não se exaure no elenco estabelecido no art. 5º da Constituição Federal. É que, consoante prevê o § 2º do mesmo art. 5º, os direitos

e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, por exemplo, é verificar que o art. 150 da Constituição estatui, dentre outros, os princípios da legalidade tributária e da anterioridade do tributo, que expressam, em verdade, duas clássicas garantias do cidadão contra as imposições fiscais abusivas do Estado.

5. Conclusões

Por todo o acima exposto, parece-nos lícito assentar as seguintes conclusões:

a) o princípio da irretroatividade das leis, inscrito no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, *se dirige, especificamente, ao legislador infraconstitucional, que, assim, está impedido de votar leis com efeitos retrooperantes e obrigado a respeitar as situações legitimamente constituídas sob a égide da legislação anterior (direitos adquiridos);*

c) todavia, consoante a melhor doutrina, corroborada pela jurisprudência iterativa do Egrégio Supremo Tribunal Federal, *não há direito adquirido seja a regime jurídico de instituto de direito, seja a instituições ou institutos jurídicos;*

d) ainda segundo essas mesmas fontes autorizadas, *também não há direito adquirido contra preceito da Constituição, aplicando-se esse princípio tanto à redação original da Lei Maior, quanto às inovações originárias de emendas posteriores, pois uma e outras têm a mesma natureza e idêntica hierarquia;*

e) o constituinte de 1988, ao estruturar o Título II da Constituição Federal, sob a epígrafe – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, perfilhou clara opção por distinguir em categoria específica os *direitos e garantias individuais*, reduzindo-os, assim, à sua concepção liberal clássica, pelo que se há de entender a co-respectiva “cláusula pétrea” como compreensiva apenas dos *direitos e garantias fundamentais do homem-indivíduo*, assim considerados aqueles referidos no art. 5º e em alguns poucos outros pontos da mesma Constituição, voltados sempre à preservação da liberdade e da autonomia do cidadão ante a sociedade política e, sobretudo, frente ao próprio Estado.

A sociedade e o Estado: o sentido da reforma constitucional e legislativa

ARNOLDO WALD

Em todos os países, a própria noção de Estado e, em particular, as suas dimensões ideais e as suas relações com a sociedade têm sido objeto de análises e polémicas. Uma ampla literatura oriunda de políticos, sociólogos, economistas e até juristas se insurge contra o *Estado megalômano*, onipresente, o Estado hipertrofiado e superdesenvolvido, defendendo uma ampla redução do seu papel e exigindo simultaneamente maior eficiência no exercício de suas *funções básicas*. *Desenvolve-se, assim, a tese de que precisamos de menos Estado e de mais justiça comutativa e distributiva, devendo ser adotada fórmula que assegure a existência do Estado mínimo, do Estado moderno, que é o Estado modesto. Ao mesmo tempo, fala-se no declínio do Estado, na necessidade de um novo pacto social, no qual a democracia se faria sentir não apenas na seleção dos governantes, mas, de modo mais intenso, na formação da vontade nacional, devolvendo o Estado, à sociedade, numerosas atividades das quais se incumbiu de modo inadequado e reduzindo a área de sua regulamentação, que se tornou excessiva.*

Há, assim, uma certa tendência para “nacionalizar o Estado”, ou seja, no fundo, submetê-lo mais diretamente à sociedade. Tal fato decorre tanto do caráter muitas vezes indeciso, incoerente e temperamental da atividade estatal, como de ter o mesmo engordado demais, perdendo a flexibilidade e rapidez, que o mundo contemporâneo e a chamada sociedade pós-industrial exigem, mantendo um aparelho obsoleto, tanto nas suas repartições públicas, quanto nas empresas públicas e sociedades mistas dominadas por um corporativismo condenável.

Já se disse que em relação às monarquias do passado, quiçá às capitânicas hereditárias,

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

tivemos uma mudança de forma política mas que, no fundo, não evoluímos muito, pois mudamos mais os rostos e o *status* imperial do que o regime, ou seja, o comportamento e o método de gestão dos governantes, que continua opondo o Estado administrador à sociedade civil. Essa falta de identificação se manteve de tal modo que as elites e o povo, ou seja os cidadãos, mesmo no regime democrático, não se consideram integrados no Estado, não se apropriam da famosa frase de Luiz XIV "*L'État c'est moi*", mas afirmam que "o Estado são eles", eles os governantes, os funcionários, a administração **como um todo**.

Na realidade, o contrato social precisa ser revisto porque, em virtude dele, o que ocorreu foi o fato de tornar-se o Estado dono da sociedade, em vez de ser, como deveria, o conjunto de serviços públicos à disposição da Nação, ou seja, do cidadão. Assim sendo, decorridos cerca de cinquenta anos a partir da consagração generalizada do Estado-providência, ficou evidenciado que, em muitos casos, o mesmo levava seja ao Estado totalitário, seja ao Estado ineficaz e falido. O grande desafio atual consiste em reestruturar o Estado e, simultaneamente, fortalecer o funcionamento dos serviços públicos que deve prestar. Essa reformulação do Estado se impõe a fim de evitar o seu colapso, que até pode significar o fim de uma civilização e a volta dos bárbaros com a qual alguns cientistas políticos nos ameaçam

Mas, se é preciso reinventar o Estado, modificar o seu relacionamento com o cidadão, privatizar a sua gestão, retirar-lhe a arrogância e a onipotência, que não se coadunam com a democracia, submetê-lo à estrita obediência das normas jurídicas, também a sociedade deve criar os seus órgãos de colaboração, controle e intervenção na vida estatal, para reassumir a posição, que sempre deveria ter tido, de titular da verdadeira soberania, que pertence à Nação. Se algo já se fez para restringir a função do Estado, mediante um esforço válido no campo das privatizações e da desregulamentação da atividade econômica, ao contrário, muito poucas têm sido as iniciativas da sociedade para criar mecanismos e especialmente órgãos de mediação com o poder público para colaborar com a Administração numa sociedade baseada no consenso, embora o funcionamento das câmaras setoriais, o diálogo crescente entre empresas, sindicatos e órgãos governamentais, a concepção do *Ombudsman* ou corregedor do povo e outras idéias indiquem uma tendência neste

sentido, que precisa, todavia, ser concretizada, sedimentada e institucionalizada.

As afirmações de caráter geral, que acabamos de fazer e que se aplicam à maioria dos países, são ainda mais pertinentes quando se cogita da estrutura do Estado brasileiro. Os sociólogos brasileiros tiveram o ensejo de apontar a manutenção dos *donos do poder*, que continuaram comandando o Estado, formando o chamado *estamento burocrático*, sem que a Nação se apropriasse da soberania nacional. Essa situação se manteve, *a grosso modo*, no sistema ditatorial, seja no Estado Novo, seja nos regimes militares, podendo ter havido mudança das pessoas que exercem o poder, mas não do regime, que fazia do Estado patrimonial uma entidade pertencente a um ou a vários grupos, mas sem compromissos com a Nação. Já se disse que, no caso, em vez do mandato, que pressupõe a fidelidade do mandatário à vontade do mandante, havia uma simples gestão de negócios, no interesse quase exclusivo do próprio gestor.

Agora que vários Presidentes da República, eleitos democraticamente, reconheceram, sucessivamente, que o Estado estava falido, chegou a hora de repensá-lo para submetê-lo aos verdadeiros interesses da sociedade. A reforma constitucional, o reajuste fiscal, a revisão da legislação em vigor não devem nem podem revigorar o Estado do passado, o dos donos do poder, cabendo aproveitar o momento histórico para, simultaneamente, retirar-lhe o excesso de atribuições e dar-lhe maior eficiência, submetê-lo aos interesses superiores da sociedade e criar um contexto institucional econômico, financeiro e social e um quadro jurídico adequado para essa reforma que a Nação aguarda, há longo tempo, e que não mais pode tardar. Este é o sentido que se espera que possa ter a revisão constitucional.

A importância dos aspectos fiscais e monetários e as medidas de verdadeira guerra contra a inflação fizeram com que o Plano Real e o conjunto de medidas referentes às concessões e privatizações não fossem, desde logo, examinados no seu aspecto global como verdadeira revolução proposta ao País pelo Governo, que está propondo ao País que a meta da sociedade não seja maior tão-somente o crescimento mas o desenvolvimento. A apreciação dessas transformações não escapou, todavia, a observadores mais atentos que neles viram uma mudança básica das estruturas, e uma nova visão do papel do Estado e do controle sobre ele exercido pela

sociedade, enfatizando o seu caráter revolucionário.

Na realidade, a revolução se apresenta como uma mudança súbita e fecunda, que afasta a ordem ou a desordem anteriormente vigente, interrompendo o sentido de uma continuidade na evolução das instituições, quebrando as linhas pelas quais evoluía o País. Ela ocorre quando se modificam as perspectivas existentes e a própria escala de valores, com uma mutação ou ruptura da ordem social, econômica, moral e até jurídica.

Ensina Ortega y Gasset que as revoluções genuínas se fazem contra os usos e não contra os abusos, correspondendo o movimento revolucionário a uma insatisfação com toda uma ordem de coisas historicamente considerada e não apenas com um exagero ou uma deturpação ocasional do sistema vigente. Em certo sentido, a revolução decorre da desagregação de um sistema de valores e normas, trazendo, inclusive, uma ideologia própria que passa a ser implantada com reformas econômicas, discursos políticos e até criação de um direito próprio, ensejando basicamente uma mudança de costumes.

Analisando as propostas do Governo, o discurso presidencial e as medidas já tomadas, verificamos que, em certo sentido, termina, para o Brasil, a última fase do feudalismo econômico, no qual o coronelismo político já tinha desaparecido, mas o coronelismo econômico continuou imperando por longo tempo. Trata-se, agora, de extingui-lo, fazendo desaparecer o cartorialismo e combatendo-se a cartelização, que mantinha, através dos séculos, a velha tradição das capitânicas hereditárias. Talvez possamos afirmar que o Brasil de 1995, com as suas medidas moralizadoras e de privatização e o espírito empresarial que adotou, além de combater à inflação, decidiu encerrar, definitivamente, o regime dos chamados *donos do poder*, aos quais aludia Raimundo Faoro, em obra que se tornou clássica, e que tanto existiam na área privada, como na tecnoestrutura administrativa.

Na realidade, se a partir de 1930 houve um esforço real do poder público para assegurar o crescimento econômico do país, ao contrário, a sua reforma política e institucional foi relegada a um plano secundário, só merecendo soluções verbais ou programáticas. Assim, o Brasil que, técnica e economicamente, se coloca perto do século XXI, continua, no fundo, com instituições políticas e uma estrutura social que evocam o fim do século XIX, quando abolimos a escravatura e estabelecemos o regime republicano

federativo. Embora tivessem sido criados instrumentos para a democratização política do país, como o sufrágio universal e a justiça eleitoral, levamos muito tempo para chegar a uma situação consciente do eleitorado e de influência real e efetiva do mesmo na escolha dos dirigentes do país. Por outro lado, até recentemente, os movimentos reformistas e moralizadores, não conseguiram assegurar a eficiência e continuidade de sua ação no plano concreto.

Assim, após a transição política para a implantação da democracia política, encontra-se o Brasil atualmente numa fase de reestruturação econômica e social não muito distinta da que ocorreu nos Estados Unidos, com o *New Deal*, após a crise de 1930, e nos países europeus, com a reconstrução que aconteceu com o pós-guerra, na década de 40, quando se realizou uma transformação da função e da própria organização do Estado, uma mudança das elites e o advento de uma nova geração de líderes. Em certo sentido, a mudança de gerações é também revolucionária, pois importa no advento e na implantação de uma nova concepção da vida (*weltanschauung*, diriam os alemães).

A revolução que ora se pretende fazer não se limita à extinção da inflação e à reforma fiscal monetária, previdenciária e administrativa, mas importa, com a privatização e a reorganização das estatais, em reduzir o papel do Estado, para que seja mais moderno e mais eficiente, dando, outrossim, maior força e credibilidade ao Governo. Essa ruptura com o passado deve ocorrer, no entender do Presidente da República, sem arranhar o estado de direito, sendo fruto da colaboração construtiva entre os poderes e contando com o apoio da opinião pública.

Já se disse que, para o jurista, a revolução se revela grandiosa pelas instituições jurídicas novas que cria e pela ampliação dos direitos que dela emana. A atual revolução pretende assegurar, de modo eficaz, a estabilidade monetária, que é condição básica para o crescimento harmonioso do país e aspira a ultrapassar o capitalismo selvagem do passado, utilizando o direito, a fim de submeter a economia à ética. O restabelecimento da moralidade pública constitui, certamente, uma garantia básica do equilíbrio, que deve existir entre, de um lado, o progresso técnico, o fortalecimento da economia do país e o aprimoramento das instituições e a melhoria da qualidade de vida de todos os participantes da sociedade. A grande revolução do nosso tempo consiste, pois, em reestruturar a economia e renovar as instituições para que,

além dos resultados meramente quantitativos, tenhamos uma efetiva transformação qualitativa que se traduza num desenvolvimento harmô-

nico tanto para o país, como um todo, quanto para a totalidade e para cada um dos seus cidadãos.

Regime jurídico das contribuições previdenciárias

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Natureza jurídica da contribuição social antes da Lei Magna de 1988. 3. As espécies tributárias. 4. A contribuição previdenciária na Constituição Brasileira de 1988. 5. O objetivo da Seguridade e a sua natureza jurídica. 6. Conclusões.

1. Introdução.

As leis brasileiras, ao tratarem do custeio da Previdência Social, referem-se às quantias que devem ser pagas aos entes previdenciários como "contribuições". Essa denominação, geralmente, é empregada para designar as prestações devidas por um grupo de pessoas ao Estado e que por este são usadas em benefício dos componentes do grupo contribuinte.

Mesmo existindo correntes majoritárias, não era pacífico na doutrina a natureza jurídica dessas importantes exações na época que antecedeu a promulgação da atual Carta Magna. As posições sobre a natureza jurídica da contribuição para a Seguridade Social mostravam-se bastante variadas, sendo possível apontar dois grandes grupos de classificação: *os de natureza tributária e os de natureza não tributária*. Esses, por sua vez, comportavam significativas divisões, a saber:

1) não-tributárias:

1.1. salário diferido;

1.2. simples parcela do salário atual do trabalhador;

2) tributárias:

2.1. taxa parafiscal;

2.2. imposto;

2.3. tributo especial, distinto das categorias anteriores.

Entretanto, a partir da Carta Magna vigente, a maioria dos doutrinadores considera que as

Paulo José Leite Farias é Procurador do INSS e Professor de Direito Tributário.

contribuições caracterizam-se como autênticos tributos, sepultando de vez esta questão, tendo em vista o art. 149 da Constituição Federal que indica, *in verbis*:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir *contribuições sociais*, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo (grifamos).”

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.”

É de se destacar que essa discussão não tem apenas efeito teórico; ao contrário, ostenta conseqüências práticas imediatas, pois caso as contribuições não fossem consideradas tributos, certamente não haveria a necessidade, *em tese*, por exemplo, de serem instituídas por lei complementar.

Apesar disso, o tema relacionado ao regime jurídico das contribuições continua polêmico, uma vez que:

a) assolam os Tribunais questões relacionadas ao custeio da Previdência Social, onde se questiona, dentre outras matérias, a possibilidade de o Sistema Tributário Constitucional admitir sobre um mesmo fato gerador a incidência de um imposto e de uma contribuição, bem como de diferentes espécies (nominais) de contribuições, tal como o PIS e o COFINS (Lei Complementar nº. 70/91);

b) a importância do tema pode ser comprovada pelo fato de a primeira Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº1.1)¹, julgada em dezembro de 1993, tratar de tema correlato ao aqui discutido;

c) não tendo a Constituição explicitado a materialidade do fato a ser descrito como hipótese de incidência das contribuições, seria o legislador ordinário livre para adotar nas leis tanto a figura de imposto como de taxa?

¹ A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, visava obter a declaração de constitucionalidade da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, que instituiu contribuição para financiamento da Seguridade Social, conhecida como COFINS (NOVO FINSOCIAL), nos termos do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal de 1988.

d) ao contrário dos impostos, taxas e contribuições de melhoria que são caracterizados pela materialidade de suas hipóteses de incidência, a contribuição social, conforme aduz Geraldo Ataliba, “se afasta dos princípios informadores dos impostos (capacidade contributiva) e das taxas (remunerabilidade ou comutatividade, relativamente à atuação estatal)”²;

e) é de indagar se os regimes jurídicos dos impostos, taxas e contribuições de melhoria podem, em sua integralidade, ser aplicados às contribuições sociais;

f) constituem as contribuições sociais uma espécie tributária autônoma, distinta, portanto, das espécies tributárias consagradas no Código Tributário Nacional;

g) podem os recursos da Seguridade ser arrecadados pela Administração Direta, mesmo tendo a seguridade orçamento próprio, independente e gerido, conforme indica a Magna Carta, de forma descentralizada?

Em resumo, discute-se a natureza jurídica da contribuição previdenciária, almejando a busca de soluções para o custeio da Seguridade Social.

Ademais, procura-se com isso contribuir para que a força normativa da Carta Federal possa desenvolver-se, cada vez mais, preservando, no dizer de Konrad Hesse, a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*) que se baseia na consciência de que todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas³.

2. Natureza jurídica da contribuição social antes da Lei Magna de 1988

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, à Carta de 1967 foi o primeiro texto a perfilhar abertamente a natureza tributária das contribuições, inobstante a elas houvesse referência desde a Constituição de 1934 (art. 121, § 1º, *h*), passando pela de 1946 (art. 157, XVI), até a Carta de 1967 (arts. 157, § 9º; 158, XVI e 159, § 1º).

É verdade que, por intermédio da Emenda Constitucional nº 8, de 1977, pretendeu-se retirar as contribuições sociais do gênero tributário, ocasião em que foi dada nova redação ao inc. I do § 2º do art. 21 (que outorgava à União competência para instituir contribuições) e ao

² ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, Malheiros Editores, 5ª edição, 1992, pp. 140 e 168.

³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, p. 20.

art. 43 (que foi acrescido do inc. X, justamente para fazer referência expressa às contribuições sociais, destacando-as do inc. I, que aludia aos tributos).

Exemplificando, com a edição da Emenda Constitucional nº 8, de 1977, o Supremo Tribunal Federal passou a entender, na maioria de seus julgados, que a contribuição previdenciária não tinha natureza de tributo.

Assim, didaticamente, podemos classificar as correntes doutrinárias da natureza jurídica da contribuição previdenciária em dois grandes ramos: o de natureza não-tributária e o de natureza tributária.

2.1. Natureza não-tributária

Por sua vez, esse ramo doutrinário se subdivide em outros dois:

2.1.1. a contribuição como salário diferido;

2.1.2. a contribuição como simples parcela do salário atual do trabalhador.

2.1.1. Teoria do salário diferido.

Para essa teoria contratualista, a contribuição seria uma espécie de salário diferido, porque não paga, imediatamente, ao trabalhador. Desse modo, parte do salário do empregado não é paga diretamente a ele, mas destacada para a formação de um fundo de recursos que, *futuramente*, irá prover a subsistência do operário.

Tem essa teoria caráter contratualista, pois a causa do pagamento da contribuição seria o contrato de trabalho firmado entre empregado e empregador. Tal como ocorre com o salário, o benefício, futuramente, seria uma obrigação certa e periódica. É idéia defendida pelo previdenciarista francês Felix Pippi⁴.

2.1.2. Teoria do salário atual

Por outro lado, muito embora também defenda o caráter contratual da contribuição, para a corrente do salário atual, a contraprestação do trabalho do empregado é retribuída pelo empregador mediante pagamento de duas quotas: uma, entregue diretamente ao operário; outra, *imediate e obrigatoriamente destinada aos fins da Seguridade Social*.

2.1.3. Crítica às teorias contratualistas

Ambas teorias contratualistas apóiam-se em um falso pressuposto: *o de que a relação jurídica da contribuição social é de direito privado*, como se fosse um simples acordo de vontade entre o empregado e o empregador. Esquecem-se essas teorias que não há ajuste de vontades quanto ao pagamento da contribuição, o

qual se dá de forma compulsória, por manifestação do *ius imperiis* do Estado.

Além disso, observa-se que tanto se considerarmos a teoria do salário diferido, como a do salário atual, a parcela do montante que é retirada para fins de custeio dos riscos da relação de trabalho não pode ser exigida de imediato ou futuramente pelo empregado. Ao contrário, *tal parcela só poderá ser utilizada se forem atendidas determinadas condições especificadas em lei, de forma objetiva e genérica, independentemente da vontade dos sujeitos da relação laboral, o que retira dessa parcela a natureza salarial que lhe impõem as retromencionadas teorias*.

Em conseqüência, não existe relação de direito privado para pagamento da contribuição, mas de direito público, de acordo com a previsão de lei. Não há ajuste de vontades quanto ao pagamento da contribuição. Não é a contribuição-salário, pois não é paga diretamente pelo empregador ao empregado (art. 457 da CLT).

Por fim, se essa doutrina fosse adotada no ordenamento jurídico, por coerência sistêmica, competiria sua discussão no âmbito da justiça trabalhista, por ser essa a justiça competente para tratar de verbas salariais, em conformidade com o disposto no art. 114 da Constituição Federal.

Entretanto, tal não ocorre devido à natureza tributária dessa exação fiscal, tipicamente imposta pela União, razão pela qual compete à Justiça Federal o trato da matéria, consoante o disposto no art. 109, inciso I da Lei Maior vigente.

2.2. Natureza tributária.

Em função de sua qualidade de prestação compulsória, criada por lei, a maioria dos tratadistas sempre viu a contribuição previdenciária como uma forma de tributo, embora houvesse sérias divergências no que se refere ao seu enquadramento em determinada categoria tributária.

Alguns autores como Aliomar Baleeiro a consideram um tributo, já a tendo anteriormente rotulado de imposto ou de taxa, segundo se contemple a sua forma de contribuição patronal ou de desconto do segurado⁵, assim também entende Fábio Fanucchi⁶.

⁵ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 64.

⁶ FANUCCHI, Fábio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, v. II, São Paulo, Resenha Tributária, 1976, p. 176.

⁴ PIPPI, Felix. *De la notion de salaire social*. Paris. Librairie générale de droit et jurisprudence, 1966.

Já o mestre Ataliba⁷ afirma que a parte recolhida pelo empregador corresponderia a um imposto, por não haver qualquer contraprestação por parte do Estado, mas um imposto com destinação especial. Em contrapartida, a parte do empregado corresponderia a uma taxa, em razão da vinculação a um futuro benefício ou serviço prestado pelo Estado, ou colocado à disposição do beneficiário.

Em resumo, os autores que defendem a natureza tributária da contribuição divergem ao enquadrá-la nas espécies taxa ou imposto, existindo ainda aqueles que a posicionam em categoria própria e independente da tradicional divisão tricotômica.

3. As espécies tributárias

Tributo, conforme ressalta a doutrina, representa um gênero, o qual compreende várias espécies e subespécies. Sua evolução demonstra diversas modalidades, sob diferentes denominações: impostos, taxas, direitos, contribuições especiais, contribuições de melhoria etc.

Assim, desde já percebemos a necessidade de definição dos diferentes tipos ou formas de tributos. Isto deve ser feito, por razões práticas, tendo em vista que a norma jurídica pode se referir a determinada categoria de tributo ou ao gênero tributo, devendo o intérprete conhecer o seu verdadeiro significado, até para que possa bem caracterizar a contribuição previdenciária nesse contexto.

Nos países federativos, como o Brasil, o problema dos conceitos das espécies tributárias e da sua classificação ganha especial interesse, pois implicará, às vezes, solução de problemas de competência tributária. A própria discriminação de rendas tributárias é baseada na distinção das espécies tributárias. Por outro lado, cada espécie tributária ostenta seu regime tributário específico, embora faça parte do gênero tributo.

3.1. Critérios de classificação

Nos dias de hoje, a solução para o problema do número das espécies tributárias existentes e o do respectivo conceito é matéria de muita polêmica. Predomina a classificação tripartida dos tributos, em *impostos*, *taxas* e *contribuições*. Todavia, certos autores impugnam essa divisão tripartida, por considerarem a contribuição como uma espécie de taxa, razão pela qual dizem que os tributos se dividem em duas classes: *impostos* e *taxas*. Outras classificações

também existem, sendo estas duas (tripartida e bipartida) as clássicas, não só no direito brasileiro como também no comparado. Embora existam diversos critérios de classificação, é de lembrar sempre que toda classificação é arbitrária e não se pode exagerar a sua importância, atribuindo-lhe mais do que corresponde a um útil instrumento de estudo e esclarecimento.

O critério adotado na nossa legislação tributária (art. 5º do CTN) classifica, conforme a situação de fato prevista na norma para criar a obrigação tributária, em três espécies distintas o tributo, a saber: .

a) o *imposto* se caracteriza como o "tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte" (Código Tributário Nacional, art. 16). No imposto, afirma José Geraldo Rodrigues de Alckmin, "o pressuposto de fato se refere exclusivamente ao obrigado e à sua esfera de atividade"⁸. Ilustrando, o imposto sobre circulação de mercadoria e serviços (ICMS) é imposto porque o fato gerador da respectiva obrigação tributária é a operação de circulação de mercadorias realizada por comerciante (pressuposto de fato que não indica atividade do estado dirigida ao contribuinte). No imposto, assegura Héctor B. Villegas, "a prestação exigida do particular independe de qualquer atividade estatal a ele relativa"⁹.

b) a *taxa* se caracteriza como o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação que representa uma atividade estatal específica, dirigida ao contribuinte. O pressuposto de fato que dá origem à obrigação tributária, na taxa, tem uma particularidade especial: uma prestação estatal dirigida ao contribuinte. O fim da taxa, também, destina-se às necessidades da atividade estatal. Na taxa, diz José Geraldo Rodrigues de Alckmin, o pressuposto de fato "se prende ao desempenho de uma atividade do ente público, com relação ao obrigado"¹⁰. A taxa de limpeza pública é taxa porque o fato gerador da respectiva obrigação é a utilização do serviço de limpeza pública que o município coloca à disposição da pessoa, pres-

⁸ ALCKMIN, José Geraldo Rodrigues de. *Os Tributos e sua Classificação*, São Paulo, Resenha Tributária, 1975, p. 37.

⁹ VILLEGAS, Héctor B. *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 5.

¹⁰ ALCKMIN, José Geraldo Rodrigues de. *Os Tributos e sua Classificação*, São Paulo, Resenha Tributária, 1975, p.37.

⁷ ATALIBA, Geraldo. "Regime Constitucional da Parafiscalidade". São Paulo: RDA 86/19.

suposto de fato indicativo de uma atividade do Estado dirigida ao contribuinte;

c) a *contribuição de melhoria* caracteriza-se como o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação que representa um benefício especial auferido pelo contribuinte. Seu fim se destina às necessidades do serviço ou à atividade estatal. Leciona Edvaldo Brito que as contribuições se vinculam à atividade do Estado "cuja consequência é um benefício ou a tutela de um interesse de grupos sociais identificados com as circunstâncias que impulsionam o poder público a executá-las" 11 .

Sumariamente, sob uma ótica simples, imposto seria uma exação estatal cujo retorno ao indivíduo não está diretamente envolvido com ele. Taxa seria outra exação estatal, pessoalmente referente ao sujeito passivo. Contribuição de melhoria seria uma expropriação do Estado, relacionada com certos contribuintes.

3.2. *Classificação da doutrina brasileira*

Não há na doutrina nacional, a grosso modo, consenso no que se refere às espécies tributárias, sendo possível entretanto agrupar as classificações em quatro categorias¹²:

a) *classificação bipartida* dos tributos, que admite exclusivamente impostos e taxas (Francisco Campos, Pontes de Miranda, Alberto Xavier e outros);

b) *classificação tripartida* dos tributos, com a existência de três espécies tributárias: impostos, taxas e contribuições de melhoria; ou a variante impostos, taxas e contribuições (esta abrange as contribuições de melhoria e as contribuições especiais), aceita por José Afonso da Silva, José Geraldo Rodrigues Alckmin, Edvaldo Brito, Rubens Gomes de Souza, Hamilton Dias de Souza e outros;

c) *classificação quadripartida* dos tributos, aceitando a existência de impostos, taxas, contribuições de melhoria e contribuições (Miguel Lins, Célio Loureiro); ou a variante impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios (Fábio Fanucchi, Luiz Emydio F. da Rocha Júnior e outros).

d) *classificação quinqüipartida* dos tributos, que admite impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e emprés-

timos compulsórios (Ives Gandra da Silva Martins, Fábio Leopoldo de Oliveira e Hugo de Brito Machado).

4. *A contribuição previdenciária na Constituição Brasileira de 1988*

4.1. *Natureza tributária das contribuições*

Cabe à União instituir três modalidades de contribuições: a) sociais; b) de intervenção no domínio econômico; e c) de interesse das categorias profissionais ou econômicas (art. 149 da Constituição).

Tais contribuições – denominadas tradicionalmente pela doutrina financeira de parafiscais – vêm apostas no Capítulo I (Do Sistema Tributário Nacional) do Título VI (Da Tributação e do Orçamento).

A primeira conclusão que se retira dessa inserção na parte do sistema tributário é a de que as contribuições sociais são tributos. Com isso, o texto se conforma ao entendimento generalizado da doutrina que, conforme visto anteriormente, já havia estabelecido esmagadora opinião nessa direção.

As consequências de figurarem as contribuições no capítulo destinado ao sistema tributário são de notável relevância jurídica, a contaminar todo o arcabouço legislativo decorrente, e revelam indiscutível posição do constituinte no sentido de submeter essas exações aos princípios constitucionais tributários.

Para não haver dúvidas a esse respeito, no trecho final do invocado art. 149 vem inscrita a obrigatoriedade de observância das normas gerais de legislação tributária, a serem veiculadas por lei complementar, no que pertine à obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários, ressalvado quanto à contribuição social o que se refere ao princípio da anterioridade (art. 195, § 6º).

Assim, as contribuições de Seguridade Social constituem espécie de contribuições sociais, cujo regime jurídico tem suas bases mais bem definidas na vigente Constituição.

Conclui-se, de plano, que o regime da parafiscalidade é o mesmo da tributação comum, salvo nas exceções existentes no próprio texto constitucional que detalham as características próprias desta espécie particular de tributo.

4.2. *Características próprias das contribuições parafiscais*

Para ressaltar as características próprias das contribuições previdenciárias, podemos dividi-las em dois grupos: as características comuns das contribuições parafiscais, estudadas nesse

¹¹ BRITO, Edvaldo. *Contribuições Sociais e Econômicas; Natureza Jurídica e Prescrição*, São Paulo, Resenha Tributária, 1976, p. 121.

¹² MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 380.

tópico; e as específicas de contribuições previdenciárias, que se correlacionando intimamente com o objetivo da Seguridade Social, e são detalhadas no tópico seguinte.

As características peculiares comuns a todas contribuições para fiscais, que, ao ver de certos autores, estariam as contribuições para fiscais das espécies tradicionais de tributo são:

a) a delegação de sua percepção e aplicação a órgãos estatais (autárquicos) e até antes de forma privada (entidades paraestatais), mas que desempenham funções públicas;

b) a destinação específica do produto de sua arrecadação.

Conforme assinala Sérgio Pinto Martins¹³ “nesse contexto seria inserida a contribuição à Seguridade Social. Sua administração seria feita por um órgão (INSS), com a finalidade de arrecadar contribuições das categorias profissionais e econômicas, descentralizando a atividade do Estado com vistas ao pagamento do futuro benefício previdenciário”.

4.2.1. *A delegação de sua percepção e aplicação a órgãos estatais*

Quanto a essa primeira característica, a possibilidade de delegar poderes a entes diversos do Estado para arrecadar e aplicar essas exações compulsórias, podemos afirmar que tal característica configurar-se-ia como própria do conceito da para fiscalidade.

4.2.2. *A destinação específica do produto de sua arrecadação*

Quanto ao segundo traço distintivo, há autores que indicam que a aplicação desse dinheiro refoge ao direito tributário, se situando no âmbito do direito financeiro. Assim, para estes, torna-se irrelevante o fato de o resultado da receita do tributo ter destinação determinada. Invocam o disposto no Código Tributário Nacional que indica ser irrelevante para qualificar um tributo a destinação legal do produto de sua arrecadação (art. 4º, II, do CTN).

Data venia, no que se refere às contribuições previdenciárias, não podemos considerar irrelevante esta característica, uma vez que:

a) Tributaristas consagrados, como o eminente Geraldo Ataliba, usam essa característica como padrão classificatório dos tributos, pinça, pois, este tema em sua consagrada obra *A Hipótese de Incidência Tributária*, onde se diferenciam os tributos em *vinculados e não-vin-*

culados, ressaltando, como característica dessas espécies tributárias, a titulariedade de determinado órgão estatal que será o seu sujeito ativo, *in verbis*:

“30.7 Em outras palavras: se os tributos vinculados têm por hipótese de incidência uma atuação estatal, a pessoa que exerça essa atuação (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias, sociedades de economia mistas e empresas públicas) será seu titular – e, em consequência, sujeito ativo” (p. 76, 5ª ed., Editora Malheiros).

Nessa linha de raciocínio, quando se cria uma contribuição previdenciária, deve-se explicitar, obrigatoriamente, que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é o competente sujeito ativo.

b) Na verdade, a chamada *referibilidade da contribuição para fiscal* é tão importante, que já foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para concluir sobre a natureza jurídica do Finsocial (Decreto-Lei nº 1.940), caracterizando-o como tendo a natureza de imposto adicional sobre a renda e não de contribuição, tendo em vista a destinação de sua arrecadação.

c) A expressa e inequívoca destinação da receita constitui outro elemento peculiar às contribuições, como se colhe do art. 195, inciso I da Lei Magna de 88, ao estabelecer o custeio da Seguridade Social, de forma direta pelos empregadores.

A destinação constitucional das receitas das contribuições é inofismável, impondo-se a entrega do respectivo numerário “integral e diretamente” à administração da Seguridade Social. Portanto, revela-se destituído de plena eficácia por afronta à Lei Maior, no que diz respeito à contribuição previdenciária, o preceito encartado no art. 4º, II, do CTN no sentido de que para qualificar a natureza jurídica específica do tributo é irrelevante “a destinação legal do produto de sua arrecadação”.

5. *O objetivo da Seguridade e a sua natureza jurídica*

Ademais, o que está por trás da discussão da natureza jurídica da contribuição previdenciária é a construção de um novo modelo securitário criado pela vigente Lei Maior.

Construiu-se um sistema novo, um sistema que no Estado Social prestigia sua característica mais importante: *a justiça social*.

Conforme nos ensina Wagner Balera¹⁴, a

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, Ed. Atlas, São Paulo, 1993, p. 60.

¹⁴ BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

Seguridade está presa a um instituto jurídico mais antigo da história do Direito Civil – o *se-guro*. Trata-se, pois, a Seguridade de um aprimoramento da idéia do seguro, acrescido de obrigatoriedade, tendo em vista a proteção social dos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Nesse sentido, a Constituição de 1988 estabelece, no art. 194, *caput*, que:

SEGURIDADE SOCIAL = PREVIDÊNCIA + SAÚDE + ASSISTÊNCIA SOCIAL.

Para alcançar a meta de cobrir a população brasileira dos riscos juridicamente protegidos, a Seguridade possui técnica apropriada e específica necessitando das chamadas *bases atuariais*.

As bases atuariais, conforme indica Wladimir Novães Martinez¹⁵, são diretrizes matemáticas e estatísticas referentes à proteção social vigente, fixadas em função do grau desejado de proteção, das possibilidades e das condições econômicas do País.

Desse modo, a Lei das Leis estabeleceu no art. 59 das “Disposições Transitórias” que a legislação estabelecerá um plano de custeio. Observe-se que é justamente essa peça que vai definir as receitas necessárias para se enfrentar os dispêndios com saúde, com previdência e com assistência social.

Em outras palavras, o Estado fica atrelado a esta realidade matemática que é o plano de custeio. Não podendo haver despesa sem a prévia receita ligada àquela, sob pena de desequilíbrio e quebra do sistema.

Este princípio fundamental, muitas vezes esquecido pelo legislador ordinário e pelo aplicador da lei, é aquilo que Wagner Balera chama da *regra da contrapartida*¹⁶, Sérgio Pinto Martins, de *preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço*¹⁷ e que é estabelecido no art. 195, § 5º, *in verbis*:

“Art. 195.....

§5º. Nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

¹⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Subsídios para um modelo de previdência social*, São Paulo, Ltr., 1992, p. 28.

¹⁶ BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, São Paulo, Atlas, 1992, p. 46.

Por força do estabelecido nesta norma, a Lei Magna impõe ao legislador a observância do equilíbrio financeiro do “caixa” previdenciário. Ressalte-se que este equilíbrio tem um aspecto intertemporal, tendo em vista que, conforme asseverava Lord Beveridge, a idéia-força da Seguridade Social é a da “solidariedade entre gerações”, de tal sorte que a geração presente custeia prestações a serem percebidas pelas gerações futuras.

Ademais, o equilíbrio do sistema pode indicar necessidades emergentes de custeio para a implementação imediata de novos programas sociais. Pensando nessas características específicas da contribuição previdenciária, o constituinte, sabiamente, detalhou um critério próprio de exigibilidade temporal das contribuições, distinto do tratamento dado pelo princípio da anterioridade aos tributos em geral.

O princípio da anterioridade, consagrado no ordenamento constitucional tributário, indica de forma expressa:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
III – cobrar tributos:

.....
b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

No dizer de Sacha Calmon Navarro Coelho, esse princípio basilar “é valor nascido da aspiração dos povos de conhecer com razoável antecedência o teor e o quantum dos tributos a que estariam sujeitos no futuro imediato, de modo a poderem planejar as suas atividades levando em conta as referências da lei”¹⁸.

Entretanto, em face das peculiaridades próprias de custeio, o legislador optou, de forma especial, estatuir que:

“Art. 195.....

§ 6º. As contribuições de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b”.

¹⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema tributário*, Forense, 1991, p. 315.

Ressaltando assim, mais uma vez, o argumento de que as contribuições, apesar de sua natureza tributária, devem ter um tratamento distinto do previsto para as outras espécies tributárias, por constituírem categoria autônoma.

6. Conclusões

1. O constituinte estabeleceu um regime jurídico diferenciado para as contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Tal regime jurídico, todavia, não exclui as contribuições sociais do sistema tributário nacional sob cujos princípios, institutos e regras as mesmas devem ser editadas.

2. O destino dos recursos arrecadados, característica fundamental das contribuições parafiscais, mostra-se matéria de extrema relevância no âmbito desse tributo especial, justificando o seu tratamento *sui generis*.

3. As contribuições previdenciárias, espécie do gênero contribuição parafiscal, diferenciam-se dos demais tributos, por características provenientes da parafiscalidade e por características decorrentes do objetivo da Seguridade Social.

4. A implementação da justiça distributiva é o objetivo maior da Seguridade Social, na forma em que foi concebida pelo constituinte de 1988.

5. As contribuições de Seguridade Social, bases necessárias para a expansão da força normativa do disposto no Título VII – Da Ordem Social, devem ser interpretadas tendo em vista o objetivo de concretizar a proteção social da população brasileira.

6. A finalidade social, que impregna a contribuição social, a distingue das outras espécies tributárias e deve ocasionar tratamento especial pelo elaborador e pelo aplicador da lei.

Bibliografia

- ALCKMIN, José Geraldo Rodrigues de. *Os Tributos e sua Classificação*. São Paulo, Resenha Tributária, 1975.
- ATALIBA, Geraldo. *A Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo, Malheiros, 1994.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário*. Rio de Janeiro, Forense, 1990.
- BALEIRA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- BRITO, Edvaldo. *Contribuições Sociais e Econômicas; Natureza Jurídica e Prescrição*. São Paulo, Resenha Tributária, 1976.
- FANUCCHI, Fábio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, v. II, São Paulo, Resenha Tributária, 1976.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1991.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Malheiros, 1993.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Subsídios para um modelo de previdência social*, São Paulo, Ltr, 1992.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, São Paulo, Atlas, 1992.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- PAIS, Paulo Roberto Tavares. *Comentários ao Código Tributário Nacional*, São Paulo, Saraiva, 1986.
- VILLEGAS, Héctor B. *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

Estado, sociedade e participação

Perspectivas socialistas

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

1. São três notícias de jornal, iguais a dezenas, ou centenas, que se publicam todos os dias. De acordo com a primeira, reduz-se rapidamente o número de idiomas falados no mundo; diz, a segunda, que morrem jornais com a mesma rapidez, expandindo-se grupos monopolísticos da mídia; a terceira informa sobre o crescimento do desemprego na Europa e a preferência do operariado pela preservação do emprego, ao invés de lutar por melhorias salariais.

Três fatos distintos que, à sua maneira, traduzem a concentração crescente do poder econômico e cultural. Internacionalizada a economia, estabeleceu-se uma nova ordem mundial, em que os oligopólios transnacionais possuem mais poder do que a maioria dos governos. Dominando as finanças, o processo produtivo e a mídia, eles têm condições de impor políticas aos parlamentos e aos executivos nacionais.

Seria incorreto tomar a existência de uma única e soberana potência militar – cuja eficiência experimentamos na guerra do Golfo – como característica básica dessa nova ordem mundial.

Era de César a efígie cunhada no denário apresentado, na Palestina, a Jesus. Atrás das legiões romanas caminhavam a moeda e o idioma latino, buscando uma unidade fundada no poder militar, mas não, como hoje, na dependência econômica. Vivemos três décadas assombrados pela perspectiva de um conflito nuclear entre as duas grandes potências. No fim, os *jeans* e a *Coca-Cola* liquefizeram a República Democrática Alemã e a União Soviética. Rompido seu isolamento, integram-se seus povos naquilo que os jornais não se cansam de denominar como a “comunidade internacional”.

“Integração” passa a ser, a nível internacional, uma palavra-chave tão importante

Sérgio Sérvulo da Cunha é advogado.

Apresentado à Conferência de Advogados Socialistas, realizada em agosto de 1994, no Rio de Janeiro.

quanto, a nível nacional, a “desregulamentação”, ou a “desestatização”. Dão-se, a toda hora, os exemplos da Comunidade Económica Europeia, e do Mercosul. O prefixo “des” é revelador. Mais do que um programa, essas palavras indicam as duas faces de um movimento, de fora para dentro, que integra dissolvendo. O fraccionamento do Leste – o caso alemão à parte – é a dissolução da unidade federativa de povos que ver-se-ão a braços, amanhã, com a mais nova palavra-chave: “desnacionalização”.

O Mercosul é típico: uma integração regional que estimula a desintegração nacional. No Brasil, a insistência na realização da revisão constitucional decorreu do fracasso do “emenda” de Collor. Vocês ainda se lembram? “Flexibilização”, “privatização”, “desregulamentação”, possibilidade de falência de empresas estatais, cobrança de impostos por particulares, reforma eleitoral etc.

Boa tarefa para os jornais – se jornais tivéssemos – seria identificar a matriz dessas propostas que sob os mesmos nomes, com o mesmo indistincto teor, circulam pelos parlamentos e gabinetes sul-americanos; ou rastrear as personalidades – como Margareth Thatcher, por exemplo – que periodicamente nos visitam oferecendo receitas de sucesso, a par de críticas à nossa incompetência gerencial.

2. O fato é que, ao nos darmos conta dessa guerra, ela já está em curso há muito tempo. Outros – que só agora conseguimos entender – nos advertiram a seu respeito. É de 1960 o livro de Marcuse sobre a “Ideologia da sociedade industrial”, em que nos fala sobre a “sociedade unidimensional”. Nesta, as formas comuns de pensamento são criadas menos pelas tradicionais agências ideológicas – escolas, mídia, família, igrejas – do que pelas próprias formas concretas de vida; seu traço onipresente é o conformismo.

Em 1960 – é bom recordar – o pensamento médio da esquerda brasileira considerava o socialismo como a propriedade estatal dos meios de produção, alcançável pela revolução nacional-operária.

O liquidificador unidimensional, operando durante esses anos, criou aqui três classes, que se distinguem segundo um critério econômico-cultural: a classe influente, a classe defluente e a classe afluyente. A classe defluente é aquela para a qual – não obstante com lugar apenas nas estatísticas criminais – se reservou um

papel económico – o de pressionar para baixo os salários – e um papel eleitoral: o de fornecer o voto populista. A classe afluyente – jovens, assalariados, profissionais médios – é a hipnotizada pelo brilho e facilidades da vida moderna: as telecomunicações, a informática, os *shoppings*, os *franchisings*: tudo que fornece a ilusão de fruição, poder e bem-estar contínuo. Espelinhos, com que os índios compraram dos portugueses, no passado, a sua perdição.

Há uma interpretação económica para o assalto neocolonial às posições do Estado: a necessidade da expansão capitalista. Mas é possível uma outra interpretação, política ou estratégica: a de que o Estado, não obstante criatura da burguesia, gerou setores de poder autónomo que é importante desmobilizar, como se desmobilizaram o operariado fabril, a intelectualidade, e setores médios ativos politicamente (v.g. jornalistas, professores).

Assim, é cada vez mais difícil fazer oposição, na medida em que é cada vez mais difícil pensar criticamente, ou agir independentemente. Desfazem-se os mecanismos de solidariedade, a individualidade naufraga. Os comportamentos moldam-se segundo filosofias práticas: cinismo (classe influente), hedonismo (classe afluyente), estoicismo (classe defluente).

Setores de esquerda mais consequentes, convencidos da impossibilidade prática da revolução, reduzem sua perspectiva à conquista de um patamar democrático mínimo, que permita transformações graduais. Submergem nos becos da via eleitoral partidária, que os países desenvolvidos já bloquearam através da “reforma eleitoral” (voto facultativo, monopartidarismo induzido pelo voto distrital). A fragmentariedade social confina as idéias, as propostas e os compromissos no âmbito local ou profissional (corporativo). Nada nos une. Tudo nos separa, a não ser o consumo.

Militantes tradicionais rendem-se não apenas à inevitabilidade dos fatos ou às necessidades pragmáticas, mas, levando mais adiante sua capitulação, aderem intelectualmente ao neoliberalismo, como sendo a única alternativa histórica possível.

3. Essa atitude reclama um duplo questionamento, do ponto de vista científico e do ponto de vista ético.

Sob o primeiro aspecto, a racionalização do conformismo criou uma nova teoria da imutabilidade social. Assim como, no passado, devia-se aceitar a ordem natural preestabelecida, esta-

ríamos agora diante de um novo determinismo, de origem não investigada. É como se tivéssemos recuado à idade pré-moderna. Com efeito, o dado primordial da modernidade é o reconhecimento da autonomia do homem, que constrói a sociedade. Essa visão do iluminismo, adensada pela sociologia clássica, tornou-se patrimônio do socialismo, como teoria da ação libertadora do homem. O socialista, por isso, não é nem pré, nem pós-moderno, mas literalmente moderno.

Mais do que a proposição científica, de que o homem constrói a sociedade, identificamos a atitude ética da qual essa proposição é indissociável. Somos capazes de compreender o hedonista e o estóico, porque reconhecemos o prazer e a dor como elementos nucleares da experiência humana. Mas recusamos o absolu-

tismo, ou exclusivismo, de uma e de outra concepção. O fato de sermos construtores da história nos torna responsáveis por ela; e nos incompatibiliza com o cinismo, com o genocídio, com a opressão; como o grande holocausto branco, em que não o gás mata, mas a fome, a doença e o desespero.

Não cremos que este seja o preço necessário da difusão tecnológica. Nem acreditamos que, para a edificação da ordem internacional, seja preciso suprimir as contribuições nacionais, enquanto vigentes e válidas.

Não vivemos neste século – em que tantas esperanças se sepultaram – a ponto de pretender que todos os homens possam ser, desde já, livres, iguais e solidários. Mas não abdicamos, ainda, da nossa humanidade.

O "treaty-making power" das organizações internacionais

JOSÉ H. FISCHEL DE ANDRADE

SUMÁRIO

1. Delimitação do objeto em estudo. 2. Introdução histórica. 3. Distinção entre personalidade jurídica internacional e "treaty-making power". 4. "Treaty-making power" e personalidade jurídica de direito interno. 5. "Treaty-making power" e personalidade jurídica de direito internacional. 6. Fundamentos jurídicos do "treaty-making power". 6.1. Estados. 6.2. Organizações Internacionais. 7. Interpretação dos fundamentos jurídicos do "treaty-making power". 7.1. Interpretação restritiva. 7.2. Interpretação extensiva. 7.2.1. Poderes inerentes. 7.2.2. Poderes implícitos. 8. Considerações finais.

1. Delimitação do objeto em estudo

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹, após exatos 23 anos de sua conclusão², e de mais de 12 de sua entrada em vigor³, foi encaminhada, para as tramitações domésticas pertinentes, ao Congresso Nacional⁴, onde ainda se encontra⁵.

Sua análoga, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações

¹ Doravante "Convenção de Viena I".

² Esta se deu aos 23 de maio de 1969.

³ Ocorrida aos 27 de janeiro de 1980.

⁴ Cf. Mensagem nº 116, de 22 de maio de 1992, publicada no *Diário Oficial* de 23 de maio de 1992.

⁵ Segundo informações obtidas junto ao Banco de Dados do Prodasen, aos 16 de outubro de 1995, a última tramitação do PDC 214/92, que aprova o texto da Convenção de Viena I – com ressalvas aos artigos 25 e 66 –, foi o seu recebimento, aos 13 de setembro de 1995, pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, onde o Deputado Pedro Valadares, na qualidade de Relator, está incumbido de preparar parecer à Emenda de Plenário proposta.

José H. Fischel de Andrade é Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo, diplomado pelo Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo, França), estagiou no Comitê Internacional da Cruz Vermelha (Genebra, Suíça), e atualmente é Consultor Jurídico do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) em Brasília.

Internacionais⁶, concluída há mais de 9 anos⁷, continua com sua submissão ao Congresso Nacional, pelo Ministério das Relações Exteriores, pendente⁸. A Convenção de Viena II trata, *inter alia*, do *treaty-making power* das organizações internacionais – aspecto tido como o mais importante quando da Conferência que a redigiu (*infra*).

O presente artigo visa apresentar a evolução e a análise jurídica de pontos cruciais do *treaty-making power* das organizações internacionais, num esforço de promover as medidas necessárias para o pronto comprometimento do Brasil com a Convenção de Viena II.

Antes, porém, algumas observações devem ser feitas. Não há no vernáculo tradução que defina, com rigor de linguagem, o significado de *treaty-making power*. Como se isto não bastasse, a expressão possui distintas acepções: pode ser usada no sentido da capacidade de celebrar tratados; da determinação do lugar onde se encontra dito poder ou faculdade; ou do processo de formação da vontade que determina, de forma decisiva, a intenção de um ente de direito das gentes se comprometer juridicamente com outro(s). Muita vez, a referida expressão é utilizada indistintamente.

No presente estudo somente a primeira das noções será desenvolvida, i.e., a capacidade de celebrar tratados; as demais, em função de sua importância, já têm sido objeto de diversos estudos⁹.

⁶ Doravante “Convenção de Viena II”. Para o texto da Convenção de Viena II, v. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vv. 69/71, 1987/89, pp. 335-374.

⁷ A Convenção de Viena II, concluída aos 21 de março de 1986, foi, neste mesmo dia, assinada pelo signatário do Brasil.

⁸ Informação obtida, aos 16 de outubro de 1995, junto aos arquivos da Divisão de Atos Internacionais (DAI) do Ministério das Relações Exteriores.

⁹ Cf., *inter alia*, SOARES, G.F.S., “The Treaty-Making Process under the 1988 Federal Constitution of Brazil”, *Chicago-Kent Law Review*, v. 67, n. 2, 1991, pp. 495-513; BROWNIE, I., *Principles of Public International Law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 698-701; CAMPOS, J.M., *Direito Comunitário*, v. I, 3rd ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 571-577; BLIX, H., *Treaty-making power*, London, Stevens, 1970; COSTONIS, J.J., “The Treaty-making power of the European Community: Article 238 and Association Agreements”, *Annuaire Européen/European Yearbook*, v. XV, 1967, pp. 31-51; DETTER, T.H.L., “The Organs of International Organizations Exercising their Treaty-making power”, *British Yearbook of International Law*, v. 38, 1962, pp. 421-444.

No que respeita às organizações internacionais, faz-se mister ressaltar, igualmente, que elas podem exercer suas atividades jurídicas em três âmbitos diferentes, quais sejam: no *direito nacional* dos Estados, é o que se passa no caso de uma relação dependente e definida por um determinado direito doméstico; no *direito internacional* geral, hipótese em que não só os entes são de direito internacional público, como também é esse o ordenamento que rege o objeto da relação; e no *direito próprio à organização*, haja vista algumas organizações sujeitarem parte das relações jurídicas que lhes respeita a uma ordem jurídica particular, que compreende não só determinados órgãos, mas, ainda, certas regras próprias à organização – definidas como direito interno das organizações¹⁰. Tem-se como escopo, no presente artigo, analisar tão-somente os dois primeiros âmbitos de atuação legal das organizações internacionais, i.e., sua atuação legal no direito interno dos Estados e no direito das gentes.

Por fim, torna-se sobremaneira importante destacar que a análise da capacidade das organizações internacionais de celebrar tratados utilizará, como parâmetro para a definição desta faculdade, as relações e diferenças existentes entre esta capacidade e a personalidade jurídica destas instituições.

2. Introdução histórica

É deveras interessante examinar a evolução que se teve na análise, pelos doutrinadores, do *treaty-making power* das organizações internacionais.

O debate atinente à existência da personalidade jurídica internacional da Liga das Nações não envolveu, no geral, muita discussão sobre sua capacidade de celebrar tratados¹¹, sendo certo que a maioria dos juristas apoiava a corrente de pensamento que a dotava da referida personalidade¹². Não obstante, os escritos concluídos à época serviram como ponto de partida – fonte consuetudinária – para as posições que seriam defendidas nas décadas vindouras.

O desfecho da Segunda Grande Guerra, e a subsequente criação da Organização das

¹⁰ Cf. REUTER, P., *Instituições Internacionais*, Lisboa, Rolim Ed., s/d, p. 247.

¹¹ Cf. PARRY, C., “The Treaty-making power of the United Nations”, *British Yearbook of International Law*, v. 26, 1949, p. 108.

¹² Cf. O’CONNELL, D.P., *International Law*, v. I, 2nd ed., London, Stevens, 1970, p. 95.

Nações Unidas, deu uma coloração toda especial às relações internacionais. Não era somente uma organização que surgia, mas sim várias, haja vista, logo em seguida, ter havido uma proliferação de agências especializadas.

Os problemas pertinentes a estes *novos* entes de direito internacional público tiveram de ser, finalmente, estudados com profundidade. Dessa forma, a Comissão de Direito Internacional¹³ iniciou o estudo do direito dos tratados de organizações internacionais em 1950, quando abordou a questão mais genérica do direito dos tratados pela primeira vez¹⁴.

A partir de então os *scholars* começaram a dar atenção a esta matéria, tanto que, logo após o início dos trabalhos da Comissão, o Professor J.G. Starke já afirmava que se tornara quase impossível aplicar-se com rigor a regra que estabelecia que somente os Estados que preenchessem os requerimentos de *statehood* em nível internacional poderiam ser partes em tratados¹⁵.

Os quatro primeiros relatores da matéria na Comissão de Direito Internacional¹⁶ endossaram a tese de que as organizações internacionais gozavam do *treaty-making power*¹⁷. Era de se esperar, portanto, que o projeto da Convenção sobre

Direito dos Tratados tivesse, em seu bojo, dispositivos relacionados ao *treaty-making power* das referidas organizações. Entretanto, não foi isso que ocorreu. Quando em 1969 foi concluída a Convenção de Viena I, não houve referência à mencionada faculdade das organizações internacionais. Isto se deu para evitar que a Convenção se tornasse muito complicada, haja vista as regras que governam tais organizações diferirem em alguns pontos das que dizem respeito aos tratados entre Estados¹⁸.

Desta forma, deu-se tempo à matéria para seu desenvolvimento prático e doutrinário, que partia não da estaca zero, mas sim já tendo atrás de si certa evolução – considerada, não obstante, insuficiente para servir como subsídio de sua codificação. Interessante notar como se processa tal progresso em nível doméstico. Um bom exemplo é o ocorrido no Brasil, cuja Constituição de 1946 só fazia menção aos tratados e convenções “celebrados com os Estados estrangeiros”; equívoco que não ocorre com a de 1967¹⁹, que declara *in verbis*, em seu artigo 8º, I, que “Compete à União manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; participar de organizações internacionais”. A evolução constatada na Constituição de 1967 manteve-se na atual, a qual dispõe que “Compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (CF/88, art. 21, I).

A decisão tomada em 1969 foi providencial, pois a doutrina passou a dar maior importância à matéria, o que permitiu à Comissão de Direito Internacional, através do desenvolvimento da prática das organizações internacionais, regular mais tarde os seus trabalhos numa doutrina e prática mais sólidas²⁰.

Com o passar dos anos, o assentimento da prática e da doutrina da matéria começou a influenciar, de forma decisiva, acadêmicos e autoridades governamentais de países que anteriormente não as aceitavam. Os representantes dos países socialistas, apesar de sua visão extremamente positivista, foram aos poucos deixando de apresentar empecilhos; tanto que

¹³ A Comissão de Direito Internacional, órgão da ONU, tem como tarefa *buscar o desenvolvimento progressivo do direito internacional*, o que faz, exatamente, através da “*preparação de projetos de convenções sobre assuntos que ainda não foram regulamentados pelo direito internacional ou a respeito dos quais o direito ainda não está suficientemente desenvolvido na prática dos Estados*”, e da *codificação desse direito das gentes, que nada mais é que a “formulação e sistematização mais precisa de regras de direito internacional em campos onde já existe extensa prática estatal, precedentes e doutrina*”. Para um excelente estudo sobre as origens da Comissão de Direito Internacional, cf. BRIGGS, H.W., *The International Law Commission*, Ithaca (N.Y.), Cornell University Press, 1965.

¹⁴ NASCIMENTO E SILVA, G.E. do, “A Codificação do Direito dos Tratados de Organizações Internacionais”, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vv. 67/68, 1985/86, p. 13.

¹⁵ Cf. STARKE, J.G., *An Introduction to International Law*, 3rd ed., London, Butterworth, 1954, p. 299.

¹⁶ Foram eles os Professores James Brierly, Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice e Humphrey Waldock.

¹⁷ Cf. NASCIMENTO E SILVA, G.E. do, op. cit. nota 14, p. 13.

¹⁸ Cf. AKEHURST, M., *A Modern Introduction to International Law*, 6th ed., London, Allen & Unwin, 1987, p. 124.

¹⁹ Cf. MELLO, C.D.A., *Curso de Direito Internacional Público*, v. I, 9^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 214 (nota 9).

²⁰ Cf. NASCIMENTO E SILVA, G.E. do, op. cit. nota 14, p. 16.

poucos anos após a Convenção de Viena I, um diplomata soviético, o Professor Tunkin, ensinava na Academia de Direito Internacional de Haia que “os tratados concluídos entre Estados e organizações internacionais tornam-se mais numerosos como resultado do papel crescente das organizações internacionais na vida internacional”²¹.

Por não ter sido exaustiva, a Convenção de Viena I legou à Comissão de Direito Internacional a tarefa de elaborar uma Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais; os trabalhos iniciaram-se já em 1971²².

Até a Convenção de Viena II, onze relatórios foram submetidos pelo relator à Comissão. A orientação adotada para sua redação foi a mesma utilizada quando da preparação do Estatuto da Corte Internacional de Justiça; i.e., procurou-se não afastar a numeração do instrumento precedente. Ademais, fez-se uso de uma regra procedimental pela qual apenas os artigos propostos capazes de suscitar dúvidas de substância seriam debatidos no Comitê Plenário. Todos estes atos fizeram com que a Convenção de Viena II pudesse ser adotada em um momento oportuno, visto esse fato ter até mesmo fortificado o trabalho da Comissão de Direito Internacional²³.

O ponto central da Conferência de Viena II encontra-se em seu artigo 6º, o qual estabelece que “a capacidade de uma organização internacional para concluir tratados é regida pelas regras da organização”.

A complexidade desta questão faz com que ela seja desenvolvida de forma mais acurada (*infra* item V.2).

3. Distinção entre personalidade jurídica internacional e “*treaty-making power*”

É necessário distinguir claramente o *treaty-making power* de uma organização de suas capacidades mais gerais, ou, talvez, da soma destas facultades, que pode ser definida como “personalidade (jurídica) internacional”²⁴.

²¹ TUNKIN, G., “International Law in the International System”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International*, v. 147, nº IV, 1975, p. 121.

²² Seu Relator, até o final dos trabalhos, em 1986, foi o Professor Paul Reuter.

²³ Cf. NASCIMENTO E SILVA, G.E. do, op. cit. nota 14, pp. 16-18 e 23.

Não há na Carta da ONU nenhum dispositivo que lhe conceda tal personalidade. Foi, *inter alia*, em razão dessa lacuna que a Corte Internacional de Justiça foi acionada a dar parecer no Caso das Reparações de Danos, em 1949. A Corte chegou à conclusão que:

“(…) a Organização (das Nações Unidas) é um ente internacional (...). Isto não implica dizer que todos os seus direitos e deveres devam existir no plano internacional. O que isto significa é que (a ONU) é sujeito de direito internacional, e capaz de possuir direitos e deveres internacionais”²⁵.

Uma vez estabelecida a personalidade jurídica internacional da ONU – o que também se estendia às outras Organizações –, o passo seguinte era saber o que isto implicava. Sem dúvida, é um erro supor que a mera descrição de uma entidade como *pessoa* formula suas capacidades em direito²⁶. A *personalidade* deve ser vista como um índice (*index*), não de capacidade *per se*, mas de capacidades específicas e diferentes²⁷.

Desta forma, fez-se necessário estabelecer de forma precisa, no caso das organizações internacionais, quão intenso, e em que proporções, caracterizava-se o liame existente entre personalidade jurídica internacional e *treaty-making power*. As conclusões melhor fundamentadas defendem ser o *treaty-making power* uma *parte do todo* personalidade; i.e., o *treaty-making power* implica a existência de personalidade jurídica, não se podendo afirmar o oposto. É neste sentido que se assevera que o *treaty-making power* das organizações internacionais é para ser deduzido não do mero fato de sua personalidade, mas da evidência que indica elas terem *aquele* tipo de personalidade que envolve a capacidade de celebrar tratados²⁸.

4. “*Treaty-making power*” e *personalidade jurídica de direito interno*

Os documentos constitucionais de várias organizações internacionais indicam que elas possuem certo grau de personalidade jurídica. Não fica bem explícito, entretanto, se a referência é feita à personalidade jurídica pertinente às leis

²⁴ Cf. PARRY, C., op. cit. nota 11, p. 109.

²⁵ I.C.J. *Reports*, 1949, p. 179.

²⁶ Cf. O’CONNELL, D.P., op. cit. nota 12, p. 80.

²⁷ *Ibid.*, p. 82.

²⁸ Cf. PARRY, C., op. cit. nota 11, p. 110 e O’CONNELL, D.P., op. cit. nota 12, p. 81.

dos diversos Estados-Membros, ou à personalidade que diz respeito aos direitos e deveres internacionais²⁹.

Alguns tratados fazem menção só a um âmbito da personalidade jurídica das organizações que eles criam. É o caso da Carta da ONU, que não se refere à sua personalidade no contexto internacional, tendo sido, a do âmbito interno, reconhecida de modo claro, dentre outros, no artigo 104 da Carta³⁰.

Independente de sua estipulação, é fato que as organizações detêm personalidade de direito interno, assim como capacidade de celebrar tratados regidos pelo direito nacional dos contratantes. Este tipo de tratado é aquele através do qual as organizações internacionais procuram obter certos serviços materiais necessários à sua existência; todas as organizações internacionais têm estas necessidades, e, historicamente, a sua personalidade, para começar, afirma-se neste plano humilde, primeiramente junto ao Estado onde possui a sede e, em seguida, junto a todos os Estados em cujos territórios deverá exercer a sua atividade³¹.

Particularmente interessantes são os acordos-sede. Estes podem ter tanto dispositivos de direito interno como de direito internacional – quando tratam das imunidades e privilégios de jurisdição. Quanto àqueles – que são os que interessam ao tópico ora desenvolvido –, tem-se que é através deles que as organizações internacionais firmam contratos como os de compra e venda e/ou aluguel de imóveis. Esta faculdade, assim como a relativa ao âmbito internacional, não prescinde de estipulação prévia. Pode-se tomar como exemplo o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), que não tem expressamente a referida faculdade estipulada, mas que, em função de ser um agente da ação internacional humanitária, concerta, via de regra, na forma de tratados bilaterais, compromissos com Estados, afirmando, destarte, seu *treaty-making power*³².

Finalizando, poder-se-ia pensar, *prima facie*, que os artigos que definem a capacidade jurídica

interna das organizações internacionais nos Estados – como o artigo 104 da Carta da ONU³³ – são sempre auto-aplicáveis (*self-executing*). Não obstante, há alguns tratados que assim não dispõem, como é o caso da Convenção sobre Aviação Civil Internacional, que em seu artigo 47 reza:

“A organização deve gozar no território de cada Estado contratante da capacidade legal necessária para a realização de suas funções. A personalidade jurídica completa deve ser concedida toda vez que compatível com a Constituição e leis do Estado em questão”.

5. “*Treaty-making power*” e personalidade jurídica de direito internacional

A partir do momento em que uma organização pode realizar certos atos que a põe em contato com assuntos de direito internacional que lhe são exteriores – Estados que não são membros e outras organizações –, coloca-se ela normalmente no terreno geral do direito internacional público³⁴.

Como já visto de passagem, a Carta da ONU não possui artigo algum que lhe conceda personalidade jurídica internacional; não obstante, prevê esta a conclusão de acordos internacionais³⁵. Esse problema, consoante o exposto, foi superado haja vista ter a Corte Internacional de Justiça, em seu Parecer sobre o *Caso das Reparações de Danos*, ter reconhecido a personalidade jurídica internacional da ONU. O mesmo raciocínio do Parecer parece atribuir o *treaty-making power* às agências especializadas das Nações Unidas, das quais várias, de fato, concertam acordos com a ONU, entre si, e com Estados³⁶.

³² Cf. SWINARSKI, Ch., *Direito Internacional Humanitário como Sistema de Proteção Internacional da Pessoa Humana: Principais Noções e Institutos*, São Paulo, RT/USP, 1990, pp. 81 e 82 e SWINARSKI, Ch., *Competência e Funções do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) como órgão da Ação Internacional Humanitária*, Brasília, Escopo, 1990, p. 13 ou *ibid.* in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vv. 67/68, 1985/86, p. 180.

³³ Dita este artigo que “A Organização gozará, no território de cada um de seus membros, da capacidade jurídica necessária ao exercício de suas funções e a realização de seus propósitos”.

³⁴ Cf. REUTER, P., *op. cit.* nota 10, p. 247.

³⁵ V. Carta das Nações Unidas, arts. 43, 57, 63, 105.

³⁶ Cf. McNAIR, A.D., *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 52.

²⁹ Cf. BISHOP, W.W., *International Law: Cases and Materials*, 3rd ed., Toronto, Little, Brown & Company, 1970, p. 241.

³⁰ Cf., *inter alia*, MELLO, C.D.A., *op. cit.* nota 19, p. 514; AKEHURST, M., *op. cit.* nota 18, p. 71; e O'CONNELL, D.P., *op. cit.* nota 12, p. 969.

³¹ Cf. REUTER, P., *op. cit.* nota 10, p. 247.

A partir do mencionado Parecer, os tratados constitutivos começaram a ser mais precisos. O Tratado da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (1951), e.g. no seu artigo 6º após dispor que “a Comunidade tem personalidade jurídica”, acrescenta que “nas relações internacionais a Comunidade goza da capacidade jurídica necessária para exercer as suas funções e alcançar os seus objetivos”. Trata-se, pois, de seu *treaty-making power*. E foi exatamente essa a tendência que foi possível perceber desde então: uma preocupação não mais com a personalidade jurídica internacional das organizações internacionais, mas sim com a extensão de sua capacidade de celebrar tratados, de seu *treaty-making power*.

Para se definir precisamente essa extensão, recorre-se ao método interpretativo, o qual será abordado mais adiante (*infra* tópico VI).

6. Fundamentos jurídicos do “*treaty-making power*”

A doutrina e a prática internacional admitem que a capacidade de firmar tratados não reside apenas nos Estados soberanos, mas sim também nos organismos internacionais³⁷. Não obstante, há uma diferença substancial entre os fundamentos jurídicos do *treaty-making power* dos Estados e os das organizações internacionais, sendo de fundamental importância aclará-la.

Como a Corte Internacional de Justiça decidiu, no *Caso das Reparações de Danos*,

“os sujeitos de direito internacional em qualquer sistema jurídico não são necessariamente idênticos na natureza ou na extensão de seu direito, e sua natureza depende das necessidades da comunidade, (...) enquanto um Estado detém a totalidade dos direitos e deveres internacionais reconhecidos pelo direito internacional, os direitos e deveres de uma entidade como a Organização (das Nações Unidas) devem depender de seus propósitos e funções, como especificados ou implícitos em seus documentos constitutivos e desenvolvidos na prática”³⁸.

Pode-se então diferenciar os fundamentos jurídicos do *treaty-making power* atinentes aos

³⁷ Cf. NASCIMENTO E SILVA, G.E. do, *Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*, Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 1971, p. 18.

³⁸ I.C.J. Reports, 1949, pp. 178 e 180.

Estados e às organizações internacionais em função da dessemelhança resultante do cotejo entre suas posições no cenário internacional. *Prima facie*, pode-se dizer que, no âmbito do direito internacional geral, os Estados situam-se em um plano de igualdade soberana em relação uns aos outros; sendo que as organizações internacionais diferem umas das outras em razão das amplas variações de suas funções, individualmente definidas³⁹. Feitas estas considerações, faz-se providente uma sucinta análise distintiva entre estes dois sujeitos do *treaty-making power*.

6.1. Estados

Os Estados são os primeiros sujeitos do direito internacional, os quais sempre detêm a capacidade para celebrar tratados. São eles dotados de soberania, sendo que sua condição jurídica não é determinada por nenhum ato volitivo externo ou legislativo⁴⁰.

Neste contexto é a soberania a responsável por esta faculdade do Estado. É ela, nas palavras de Clóvis Beviláqua, a *autoridade suprema*⁴¹. É dela que deriva o poder estatal para que o Estado se relacione com os outros entes de direito internacional público.

Em que pese este conceito clássico, a palavra *soberania* sofreu certas mudanças desde sua concepção inicial por Bodin e Hobbes, escapando de certa forma da noção de indivisibilidade. Os Estados nos dias de hoje comprometem certa parte de sua soberania, ao mesmo tempo que esta não mais se faz indispensável como ingrediente às relações com outros Estados. A Índia, por exemplo, era membro da Liga das Nações antes mesmo de, em 1947, tornar-se independente. Outro exemplo é o das unidades de um Estado federado, que podem travar relações jurídicas com outros Estados – desde que assim permitido em sua Constituição⁴².

³⁹ Cf. CANÇADO TRINDADE, A.A., *Direito das Organizações Internacionais*, Brasília, Escopo, 1990, p. 163.

⁴⁰ Cf. MENON, P.K., “The Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations with special reference to the Vienna Convention of 1986”, *Revue de Droit International et Sciences Politiques et Diplomatiques*, v. 65, n. 4, 1987, p. 262.

⁴¹ Cf. BEVILAQUA, C., *Direito Público Internacional*, tomo I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939, p. 207.

⁴² Cf. MENON, P.K., op. cit. nota 40, p. 263. A propósito do exemplo anterior, cf. POULOSE, T.T.,

Intrinseco à soberania – tendo-se esta como regra geral – outro fator importante no que tange ao *treaty-making power* é a doutrina da igualdade dos Estados⁴³. Ela foi introduzida na Ciência do Direito Internacional pelos autores jusnaturalistas, o que não a poupou de severas críticas provenientes de internacionalistas conceituados⁴⁴. Entretanto, não se pode negar que *juridicamente* – salvas esparsas exceções *e.g.* o poder de veto dos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU – todos os Estados são iguais. Essa igualdade se reflete no *mesmo* poder que todos os Estados têm para, sobre a matéria e extensão que desejarem, celebrar tratados. Assim considerado, o *treaty-making power* dos Estados é *absoluto*⁴⁵.

6.2. Organizações Internacionais

Já houve no passado teorias que negavam o *treaty-making power* das organizações internacionais. Elas eram defendidas por internacionalistas soviéticos, os quais baseavam seu raciocínio no fato de os referidos organismos não possuírem os requerimentos essenciais dos Estados. Esse posicionamento não mais encontra respaldo e adeptos nos dias de hoje, podendo ser considerado um “legado da história”⁴⁶.

Em princípio, se os Estados soberanos possuem o *treaty-making power* quando agem isolados, não seria surpreendente encontrar a mesma capacidade atribuída a uma organização internacional criada por esses mesmos Estados, os quais virtualmente são seus membros⁴⁷. Pode não ser surpreendente, mas ao mesmo tempo não é imprescindível, pois “o mero fato de Estados terem criado, por convenção, uma agência internacional, é insuficiente para a prova de personalidade daquela agência”⁴⁸.

“India as an Anomalous International Person (1919-1947)”, *British Yearbook of International Law*, v. 44, 1970, pp. 201-212.

⁴³ Para um estudo aprofundado sobre este tema, cf. ANAND, R.P., “Sovereign Equality of States in International Law”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International*, v. 197, n. II, 1986, pp. 9-228.

⁴⁴ Cf. *inter alia* BRIERLY, J.L., *Direito Internacional*, 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, pp. 127-430.

⁴⁵ À exceção natural dos tratados que conflitem com uma norma imperativa de direito internacional geral – *jus cogens* – hipótese na qual o tratado será nulo; cf. art. 53 comum às Convenções de Viena I e de Viena II.

⁴⁶ Cf. TUNKIN, G., op. cit. nota 21, p. 199.

⁴⁷ Cf. McNAIR, A.D., op. cit. nota 36, p. 50.

⁴⁸ Cf. O'CONNELL, D.P., op. cit. nota 12, p. 98.

Desta forma, se comparada com a dos Estados, a personalidade jurídica das organizações internacionais – e possível *treaty-making power* – é tida como um conceito *relativo*⁴⁹.

Antes da Convenção de Viena II, os autores buscavam uma base para a capacidade de celebrar tratados das organizações internacionais que não a soberania. Três eram as possibilidades que fundamentavam dita faculdade, podendo esta ser: I) prova do reconhecimento de sua personalidade internacional; II) consequência da personalidade jurídica internacional; III) deduzida não do simples fato de sua personalidade, mas sim prova de que tem esse tipo de personalidade que implica a capacidade de celebrar tratados⁵⁰.

Necessitava-se chegar a um consenso quando da redação do artigo 6º da Convenção de Viena II, que tinha que ser distinto de seu análogo, redigido na Convenção de Viena I – o qual estipulava que “Todo Estado tem capacidade para celebrar tratados”. Esse caráter absoluto do *treaty-making power* dos Estados, como visto, não é encontrado nas organizações internacionais. Isto posto, e atentando-se para o fato de elas não possuírem o *treaty-making power* no mesmo grau, cabia aos redatores a determinação da *capacidade mínima*, comum a todas as organizações, para a conclusão de tratados⁵¹.

Esta dificuldade, resultante das desigualdades existentes entre as organizações internacionais, fez com que a abordagem da questão de seu *treaty-making power* fosse feita por meio de fórmulas gerais⁵², exatamente para poder compreender todas as organizações no âmbito do artigo.

Foi exatamente em função deste preceito que a redação final do artigo 6º da Convenção de Viena II ficou sendo:

“A capacidade de uma organização internacional para celebrar tratados é regida pelas regras da organização”.

⁴⁹ Cf. AKEHURST, M., op. cit. nota 18, p. 71.

⁵⁰ Cf. SORENSEN, M. (ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 205.

⁵¹ Cf. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, 1972, p. 179, apud CANÇADO TRINDADE, A.A., op. cit. nota 39, p. 168.

⁵² Cf. CANÇADO TRINDADE, A.A., *ibid.*, p. 164.

A própria Convenção de Viena II trata de, em seu artigo 2 (1) (j), definir *regras da organização* como sendo, "especialmente, os atos constitutivos, decisões e resoluções adotados de acordo com eles, e o procedimento vigente da organização".

São, pois, as *regras da organização* o fundamento jurídico que, em cotejamento com a soberania dos Estados, faculta a conclusão de tratados por organizações internacionais.

A primeira referência é feita aos *atos constitutivos*, ou seja, ao instrumento criador da organização. O tratado constitutivo de uma organização fixa seus poderes, de sorte a atender às finalidades comuns de seus membros, sendo sua enumeração feita, via de regra, de modo genérico⁵³ – o que não impede que seus propósitos, objetos e poderes sejam estabelecidos em cláusulas especiais⁵⁴.

Isto não quer dizer que a capacidade da organização seja determinada tão-somente pelo seu arcabouço constitucional; i.e., pelo desejo dos Estados-Membros que redigiram o instrumento constitutivo. Além dos outros componentes das regras da organização, a redação do artigo 6º é flexível o suficiente para conciliar esse posicionamento com o que defende que uma organização internacional possui o *treaty-making power* em razão do simples fato de sua existência, ou seja, meramente em função do direito internacional.

De qualquer forma, é importante lembrar que por serem os poderes de uma organização internacional concedidos por seus Estados-Membros, estes são oponíveis somente a terceiros – Estados ou organizações internacionais que se disponham a reconhecê-los⁵⁵.

Apesar da importância dos instrumentos constitutivos, deve-se sempre ficar atento ao fato de que os redatores de tais atos, assim como os de constituições nacionais, deparam-se com a tarefa, nada invejável, de ter de esquematizar o futuro comportamento de uma entidade complexa. E têm de fazê-lo, normalmente, por um período de tempo indefinido. Isto faz com que a precisão não seja uma característica da maioria desses instrumentos, afinal, seus redatores são incapazes de antecipar futuras dificuldades com clareza suficiente a possibilitar o estabelecimento de dispositivos que respon-

dam concretamente a essas dificuldades⁵⁶. É justamente em função dessas considerações que as *regras da organização*, ou seja, o direito peculiar a ela, não ficam adstritas à sua carta constitutiva, estendendo-se igualmente à sua prática.

As decisões e resoluções das organizações internacionais – adotadas de acordo com seus atos constitutivos –, conjuntamente com seus procedimentos vigentes, são o que se pode tomar com a *prática estabelecida* dessas organizações. Essa definição é sobremaneira importante devendo ser feita sempre que possível de forma bem abrangente. Assim sendo, pode-se incluir nela, também, a prática *não suficientemente estabelecida* – de modo a preservar "o poder criativo das organizações internacionais" em relação às regras que lhe dizem respeito⁵⁷. Isto posto, o direito próprio a cada organização tem a possibilidade de se desenvolver, adequando-se às situações que com o tempo possam surgir.

Naturalmente, o desenvolvimento da prática de cada organização pode variar muito em função dessas necessidades, mesmo que as regras escritas tenham sido elaboradas com acurado zelo. Um exemplo é o artigo 6º do Tratado de Paris e o artigo 238 do Tratado de Roma, que afirmam⁵⁸, respectivamente, que:

"a Comunidade (CECA) tem personalidade jurídica nas relações internacionais, a Comunidade (CECA) goza da capacidade jurídica para exercer as suas funções e alcançar os seus objetivos";

e que:

"A Comunidade (CEE) pode concluir com qualquer Estado terceiro, união de Estados ou organização internacional, acordos destinados a criar uma associação caracterizada por direitos e obrigações recíprocas, ações em comum e procedimentos especiais".

⁵⁶ Cf. COSTONIS, J.J., op. cit. nota 9, p. 31.

⁵⁷ Cf. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, 1972, p. 198, apud CANÇADO TRINDADE, A.A., op. cit. nota 39, p. 165.

⁵⁸ O Tratado de Paris, de 18.4.51, criou a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), e o Tratado de Roma, de 25.3.57, por sua vez, instituiu a Comunidade Econômica Européia (CEE). O artigo 238, deste último, resulta da redação do artigo 9º do Ato Único Europeu, que foi assinado em Luxemburgo e em Haia, aos 17 e 28.2.86, respectivamente.

⁵³ Cf. MELLO, C.D.A., op. cit. nota 19, p. 475.

⁵⁴ Cf. STARKE, J.G., op. cit. nota 15, p. 427.

⁵⁵ Cf. CAMPOS, J.M., op. cit. nota 9, p. 556.

Apesar de a redação dos artigos transcritos ter visado a um aprimoramento no funcionamento das Comunidades, a verdade é que “a lacuna entre o compromisso inerente à linguagem do(s) Tratado(s) de Roma (e de Paris) e o desempenho do *treaty-making power* da CEE (e da CECA) (...) indica o influente, e ocasionalmente decisivo, papel da prática” no que pertine à definição da extensão dos poderes de uma organização internacional⁵⁹.

Esta idéia, que revela o papel da prática, nem sempre é abordada sob o mesmo prisma pelos autores. O Professor O’Connell, por exemplo, afirma que “o argumento da Corte (Internacional de Justiça) sobre o fato de a ONU ter participado da *General Convention on Privileges* não deve ser tomado como favorecedor da sua capacidade de celebrar tratados”. E continua, “a ONU só tem ditos poderes como incidentais de suas funções definidas na Carta”⁶⁰. Não obstante a posição deste proeminente tratadista neozelandês, a prática das organizações internacionais é versada pela maioria dos internacionalistas de modo distinto, o que lhe concede uma importância cada vez mais crescente – em especial no que concerne às resoluções dessas organizações⁶¹.

7. *Interpretação e fundamentos jurídicos do “treaty-making power”*

Não basta a existência dos fundamentos jurídicos do *treaty-making power* para sua completa implementação. A capacidade das organizações internacionais vai depender muito da devida interpretação de seus instrumentos constitutivos⁶² e de sua prática estabelecida. É através dessa interpretação que se *quantifica* o *treaty-making power* outorgado a esses entes de direito internacional público.

A extensão dessa interpretação variou sempre em função das ideologias políticas, e respectivas conveniências, dos Estados. A época das mais acirradas divergências foi a da *Guerra*

Fria, exemplificada pela quantidade de vetos impostos pela União Soviética nos 15 primeiros anos do Conselho de Segurança da ONU. Houve, até muito recente, duas vertentes inconciliáveis que defendiam, respectivamente, uma interpretação restritiva e uma extensiva dos poderes das organizações internacionais – nos quais está, certamente, inserido o *treaty-making power*.

7.1. *Interpretação restritiva*

A corrente defensora da interpretação restritiva, ou literal, teve dentre seus mais expressivos defensores o Professor Tunkin. Ao definir organizações internacionais como “entidades interestatais criadas por Estados”, assevera ele que estas “possuem só os poderes os quais lhes foram outorgados por Estados-Membros e os quais são fixados nos seus instrumentos constitutivos e outros acordos”⁶³. Dessa forma, elas não têm poderes para estender as faculdades que lhes foram destinadas pelos Estados⁶⁴.

Posicionamento similar tem o Professor Reuter ao expor que as conseqüências das organizações internacionais em suas relações exteriores levantam problemas jurídicos extremamente difíceis, causados pelo silêncio freqüente das cartas constitutivas – especialmente no que diz respeito aos acordos internacionais e de responsabilidade ativa e passiva das organizações – devendo, dessarte, impor-se uma interpretação restritiva⁶⁵. Segundo este autor, isto ocorre em razão da teoria do domínio reservado, a qual prescreve que se a organização possui certas competências, estas devem ser dispostas em função das dos Estados⁶⁶.

Acompanha esta corrente o Professor Kelsen, ao afirmar que as Nações Unidas juridicamente só têm a finalidade de celebrar “os acordos internacionais que, por disposições especiais da Carta, estejam autorizadas a concluir”⁶⁷.

⁵⁹ Cf. COSTONIS, J.J., op. cit. nota 9, p. 47.

⁶⁰ Cf. O’CONNELL, D.P., op. cit. nota 12, p. 103; ênfase aditada.

⁶¹ Acurado estudo sobre este tema foi efetuado por H. Thierry em seu curso proferido em Haia, intitulado “Les Resolutions des Organes Internationaux dans la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International de la Haye*, v. 167, n. II, 1980, pp. 385-450.

⁶² Cf. JENNINGS, R.Y., “General Course on Principles of International Law”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International de la Haye*, v. 121, n. II, 1967, p. 348.

⁶³ Cf. TUNKIN, G., op. cit. nota 21, p. 184.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 182.

⁶⁵ Cf. REUTER, P., op. cit. nota 10, p. 253.

⁶⁶ Cf. *ibid.*, p. 242. Para uma opinião dissidente e, ademais, contemporânea, v. CANÇADO TRINDADE, A.A., *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1979, pp. 1-54.

⁶⁷ Cf. KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, Nova Iorque, Praeger, 1950, p. 330.

Essa conduta de rigorosa exatidão ao estabelecido nos atos constitutivos, a qual encarava com cautela a emenda que não fosse efetuada por acordos escritos, não mais encontra adeptos de porte. E nem poderia ser diferente, haja vista a própria prática das Nações Unidas ter patenteadado o oposto.

7.2. Interpretação extensiva

Vai de encontro à interpretação restritiva a que amplia as competências das organizações internacionais em função de seus propósitos e dos poderes necessários para o alcance destes, não se atendo, pois, rigorosamente, à letra de seus instrumentos convencionais. Esta é abordagem justificável quando se trata da interpretação da carta de uma organização, posto que efetiva e flexível⁶⁸.

Este tipo de interpretação, chamada extensiva ou liberal, recorre à doutrina dos *poderes inerentes* e à dos *poderes implícitos*.

7.2.1. Poderes inerentes

A teoria dos *poderes inerentes* sustenta poder a ONU empreender *toda ação* que seja adequada para a realização de seus fins⁶⁹. É a doutrina oposta à da interpretação restritiva, e, ademais, igualmente radical.

Um dos fundamentos dessa doutrina encontra-se em igualar, juridicamente, Estados e organizações internacionais⁷⁰. Ora, uma vez iguados *de jure*, esses entes de direito internacional público teriam os mesmos poderes e, conseqüentemente, não haveria argumento que detivesse uma organização internacional de celebrar o tratado que desejasse. Como já se afirmou anteriormente, as diferenças entre Estados e organizações internacionais não são apenas *de facto*, posto que seus poderes advêm de fontes distintas, sendo distintas também suas conseqüências.

Argumentação paralela à da igualdade jurídica é a que sustenta que as organizações internacionais tornam-se sujeito de direito das gentes pelo simples fato de sua criação⁷¹, de-

correndo, daí, direitos e obrigações que vão além do estipulado em seus atos constitutivos e normativos. Como se deve levar em consideração não só os propósitos da organização, mas também os meios utilizados para a obtenção desses propósitos⁷² – no caso, a capacidade para celebrar tratados –, há de se tomar cuidado especial para evitar a *automatic implication* de poderes especiais – como a faculdade de celebrar tratados com Estados – ou da aptidão de delegar poderes⁷³. Deve-se sempre ter como norte, mormente quando o tema é interpretação, o princípio da razoabilidade.

7.2.2. Poderes implícitos

A doutrina dos *poderes implícitos* é a que mais encontra guarida entre os internacionalistas. Pode-se considerá-la como um ponto de equilíbrio entre a *interpretação restritiva* e a doutrina dos *poderes inerentes*. Por um lado, ela se afasta desta por não defender serem as organizações internacionais entes dotados da mesma capacidade e extensão jurídicas que os Estados. Desta forma, e pois diferente da doutrina dos *poderes inerentes*, a doutrina dos *poderes implícitos* cerceia as faculdades das organizações internacionais dentro de certos limites. Por outro lado, esses limites não chegam a ser tão rigorosos como os da *interpretação restritiva*, posto que as organizações não têm seus poderes limitados aos expressos em seus instrumentos constitutivos.

A doutrina dos *poderes implícitos* da ONU recebeu reconhecimento judicial, pelo qual se impôs, definitivamente, na decisão da Corte Internacional de Justiça no *Caso de Reparações de Danos*⁷⁴. Afirmou a Corte que:

“os direitos e deveres de uma entidade como a Organização (das Nações Unidas) devem depender de seus propósitos ou funções, especificados ou implícitos em seus documentos constitutivos e desenvolvidos na prática”;

⁷² Cf. TUNKIN, G., op. cit. nota 21, pp. 181 e 182.

⁷³ Cf. BROWNLIE, I., op. cit. nota 9, p. 691.

⁷⁴ Cf. CANÇADO TRINDADE, A.A., *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1981, p. 194. Faz-se salutar lembrar que, apesar de se encontrar na maior parte da literatura referência aos *poderes implícitos* da ONU, “existe consenso geral entre os autores para estender, por analogia, as conclusões da Corte (Internacional de Justiça) a outras instituições, e para aplicá-las a outras atribuições, especialmente a faculdade de celebrar tratados”; cf. SORENSEN, M. (ed.), op. cit. nota 50, p. 206.

⁶⁸ Cf. VALLAT, “The Competence of the United Nations General Assembly”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International de la Haye*, v. 97, n. II, 1959, pp. 249-250.

⁶⁹ Cf. MELLO, C.D.A., op. cit. nota 19, p. 475; ênfase aditada.

⁷⁰ Cf. SEYERSTED, F., *Objective International Personality of Intergovernmental Organizations*, Copenhagen, s/e, 1963, p. 50.

⁷¹ *Ibid.*, p. 46.

e que:

“de acordo com o direito internacional, deve-se considerar a Organização como possuidora de poderes que, embora não expressamente constantes na Carta, são-lhe atribuídos pela necessária implicação de que são essenciais ao desempenho de suas tarefas”⁷⁵.

A doutrina define *poderes implícitos* de diversas formas distintas, em função de sua conveniência, variando, pois, muito sua abrangência. Conceituação bastante pertinente é a que afirma ser a doutrina dos poderes implícitos a que provê à organização internacional a competência jurídica para executar certas atividades, as quais não foram nem permitidas nem proibidas pela Carta constitutiva, desde que elas sejam indispensáveis para a realização de seus propósitos e funções, e na extensão necessária⁷⁶. Dessa forma, dotam-se as organizações internacionais de poderes que não aqueles concedidos diretamente pelos seus Estados criadores – mesmo porque a existência de poderes expressos não inibe ou evita, necessariamente, o exercício de outros poderes⁷⁷.

Houve sempre uma preocupação, por parte dos Estados, em não criar organizações supra-estatais. Isto ocorre desde a zelosa Carta de São Francisco até exemplos recentes das Comunidades Européias – e.g. a assinatura do Ato Único Europeu (1985) em lugar do, mais abrangente, Tratado de União proposto pelo Parlamento Europeu⁷⁸. Mas a delimitação dos poderes de uma organização internacional não se atém somente ao seu instrumento constitutivo – preza, igualmente, a sua prática (*supra*).

Na hipótese de uma faculdade implícita de celebrar tratados, sua delimitação pode originar dificuldades, sendo que a definição exata de ditos limites é necessariamente um

problema de interpretação de *cada* instituição determinada⁷⁹. Portanto, deve-se ter cautela para que os poderes implícitos, particulares a cada organização, não sejam confundidos com a personalidade internacional, comum a todas as organizações⁸⁰ (*supra*). É exatamente esta margem dada à interpretação de cada caso concreto que torna a doutrina dos poderes implícitos mais aceitável.

Não obstante o exposto, a presente doutrina teve seus opositores. O já citado Professor Tunkin – defensor da interpretação restritiva – afirmava que a teoria dos poderes implícitos não tem fundamentação no direito internacional, sendo ela uma recusa a se respeitar os tratados internacionais⁸¹. Sua aplicação, dessarte, “levaria ao caos as relações internacionais, agravando as tensões entre os Estados”⁸². Essa doutrina, contudo, encontra-se ultrapassada.

8. Considerações finais

Apesar das discussões teóricas – que foram refletidas pela prática dos Estados nas organizações internacionais – a interpretação extensiva, através da doutrina dos poderes implícitos, é assente. Ela gera a limitada possibilidade de conclusão de tratados não anteriormente previstos quando da criação das organizações internacionais.

Trata-se, pois, de um posicionamento liberal cauteloso que, ao mesmo tempo que protege os Estados no que respeita à sua soberania, permite às organizações internacionais uma constante evolução, um acompanhamento e superação de problemas que possam surgir no decorrer de seu funcionamento e da realização de seus objetivos.

Daí a conveniência de o Brasil se comprometer prontamente com o texto da Convenção de Viena II, o que seria providencial, posto em nada afetar a soberania do Estado brasileiro e ser condizente com a prática doméstica, a qual observa o disposto no instrumento internacional em questão.

⁷⁵ I.C.J. Reports, 1949, pp. 180 e 182, respectivamente.

⁷⁶ Cf. CASTANEDA, J., *Legal Effects of the United Nations Resolutions*, Nova Iorque, Columbia University Press, 1969, pp. 35 e 36.

⁷⁷ Cf. CAMPBELL, A.I.L., “The Limits of the Powers of International Organizations”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 32, n. 2, 1983, p. 524.

⁷⁸ Cf. SIDJANSKI, D., “Del Proyecto de Tratado de Unión del Parlamento Europeo al Acta Única Europea”, *Integración Latinoamericana*, v. 13, n. 131, 1988, pp. 3-17.

⁷⁹ Cf. SORENSEN, M. (ed.), op. cit. nota 50, pp. 206 e 207; ênfase aditada.

⁸⁰ Cf. RAMA-MONTALDO, M., “International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations”, *British Yearbook of International Law*, v. 44, 1970, p. 155.

⁸¹ Cf. TUNKIN, G., op. cit. nota 21, p. 187.

⁸² Ibid.

Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil

ANDREAS J. KRELL

SUMÁRIO

1. O tradicional dualismo entre Estado e sociedade na Alemanha e a posição dos municípios. 2. A posição forte do município no Brasil como parte do poder estatal. 3. A elevação dos municípios brasileiros para a "terceira esfera estatal" da federação pela Constituição Federal de 1988. 4. As novas "Leis Orgânicas municipais". 5. A organização municipal uniforme da Constituição brasileira. 6. As funções diferenciadas do município alemão. 7. A garantia constitucional e a definição da autonomia municipal. 8. Perspectivas para uma melhor distribuição de competências entre as esferas estatais; o papel dos estados brasileiros na definição do "interesse local". 9. Conclusão.

1. O tradicional dualismo entre Estado e sociedade na Alemanha e a posição dos municípios

A autonomia dos municípios da Alemanha foi consagrada juridicamente no início do século XIX. Em 1808, foi promulgada a Lei Prussiana das Cidades e Comunas (*Preußische Städte- und Gemeindeordnung*). O criador desse diploma legal histórico, Freiherr von Stein, ainda partiu da premissa da distinção estrita entre a administração do poder público, encarnado no Rei da Prússia e os órgãos de um estado de polícia (*Polizeistaat*), e, por outro lado, as atividades administrativas e iniciativas políticas dos próprios cidadãos nos seus respectivos municípios.

Na verdade, a chamada "auto-administração municipal" (*Kommunale Selbstverwaltung*) tinha a intenção de formar um contrapeso ao estado autoritário e despertar, como "ilha local

Andreas J. Krell é Doutor em Direito pela Universidade Livre de Berlim e Professor visitante de Direito Municipal, Ambiental e Internacional na Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió.

de autodeterminação¹ o espírito de civismo (*Gemeinsinn*) dos cidadãos através da sua participação na vida pública. Dessa maneira, pretendeu-se incentivar a formação de uma sociedade liberal e auto-responsável dentro do sistema governamental da monarquia².

Na base deste raciocínio as Constituições Alemãs de 1849³, no seu art. 184, e de 1919 (Constituição de Weimar), no seu art. 127, colocaram os direitos dos municípios no mesmo capítulo dos direitos fundamentais dos indivíduos contra o Estado. No período entre a metade do século passado até o início do século XX, a doutrina jurídica desenvolveu consideráveis esforços para redefinir a posição do município dentro do recém criado Estado Nacional, o Império Alemão (*Deutsches Reich*)⁴.

A maioria dos autores dessa época concordava que os municípios não podiam ser totalmente equiparados aos níveis federativos superiores, visto que estes, embora sendo prestadores de serviços e detentores de poderes públicos, não possuíam competências consubstanciais aos da União (*Reich*) e dos estados (*Länder*)⁵.

Apenas Hugo Preuß tentava dissolver o dualismo conceitual entre o poder estatal (*Staat*) e o município (*Gemeinde*), apontando à identidade de União, estados e municípios como entidades territoriais (*Gebietskörperschaften*) e agentes equivalentes da administração pública moderna que todos achavam a sua legitimidade na "vontade popular"

(*Volkswillen*)⁶.

Kelsen constatou mais tarde, que, na Alemanha do século passado, os municípios só não eram considerados partes do Estado⁷ porque não representavam o aparelho burocrático e autocrático com o qual esse poder geralmente era identificado na época. Se, contudo, o município – que depois existiu como "comunidade parcial" (*Teilgemeinschaft*) – tivesse precedido historicamente o Estado que surgiu como "comunidade integral" (*Gesamtgemeinschaft*), então o poder estatal e o município, antigamente, teriam convergido, em outras palavras: "o município teria sido o Estado"⁸.

Com o decorrer do tempo, foram especialmente as cidades alemãs que se tornaram ponto de partida na auto-organização liberal-burguesa para o cumprimento dos serviços locais variados. A iniciativa própria dos habitantes e o seu espírito cívico pelo bem da comunidade se desenvolveram de uma maneira tão expressiva, que o modelo institucional da auto-administração municipal se tornou uma das idéias basilares da organização estatal na República de Weimar⁹.

A doutrina alemã dos anos 20 desse século era pacífica sobre o fato de que uma elevação formal dos municípios para o terceiro fator básico da ordem política da nação ao lado do *Reich* e dos *Länder* teria levado à "dissolução pluralística" do Estado como poder ordenador geral¹⁰.

Por consequência, em 1930 sofreu ampla rejeição a proposta formulada pela Associação das Cidades Alemãs (*Deutscher Städtetag*) para o estabelecimento de um "Estado unitário descentralizado de auto-administração"¹¹ que incluía o reconhecimento dos municípios como

¹ VON ARMIN, Hans Herbert. "Gemeindliche Selbstverwaltung und Demokratie", *Archiv des Öffentlichen Rechts* 113, 1988, p. 15.

² VON UNRUH, Georg Christoph. "Ursprung und Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung im früh-konstitutionellen Zeitalter", in: *Günter Pätzner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Band 1, 1981, p. 57.

³ A chamada *Paulskirchenverfassung*, discutida é aprovada na Igreja de São Paulo em Frankfurt. Essa Constituição, no entanto, nunca entrou em vigor, porque o Rei da Prússia, Frederico Guilherme IV, se recusou a aceitar a coroa do Império Alemão, que somente veio a ser constituído em 1971 em virtude da iniciativa pessoal do famoso chanceler (primeiro ministro) da Prússia, Otto von Bismarck.

⁴ Os autores mais expressivos nesse contexto eram von Gneist, von Gierke, Laband, Jellinek, Rosin e Lorenz von Stein.

⁵ LAUX, Kommunale. "Selbstverwaltung als politisches Prinzip – Wege der Diskussion", in: *Festgabe für Georg C. von Unruh*, 1983, p. 51 ss.

⁶ PREÜß, Hugo Gemeinde. "Staat", *Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, 1889, Edição Aalen, 1964, p. 406.

⁷ "Estado" (Staat) aqui entendido como "poder estatal" e não "estado-membro".

⁸ KELSEN, Hans. *Die Gemeinde wäre der Staat gewesen*, Staatslehre, 1925, Edição Bad Homburg, 1966, p. 184 ss.

⁹ *Staat und Gemeinden – Stellungnahme des Sachverständigenrates zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung*, Köln, 1980, p. 8.

¹⁰ HERZFELD, Hans. *Demokratie und Selbstverwaltung in der Weimarer Epoche*, Stuttgart, 1957, p. 34.

¹¹ "Dezentralisierter Einheits- und Selbstverwaltungsstaat", cf. Heinrich Heffter, *die Deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1950, p. 785.

terceiro nível das entidades territoriais da federação e a participação da esfera local na tomada de todas as decisões políticas importantes. A maioria dos juristas via nesse modelo um "experimento policrático perigoso" dentro do qual os estados federados eram degradados para preencher apenas o lugar de uma instância intermediária entre o *Reich* e os municípios¹².

Ao contrário, em seguida, as ciências jurídicas e administrativa foram cada vez mais influenciadas pela teoria de Forsthoff, que alegou que a verdadeira função da municipal dentro da estrutura estatal integral somente residia na *diferenciação regional* da execução das leis pelos órgãos da administração, possibilitando a consideração das peculiaridades locais¹³. Segundo essa teoria, a auto-administração municipal, em princípio, devia ser *apolítica*.

Nesse contexto, os intérpretes mais importantes do sistema de organização estatal da Alemanha atribuíram menos importância à realização de *estruturas democráticas em nível local* dando muito mais ênfase ao objetivo da garantia de um bom funcionamento da administração pública¹⁴.

No final da República de Weimar, com o surgimento da teoria da "garantia institucional" do município, a doutrina jurídica começou a abandonar dogmaticamente a teoria do dualismo rígido entre a *sociedade* e os entes locais num lado, e o *Estado* com os órgãos governamentais no outro. Essa idéia foi totalmente superada em 1949 pela Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de Bonn que consagrou a auto-administração municipal como um dos princípios constitucionais básicos da estrutura organizacional do novo Estado alemão¹⁵.

Na Alemanha moderna, a autonomia do município democrático tem o seu fundamento não mais no *antagonismo* e na oposição para o Estado, mas, pelo contrário, na *igualdade* com ele, na medida que os entes locais representam

formas primárias de comunidade política¹⁶. Segundo o entendimento que hoje prevalece entre os autores da área, os municípios são partes do Estado, aliás, ao mesmo tempo, como *agentes administrativos* (*Verwaltungsträger*) integrantes do Poder Executivo no sentido do art. 20, III, Lei Fundamental¹⁷.

Os municípios menores (*Gemeinden*), as cidades (*Städte*) e as circunscrições municipais (*Kreise*) cumprem as tarefas mais importantes e prestam a maior parte dos serviços aos cidadãos: por isso, também na Alemanha costuma-se assinalá-los de *terceira esfera na hierarquia do Estado e da administração pública*¹⁸. Essa imagem, no entanto, é coerente somente pelo ponto de vista político-administrativo, não refletindo corretamente a situação jurídica alemã¹⁹. Hoje em dia, o ponto crucial da questão é localizado na resposta da pergunta sobre o sentido da auto-administração municipal dentro de um Estado de estrutura plenamente democrática²⁰.

2. A posição forte do município brasileiro como parte do poder estatal

O desenvolvimento histórico e a posição das entidades territoriais locais na estrutura estatal do Brasil se apresenta numa maneira bastante diferente da situação alemã acima exposta. Foi Portugal que criou os *municípios* no solo da sua colônia sul-americana como imitação dessa instituição já existente na Europa há séculos. Até a independência brasileira em 1821, o município funcionava como "ponta de lança" para penetração, sem nunca deixar de ser uma afirmação da soberania da coroa portuguesa²¹. Foram eles os verdadeiros detentores do poder de ordenação fática e decisão política. Na prática, os governos locais, as *Câmaras*, nessa época exerciam também funções que formalmente eram da competência dos entes estatais superiores, das *doze Capitânicas Hereditárias*. Essas

¹² SCHÖBER, Peter. *Kommunale Selbstverwaltung – Die Idee der modernen Gemeinde*, Stuttgart, 1991, p. 245.

¹³ Cf. Ingo von Münch/Eberhard Schmidt-Aßmann, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1992, p. 13.

¹⁴ VOGELANG/G., W.; JANH, Lubking H., *Kommunale Selbstverwaltung*, 1991, p. 34, v. 86.

¹⁵ THIEME, Werner. "Die Gliederung der deutschen Verwaltung", in: PÜTTNER, Günter. *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Band 1, 1981, p. 143.

¹⁶ VON ARMIN, Hans Herbert, ob. cit. (1), p. 15.

¹⁷ MARTORANO, Dante. *Direito Municipal*, Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 17

¹² HERZFELD, Hans, ob. cit. (10), pp. 26, 29, 35 ss.

¹³ FORSTHOFF, Ernst. *Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat*, Tübingen, 1931, p. 174.

¹⁴ LAUX, Eberhard, ob. cit. (5), p. 56 ss.

¹⁵ HAAß, Bernhard. "Handlungsspielräume gemeindlicher Umweltpolitik am Beispiel des Abfallrechts", Berlin, 1992, p. 60; Franz-Ludwig Knemeyer, "Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland", in: Joseph Kaiser, *Verwaltung und Verwaltungswissenschaften in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1983, p. 74.

entidades, contudo, eram, na verdade, subdivisões artificiais e demasiadamente grandes do território colonial criadas por razões meramente políticas²².

Dentro do vasto território da colônia com a sua baixíssima densidade demográfica encontravam-se as fazendas de produção agropecuária e as plantações de cana-de-açúcar e de café; eram estes os verdadeiros centros da vida diária do povo simples cuja grande maioria não saía desses lugares durante a vida inteira. Nesse contexto, um município já representava a congregação de várias dessas microsociedades com o centro comercial da região, formando a sede do governo municipal, as Câmaras²³. O poder das Câmaras passava a ser o poder dos proprietários: eram eles que fixavam salários e preços, regulavam o curso e valor das moedas, votavam a tributação etc., chegando até mesmo a substituir governadores e capitães²⁴.

A vastidão do país e as dificuldades para transporte e comunicação daí resultantes levaram necessariamente a uma concentração do poder político *fático* nos governos municipais. Eles constituíam verdadeiros centros de *autoridade local*, subordinados, em tese, ao governo-geral da capitania, mas, no decorrer do tempo, a maioria deles acabou se tornando praticamente autônoma, perfeitamente independente do poder central²⁵. Foi por isso que o Imperador Dom Pedro I fez questão que as Câmaras municipais aprovassem solenemente a primeira Constituição do Brasil de 1824, para que a Magna Carta da Independência ganhasse mais legitimidade política²⁶.

A base do município brasileiro, portanto, não é a cidade, como foi na Europa, mas a propriedade rural²⁷. Assim surgiu o "sistema

social das fazendas"²⁸ com as suas estruturas autoritárias e feudais que quase nada tinha em comum com a vida política e social nos municípios europeus. Resumindo: a base e a origem do município brasileiro, portanto, não residem numa *oposição* contra o estado autoritário monárquico, como aconteceu no caso da Alemanha. As entidades locais no Brasil foram, contudo, durante muito tempo os únicos e naturais detentores da autoridade e do poder estatal²⁹.

A Constituição da Independência Brasileira de 1824 mantinha, em princípio, a organização municipal que tinha se formado durante os séculos que o país era colônia de Portugal. Desde então, competia aos órgãos políticos e administrativos locais, às Câmaras, o governo econômico das cidades e vilas (art. 167)³⁰. Todavia, já em 1828 as Câmaras eram subordinadas aos governos das províncias e declaradas como meras *corporações administrativas*. Nessa ocasião, foi prescrito, para todos os municípios do país, pela primeira vez na história, uma forma de organização idêntica sem levar em conta as suas diferenças³¹.

No final do século passado foi introduzido no Brasil praticamente "de cima para baixo" o sistema *federativo* para melhorar a organização administrativa do seu território gigante. Destarte, o surgimento da federação brasileira não se deve a um "pacto federativo" como foi o caso nos Estados Unidos e depois na

"a escola de aprendizagem que foi a comuna rural na Europa, florescente por sua independência e autonomia na Suíça, na Alemanha, nos países alavos e mediterrâneos", cf. *O município e seu regime jurídico*, 1973, pp. 32, 55.

²² BRÜHL, Dieter. "Die brasilianische Verfassung von 1988 und die Munizipien", *Archiv für Kommunalwissenschaften*, I-1992, p. 44 s.

²³ PFIRTER, Dieter. *Bundesstaat Brasilien: historische, juristische und territoriale Entwicklung*, Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 243. Pontes de Miranda comenta a respeito: "Se a Capitania dividia, o Município organizava. Aquela era a simetria de centro, política e exteriormente imposta e portanto artificial, contra a qual trabalhava, organizando a realidade que é a vida econômica e moral, a fazenda, célula do município brasileiro."

³⁰ E o art. 169 rezava: "O exercício de suas funções municipais, formação das suas Posturas policiais, aplicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e úteis atribuições, serão decretadas por uma lei regulamentar."

³¹ Nove membros do Conselho nas cidades e sete nas vilas, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 7ª ed., São Paulo, 1985, p. 5 s.

²² BASTOS, Celso Ribeiro. "A Federação no Brasil", *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, 1987, p. 218; Ada P. Grinover/Fernando Pimentel. "Regiões administrativas intra-estaduais", 1977, *Boletim do Interior* n° 49, p. 65.

²³ Sobre a evolução histórica do município no Brasil e no mundo, veja FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, 2ª v., arts. 29 a 31, Saraiva, 1990, p. 196 ss.

²⁴ MARTORANO, Dante, ob. cit. (21), p. 33.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1990, Ed. RT, p. 64.

²⁶ BASTOS, Celso R; GANDRA, Ives da Silva Martins. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 1, p. 231.

²⁷ Cf. CARVALHO, Orlando M. "Problemas Fundamentais do Município", São Paulo, 1937, pp. 17-20; Segundo Machado Paupério faltou, no Brasil,

Alemanha³².

O texto da Constituição de 1891, que foi a primeira a garantir a autonomia municipal no Brasil, determinou no seu art. 68 que

“os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”

Na opinião de muitos juristas e políticos da época, porém, o modelo da autonomia municipal da Carta Republicana representava “uma criação engenhosa dos juristas e dos militares, afastados da realidade política e social então existente”³³.

Devido à falta de clareza na definição da autonomia local pelo texto constitucional, os governos estaduais preferiram ver no município um elemento da própria autonomia estadual³⁴ e logo passaram a delimitar, na base do próprio entendimento, os moldes do peculiar interesse municipal³⁵. Nem os tribunais brasileiros compeliem esse ato arbitrário por parte dos estados³⁶. Ao contrário: enquanto a intenção da Constituição era de atribuir aos municípios uma maior independência na gestão e regularização dos seus próprios assuntos, na prática, os governos estaduais exerceram cada vez mais influência sobre os órgãos da esfera local³⁷.

Nas primeiras décadas desse século, os governadores dos estados brasileiros economicamente mais fortes marcavam também a po-

³² Cf. ROSCHMANN, Christian. *Vergleich des föderativen Aufbaus: Deutschland – Brasilien*, Frankfurt/Main, 1991, p. 28 ss.

³³ FRANCO MONTORO, Eugênio. *O Município na Constituição Brasileira*, São Paulo, 1975, p. 41.

³⁴ BASTOS, Celso R.; GANDRA, Ives da Silva Martins, ob. cit. (26), p. 218.

³⁵ Cf. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1936, p. 37; CASTRO, Nilo de. *Morte ou ressurreição dos Municípios?*, São Paulo, 1985, p. 33.

³⁶ Veja a decisão do Supremo Tribunal Federal nº 1.118 de 13.1.1909, apud NUNES, José de Castro. *Do Estado federado e sua organização municipal*, Rio de Janeiro, 1920, p. 91, 146 s.

³⁷ Cf. SURUAGY, Divaldo. *Municipalismo*, Senado Federal, Brasília, 1989, pp. 16 ss.

³⁸ Essa “política dos governadores” dos Estados São Paulo e Minas Gerais (“café e leite”) foi a razão principal pelas Revoluções dos anos 30, cujas protagonistas – preponderantemente militares – alegavam ter a obrigação de combater os *egoísmos regionais* em prol do *bem nacional*; cf. FELIZARDO, *História*

lítica em nível nacional³⁸. Foi justamente nessa época que prosperou nas regiões rurais o fenômeno do *coronelismo*: as famílias locais mais poderosas exerciam, através do seu chefe investido de poderes militares, o poder absoluto sobre a população pobre³⁹. Assim, a autonomia municipal garantida pela Constituição de 1891, veio a contribuir, sobretudo, para o fortalecimento desses grupos extremamente egoístas⁴⁰.

Durante muito tempo, o conceito de “poder local” assinalou no Brasil o *exercício de domínio fático*, por parte de elites regionais e locais tradicionais, que não foi legitimado nem controlado pelos órgãos políticos existentes; o poder local agia dentro de um “vácuo” quase impenetrável para o poder estatal na base da vontade popular⁴¹. Até os anos 30 do século XX, o *municipalismo brasileiro não era a expressão da crescente luta de uma burguesia próspera nas grandes e médias cidades por uma maior influência política* – como acontecia na Europa –, mas representava, antes de mais nada, uma briga pelo poder entre as oligarquias do centro e das diferentes regiões do país.

As elites regionais e grupos políticos dos governadores, contudo, na sua grande maioria, conseguiram se arranjar com os detentores do poder local para que ambas as partes tirassem o máximo proveito pessoal dos seus cargos políticos⁴². Os candidatos das eleições municipais que não eram bem vistos pelo governador ou pela família do coronel simplesmente foram afastados, muitas vezes com o uso de força física. Era comum também a falsificação direta dos resultados dos pleitos locais, sem que o governo

nova da República Velha, 1980, p. 63 s., 85 s.; GOMES, A. *Regionalismo e Centralização Política*, 1980, p. 31 s.

³⁹ Cf. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*, 1975, p. 20 s.; CARONE, Edgar. *A República Velha*, 1975, p. 252 ss.

⁴⁰ Hely Lopes Meirelles comenta a respeito: “(...) Todo esse aparato de autonomia ficou nos textos legais. Durante os 40 anos em que vigorou a Constituição de 1891, não houve autonomia municipal no Brasil. O hábito do centralismo, a opressão do coronelismo e a incultura do povo transformaram os municípios em feudos de políticos truculentos, que mandavam e desmandavam nos ‘seus’ distritos de influência, como se o município fosse propriedade particular e o eleitorado um rebanho dócil ao seu poder”, ob. cit. (31), p. 7.

⁴¹ Cf. BRÜHL, Dieter, ob. cit. (28), p. 42 e ss.

⁴² FAUSTO, Boris. *Society and Politics in the First Republic*, 1989, p. 267 e ss.

central tivesse tomado qualquer medida para suprimir essas graves irregularidades.

Na elaboração da Constituição de 1934, quase não houve dúvidas sobre a inefetivação prática da autonomia municipal por parte dos estados⁴³. Existiam, porém, muitas diferenças a respeito dos remédios jurídicos que se faziam necessários para fomentar a independência das entidades locais.

Para alguns, a autonomia absoluta dos municípios, traçada na Carta Republicana, tinha se mostrado uma posição utópica e representava apenas um velho *tabu liberal* baseado numa teoria de Estado já ultrapassada. Para essa corrente, uma verdadeira autonomia das prefeituras municipais somente podia ser alcançada mediante o estabelecimento formal de direitos de intervenção dos estados federados.

Estes deviam incrementar o apoio aos municípios na solução dos seus problemas o que, para eles, incluía também a *fiscalização* dos mesmos para assegurar, ao mesmo tempo, a consideração de interesses supralocais e regionais na prestação satisfatória dos serviços pelas prefeituras⁴⁴.

Os defensores dessa tese consideravam a maior ameaça para as liberdades e a cidadania dos municípios a falta de controle dos próprios chefes políticos locais. Por isso, segundo eles, a constituição de cada estado federado devia ter o direito de delimitar a autonomia dos municípios⁴⁵.

No entanto, a maioria dos constituintes de 1934 não aceitou um direito dos estados federados para definirem e controlarem as tarefas e responsabilidades municipais; prevaleceu o intuito de resguardar e proteger a esfera da liberdade local contra qualquer influência dos níveis estatais superiores e, acima de tudo, contra a temida ingerência por parte dos governadores. Pelos mesmos motivos, começava-se também a propugnar a competência dos Estados para a edição de Leis Orgânicas municipais e a delimitação do âmbito das funções e liberdades dos municípios; nessa época, esse po-

der de definição começou a ser atribuído exclusivamente à Constituição da União ou leis complementares federais⁴⁶.

Resumindo, podemos constatar, no Brasil, a existência tradicional de fortes ressalvas à permissão de um controle ou uma fiscalização dos municípios por parte dos estados-membros da Federação que têm as suas bases no primeiro terço deste século. As conseqüências jurídicas dessa percepção perduram até os dias de hoje, não tendo os estados brasileiros o direito de criar mecanismos de controle dos municípios, além daqueles previstos na própria Constituição Federal⁴⁷.

Na Alemanha, existe a instituição da "supervisão municipal" (*Kommunalaufsicht*), que é exercida por parte dos governos estaduais visando a garantir a legalidade dos atos administrativos dos órgãos municipais e, ao mesmo tempo, impedir a promulgação de normas locais que contrariam dispositivos constitucionais superiores. Este controle se efetua, acima de tudo, mediante contatos informais como informações, conselhos, consultorias e a elaboração de propostas de correção. A supervisão não se caracteriza como *intervenção*, mas muito mais como processo para o estabelecimento de um consenso. Prevalece a função protetora do estado perante seus municípios, que assegura a fiel execução das leis federais e estaduais por parte dos entes locais.

No Brasil, até hoje inexistem tais mecanismos de supervisão municipal, sendo que as leis locais entram em vigor sem nenhum controle de órgãos superiores, podendo somente ser revistadas ou cassadas pelos tribunais, isto é, depois de processos muitas vezes bastante demorados. Segundo a nossa opinião, uma forma institucionalizada de supervisão dos municípios também lograria ter efeitos positivos na realidade administrativa do Brasil; devia ficar assegurado, no entanto, que um tal sistema não se poderia transformar em uma forma de tutela política por parte das esferas governamentais superiores. Por isso, seria necessário um considerável aumento dos contatos institucionalizados entre os Ministérios Públicos dos estados

⁴³ BOMENY, Helena M. Bousquet. *A estratégia da conciliação: Minas Gerais e a abertura política dos anos 30*, in: A. Gomes, ob. cit. (38), 1980, p. 215.

⁴⁴ Cf. PASSOS, Gabriel de Rezende, membro da Constituinte de 1933/34, apud BOMENY, ob. cit. (43), p. 216 e ss.

⁴⁵ Assim os Deputados Federais Serapião de Carvalho e Bias Fortes, apud BOMENY, ob. cit. (43).

⁴⁶ Assim, pela primeira vez, expressamente Sampaio Dória, "Autonomia dos municípios", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. XXIV, 1928, p. 425 e ss.

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal, *Revista dos Tribunais* nº 599, 1985, p. 223.

⁴⁸ SOARES, Antônio Carlos Otoni. *A Instituição*

e as prefeituras e câmaras locais⁴⁸.

3. *A elevação dos municípios brasileiros para a "terceira esfera estatal" da federação pela Constituição Federal de 1988*

Ao lado da União e dos estados, os municípios brasileiros, dentro dos seus territórios, são detentores de legítimo *poder estatal*. A sua autonomia é de natureza *administrativa* tão bem como *política*. O seu peculiar interesse local e a eletividade da administração local são os dois princípios que formam a base sobre a qual se ergue a estrutura municipal brasileira⁴⁹.

Na Alemanha, a autonomia municipal, desde o seu surgimento, também acha o seu fundamento em dois componentes básicos: primeiro, ela constitui uma expressão da divisão da administração pública em unidades controláveis; segundo, o povo local, através dos seus órgãos políticos eleitos, exerce nos municípios o poder soberano espacialmente limitado. Assim, colocam-se uma ao lado da outra, a função *administrativa-organizatória* e a função *político-democrática*⁵⁰.

Prevalece, no entanto, até hoje, o caráter administrativo da instituição municipal alemã. Lá, a doutrina jurídica considera as comunas e cidades como subdivisões administrativas dos respectivos estados; aquelas, porém, são dotadas do direito de autonomia pela própria Constituição Federal e também possuem importantes funções políticas. As representações populares dos municípios alemães – os Conselhos (*Räte*) – não são chamadas de *legislativo* ou parlamentos locais como acontece no Brasil com as câmaras de vereadores. Elas também não editam verdadeiras leis, mas *estatutos* (*Satzungen*), para auto-regulamentarem os assuntos da entidade local. Essa diferenciação é consequente: a produção de leis *sempre é reservada aos órgãos do poder estatal*, do qual o município, segundo o entendimento alemão, não faz parte, ao contrário da situação brasileira.

Vale ressaltar, contudo, que é completamente estranho ao entendimento jurídico brasileiro a confrontação dos conceitos de *poder estatal* e

poder municipal que prevaleceu entre os juristas alemães durante séculos e cujos efeitos perduram até hoje. No Brasil, os políticos locais, bem como estudiosos de assuntos municipais, normalmente encontram dificuldades de entender o significado do termo alemão da *auto-administração municipal* (*kommunale Selbstverwaltung*) que tem a sua origem na oposição dos cidadãos – especialmente a burguesia do século XVIII e XIX – contra o fato de serem “administrados” pelo estado monárquico autoritário. Por isso, os alemães costumam empregar o termo “auto-administração” como sinônimo do conceito da *autonomia municipal*⁵¹.

Já Pontes de Miranda, em relação ao art. 137 da Constituição Alemã de Weimar (1919), aludiu à diferença entre o entendimento de “auto-administração” municipal vigente na Alemanha e o sistema brasileiro da descentralização igualmente política com todas as suas consequências, como a divisão de poderes em nível local, o reconhecimento das Câmaras como parlamentos municipais etc.⁵².

Importantes autores brasileiros destacam que os titulares de mandatos políticos na esfera municipal têm o maior interesse na elaboração de *produtos políticos*, ficando prejudicadas a intensidade e a qualidade do trabalho administrativo e criticam o fato de os municípios serem entidades principalmente *políticas* e menos *administrativas*⁵³.

Depois do fim do governo militar em 1985, ganhou força a reclamação por um município

⁵¹ Chegamos a essa conclusão devido às experiências do contato com os participantes de cerca de 15 seminários promovidos pelo Departamento de Administração Pública (ZÖV) da Fundação Alemã para o Desenvolvimento Internacional (DSE) em convênio com a Associação Brasileira de Municípios (ABM) entre 1985 e 1993 em Berlim. Os prefeitos, vereadores e secretários municipais do Brasil sempre consideraram o conceito de “auto-administração” menos forte do que a plena “autonomia” municipal administrativa e política. O sentido do termo alemão também difere do seu modelo histórico, o *selfgovernment* inglês, o que significa “auto-governo”.

⁵² MIRANDA, Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967*, tomo II, p. 332.

⁵³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Forense, 1986, p. 96 s.; LEAL, Vitor Nunes. *Problemas de Direito Público*, 1960, p. 317 ss.; BRASILEIRO, Ana Maria. *O município como sistema político*, 1973, p. 19 e ss.; PAUPÉRIO, Machado, ob. cit. (27), p. 20 e ss., 47 e ss.

Municipal no Brasil, Ed. RT, 1986, p. 115 e ss.; MARTORANO, Dante, ob. cit. (21), p. 91.

⁴⁹ FRANCO MONTORO, Eugênio, ob. cit. (33), p. 36.

⁵⁰ VON MUTIUS, Albert. “Örtliche Aufgabenerfüllung”, in: *Festgabe für Georg Christoph von Unruh, Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, Heidelberg, 1983, p. 244.

mais potente e eficiente em função da consolidação do renascido regime democrático. A pretensa intenção dessas novas forças políticas foi de estabelecer, em todo o país, um procedimento político "de baixo para cima".

Como consequência, o art. 18 da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, levantou os municípios oficialmente para serem *entes* da União, rezando que "a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

Já durante décadas, os autores mais expressivos do Direito Municipal brasileiro vieram exigir a elevação dos municípios para serem autênticos membros da Federação, instituídos com direitos iguais em relação aos Estados e à União. Para eles, o levantamento oficial dos entes locais significa apenas o reconhecimento jurídico-formal de uma situação fática existente há muito tempo⁵⁴. Ressaltam que, na verdade, essa mudança constitucional, na prática jurídica, logrou quase nenhum efeito⁵⁵.

No que diz respeito à distribuição de competências legislativas e administrativas, a Constituição de 1988 coloca os municípios também ao lado da União e dos Estados. Essa "trilogia federativa" da existência de três entes políticos internos autônomos constitui uma peculiaridade do Brasil em comparação com todos outros países de organização federativa⁵⁶.

Sob o aspecto *formal*, o município brasileiro

⁵⁴ O anteprojeto da Constituição Federal de 1967 continha a última tentativa de qualificar os municípios como meras *subdivisões administrativas* dos estados federados; essa opinião foi rejeitada até pelos representantes do regime autoritário por contrariar o desenvolvimento constitucional característico da autonomia municipal no Brasil, cf. FRANCO MONTORO, Eugênio; ob. cit. (33), p. 69 e ss.

⁵⁵ Esse fato levou José Afonso da Silva a seguinte observação: "Em que muda a federação brasileira com o incluir os municípios como um dos seus componentes? Não muda nada!", cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1990, pp. 408, 537. Um dos poucos declarados adversários desse levantamento formal dos entes locais é Ives Gandra da Silva Martins; ele alega que os municípios nunca passaram de ser partes integrantes dos seus estados que exclusivamente sejam capazes de formar a federação, cf. *O Plano Brasil Novo e a Constituição*, 1990, p. 22.

⁵⁶ Cf. LEAL, Victor Nunes. *Problemas do Direito Público*, 1960, p. 323; PAUPÉRIO, Machado, ob. cit. (27), pp. 74, 82; COLLAÇO, Flávio R. *O Município na Federação Brasileira*, Florianópolis, 1983, p. 52.

certamente é a entidade territorial local investida da autonomia mais abrangente no mundo inteiro. No exercício das suas atribuições, ele atua em absoluta igualdade de condições com as outras esferas governamentais; os atos municipais independem da prévia autorização ou de posterior ratificação de qualquer outra entidade estatal⁵⁷.

Não existe nenhuma hierarquia formal entre as leis da União, as dos estados e as dos municípios: cada um desses sistemas possui o seu próprio espaço de soberania enquanto se desenvolve nos limites da sua competência constitucional. Dentro dessa esfera de autonomia, a norma municipal possui um *status* de inviolabilidade, podendo derogar também normas superiores que a contrariem, sendo inconstitucionais a lei estadual e a lei federal que, desbordando dos limites das respectivas competências, invadirem o campo da competência municipal⁵⁸.

Sendo assim, podemos observar que, somente no Brasil, mediante a elevação dos municípios para o terceiro nível da federação, transformou-se em realidade com todas as consequências a antiga tese do mestre austríaco Hans Kelsen, que já declarou em 1925 que a administração pública não devia ser separada em duas áreas diferentes e independentes entre si – a administração *estatal* e a administração *autônoma* – em razão de que, nos dois casos, tratava-se igualmente da execução e implementação de normas jurídicas⁵⁹.

4. As novas "Leis Orgânicas municipais"

O art. 29, *caput*, da Carta Brasileira de 1988 determina que "o Município reger-se-á por lei orgânica, (...) aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)".

Alguns anteprojetos da Constituinte ainda

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, ob. cit. (31), p. 97.

⁵⁸ ALMEIDA, Fernanda D. Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, Ed. Atlas, São Paulo, 1991, p. 128; DALLARI, Adilson A. "Atribuições do legislativo municipal", *Boletim do Interior* n.º 55, 1978, p. 25; MUKAI, Tóshio. "Legislações prevalentes em matéria concorrente", *Boletim de Direito Municipal (BDM)*, out. 1986, p. 765.

⁵⁹ Veja KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 184 e ss. Todavia, a posição jurídica extraordinariamente forte do município brasileiro se contrapõe a sua capacidade bastante limitada de atuação prática.

assinaram essas leis orgânicas como “constituições municipais”, insistindo muitos autores até o final que fosse empregado o conceito *constituição*, porque somente ele expressaria corretamente a valorização que a nova Carta Magna atribuiu à instituição do município⁶⁰. Na redação final da Constituição desistiu-se de usar esse termo somente por razões de tradição e não pelo fato de que ele tenha sido considerado “juridicamente forte demais”.

No entanto, houve autores de peso que tomaram posição contra a promulgação de tais leis orgânicas quase constitucionais em cada município⁶¹. Sugeriu-se também que se concedesse essa competência apenas às cidades de população maior, visto que muitos municípios menores do interior não dispunham da cultura jurídica necessária, e que em pequenas sociedades a elaboração de um tal diploma legal fundamental fosse demasiadamente influenciada pelas estruturas locais de poder econômico⁶².

Em retrospectiva, eram justos os receios de que a maioria dos municípios não conseguiria ajustar e compatibilizar os seus textos constitucionais com os do respectivo Estado e os da União e, assim, produzisse um grande número de dispositivos inconstitucionais⁶³.

Hoje já podemos afirmar que muitas das Cartas municipais promulgadas em 1990 contêm normas que evidentemente extrapolam as

competências locais⁶⁴. No entanto, temos de esperar qual destino será dado no futuro a tais dispositivos locais por parte dos tribunais brasileiros que, até agora, emitiram relativamente poucas decisões a respeito.

As leis locais contrárias à Lei Orgânica municipal serão ilegítimas e inválidas, desde que assim seja declarado pelo Judiciário, por via indireta, não estando prevista a ação direta de inconstitucionalidade para tal fim⁶⁵.

Na Alemanha, cada município edita o seu *estatuto básico* (*Hauptsatzung*)⁶⁶, que regulamenta as questões fundamentais do funcionamento da sua administração. Os estatutos básicos das cidades e comunas da Alemanha não possuem – ao contrário das novas Leis Orgânicas municipais no Brasil – a qualidade de uma “constituição local” e estão fortemente influenciados pelas Leis de Organização Municipal de cada estado federado (*Landeskommunalordnungen*). Eles também não definem a abrangência da autonomia de cada município, mas servem como base jurídica do trabalho diário da administração local.

No entanto, essas leis estaduais sobre a gestão municipal, na Alemanha, são capazes de criar verdadeiras obrigações de empenho administrativo por parte das comunas, o que não aconteceu no Brasil no passado.

Vale enfatizar que as antigas Leis Orgânicas municipais dos estados brasileiros (em vigor até 1990) continham inúmeros dispositivos que representavam *meras sugestões* às administrações municipais. Não podendo impôr aos municípios certas exigências, a legislação estadual simplesmente sugeria a adoção de técnicas administrativas⁶⁷.

5. A organização municipal uniforme da Constituição brasileira

O art. 29 da Constituição brasileira contém um elenco de prescrições obrigatórias pelas quais todos os municípios têm de se orientar para a elaboração das suas Leis Orgânicas. As mais importantes são as regras da eleição dos representantes políticos (I-III) e a sua remunera-

⁶⁰ Assim os Constituintes José Dutra e Chagas Rodrigues, ANC-Suplemento nº 86, p. 30; cf. também GIANNINI, “Federação: a unidade na diversidade”, *Revista Cepam*, mar. 1990, p. 12 e ss.; BARRETO/CORREIA, ob. cit. (60), p. 231; SOUZA, Celina de. “Gestão urbana na Constituição de 1988”, *Revista de Administração Municipal (RAM)* nº 192, 1989, p. 13; GASPARINI, Diógenes. “Plano Diretor”, *Boletim de Direito Municipal*, mar 1991, p. 171.

⁶¹ Hely Lopes Meirelles disse: “A multiplicidade de leis é sempre um mal”, ob. cit. (31), p. 52 e ss.

⁶² Vivaldo Barbosa, Assembléia Nacional Constituinte (ANC), Emenda nº 1.059; ele propôs a concessão do direito à própria lei orgânica somente aos municípios acima de 300.000 habitantes.

⁶³ TOLEDO, Pompeo de. Assembléia Nacional Constituinte, Emenda nº 7.670-6, apud FERREIRA, Wolgran J. *Comentários a Constituição Federal de 1988*, v. 1, pp. 419, 429. Todavia, nos parece demasiadamente dura a crítica de Reginaldo Fanckin, que os assinala de “leis quilométricas, confusas e mal dirigidas” e considera a sua instituição pelo art. 29 CF como resultado do “populismo” dos membros da última Constituinte; cf. “O malogro das Cartas Próprias Municipais”, *Revista de Direito Público* nº 99, 1991, p. 236 e ss.

⁶⁴ Cf. Gonçalves. “Lei Orgânica Municipal – sua revisão”, *RAM* nº 199, 1991, p. 23.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *O Município na Constituição de 1988*, p. 14.

⁶⁶ Vale repetir que esses “estatutos municipais” – segundo o entendimento alemão – não são leis, mas normas meramente administrativas.

⁶⁷ FRANCO MONTORO, Eugênio, ob. cit. (33), pp. 152 e 162.

ração (V), o número de vereadores proporcional à população (IV), as incompatibilidades (VII), o julgamento e a perda de mandato do prefeito (VIII, XII) e a permissão da iniciativa popular para certos projetos de lei (X).

Podemos observar que a maior parte da organização política dos municípios está prescrita pela Carta Federal. Todos entes locais brasileiros estão sujeitos a uma organização *uniforme* sem que se considere o seu estado de desenvolvimento, o tamanho, a densidade demográfica ou as atividades econômicas prevalentes⁶⁸.

No Brasil, há muito tempo constitui também costume jurídico-constitucional a transferência de princípios fundamentais da esfera central (União) para o âmbito regional do estado e a área local do município, sem que esses princípios sofressem maiores modificações ou adaptações. O Supremo Tribunal Federal, durante as últimas décadas, veio a transferir princípios oriundos do processo legislativo federal – direitos de iniciativa e de veto – e do relacionamento entre o Presidente da República e a Câmara, quase sem alterações, para o relacionamento entre o Prefeito e a Câmara municipal.

Dentro dessa prática, os municípios brasileiros, desde os anos 30 do século XX, foram obrigados a assumir também o sistema presidencialista e a divisão de poderes entre os seus órgãos políticos⁶⁹. A Constituição Federal de 1967/69 prescreveu no seu art. 15 a separação estrita do legislativo e do executivo dos entes locais. Com isso, um outro preceito constitucional, o de uma “organização municipal variável” (art. 14, parágrafo único) não podia lograr quase nenhum efeito⁷⁰.

Por sua vez, a Lei Fundamental alemã, no seu art. 28, inciso I, limita-se a determinar que os municípios devem ter “uma representação do povo resultante de eleições gerais diretas, livres, iguais e secretas”. Embora na Alemanha a organização municipal também não é individualmente confeccionada para atender às

necessidades particulares de cada cidade, a sua regulamentação, contudo, é da competência quase exclusiva dos estados federados (*Länder*). Na Alemanha, existem nada menos do que quatro tipos diferentes de organização política municipal, dos quais alguns foram reformados durante os últimos anos⁷¹.

Em alguns estados alemães, o prefeito (*Bürgermeister*) e os vereadores (*Räte* – conselheiros) são diretamente eleitos pelo povo; em outros, os cidadãos votam apenas nos vereadores, os quais, por sua vez, elegem um integrante do conselho para ser o prefeito. Além disso, há estados onde o prefeito possui os plenos direitos de chefe do Executivo local; em outros, ele somente exerce funções representativas, enquanto a administração do município cabe a um diretor executivo (*Stadtdirektor*). No estado economicamente mais importante da Alemanha, na Renânia-Norte/Westfália, o governo das comunas e cidades é atribuído a uma comissão executiva (*Magistrat*) eleita pelo Conselho, e o prefeito é somente o diretor dessa comissão, um *primus inter pares*.

Como vimos, a Constituição brasileira regulamenta a organização política dos municípios de uma maneira mais minuciosa do que qualquer texto constitucional anterior. Por isso, ficam bastante limitadas as possibilidades dos entes locais de chegar a uma organização institucional variada; esse quadro também não muda em virtude da concessão da Constituição aos municípios de elaborarem as suas próprias Cartas locais.

Como decorrência dessa minuciosa regulamentação, a estrutura organizacional de poder nos municípios continua a ser padronizada, inviabilizando-se qualquer tentativa de inovação quanto ao modelo governamental como, por exemplo, executivos colegiados para municípios de pequena dimensão territorial e densidade populacional, conselhos populares dotados de parcela decisória de poder político, a criação constitucional do cargo do “administrador municipal” (*city manager*) etc⁷².

O Estado do Rio Grande do Sul já concedeu em 1891 aos seus municípios o direito de elaborar as suas próprias Leis Orgânicas. Nesses textos locais, no entanto, geralmente não se ten-

⁶⁸ Cf. HORTA, Raul Machado, “A posição do município no direito constitucional”, *Revista de Informação Legislativa* n° 75, 1982, p. 116 e ss.

⁶⁹ Cf. DÓRIA, Sampaio, ob. cit. (46), p. 429 e ss.

⁷⁰ Celso Bastos comenta à respeito: “Esta a razão pela qual, embora prene de significação lógica, a expressão ‘variável segundo as peculiaridades locais’ remanesce, na prática, letra morta. E que ela não desfruta de campo material de atuação livre”; cf. ob. cit. (22), p. 223.

⁷¹ *Süddeutsche Bürgermeisterversfassung, norddeutsche Ratsverfassung, Magistratsverfassung*.

⁷² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “União, Estado e Município na nova Constituição”, in: *Cepam/ Fundap, Perspectivas 1989*, p. 60.

tou fixar qualquer exceção ao modelo tradicional vigente em todo o Brasil. Não houve uma organização da administração variável mais adequada às condições locais concretas ou uma reformulação das relações entre os órgãos políticos⁷³. Vale ressaltar que, já antes de 1988, os municípios brasileiros foram juridicamente capacitados a introduzir, por exemplo, o cargo de *city manager* como chefe da administração, ou a instituição de conselhos populares como órgãos assessores do prefeito, não fazendo, entretanto, uso desse direito⁷⁴.

É importante frisar que os municípios do Brasil, há muito tempo, costumam imitar voluntariamente normas legais e modelos de organização administrativa do estado ou da União e transferi-los, sem maiores adaptações, para o seu âmbito. Cerca de 5.500 Leis Orgânicas promulgadas em 1990 ou depois contêm inúmeras expressões, dispositivos e instrumentos legais que evidentemente foram copiados dos textos constitucionais superiores⁷⁵.

Esse fenômeno da *simetria legal*, criticado por muitos autores, deve-se, principalmente, à tendência exagerada dos políticos locais e assessores legislativos das Câmaras a chegar a uma unidade legal. Essa atitude pode ser explicada tanto pela insegurança de muitos vereadores e funcionários quanto também pelo simples *comodismo* daqueles que, antes de tudo, “não querem fazer nada errado”. A uniformidade das instituições de governo local no Brasil tem resultado mais da tradição e da imitação do que de imposições legais⁷⁶.

6. As funções diferenciadas dos municípios na Alemanha

O sistema vigente na República Federal da Alemanha diverge bastante do quadro brasileiro. A Lei Fundamental alemã estabelece como

⁷³ O eminente Paulo Brossard, então Senador gaúcho comentou a respeito: “A experiência no plano municipal rio-grandense não terá sido brilhante, mas terá sido brilhante a experiência constitucional dos estados, reduzidos quase que a transcrever em suas Constituições preceitos federais, mercê de uma concepção pouco federalista e muito esterilizada?”; cf. Senado Federal, *Leis Orgânicas dos Municípios*, v. 3, 1988, p. 49.

⁷⁴ REIS, Elcio. “Organização municipal variável”, *Revista de Direito Público* n.º 79, 1985, p. 222.

⁷⁵ Cf. CASTRO, Nilo de, ob. cit. (35), p. 65s; MONTEIRO, Yara Police. *Leis Orgânicas Municipais*, Cepam, 1991, p. 81.

⁷⁶ Cf. MELLO, Diogo Lordello de. *A moderna administração municipal*, Rio de Janeiro, 1960, p. 141.

princípio que “os Estados executarão as leis federais como matéria própria” (art. 83). A aplicação das leis federais, através dos órgãos públicos, cabe preponderantemente aos Estados. A União tem apenas competência muito limitada no campo da execução administrativa. A vantagem da administração descentralizada está em que as características regionais e locais podem ser melhor consideradas e desta maneira haver um julgamento mais justo de cada caso no cumprimento das leis.

A aproximação ao cidadão, de parte da administração pública alemã, é fortalecida ainda pelo fato de que os estados, em muitos dos casos, utilizam-se das administrações municipais como instância de mais baixo nível hierárquico para a execução das leis.

No mundo inteiro, as funções da administração municipal têm crescido muito no decorrer da história e têm em conta, sobretudo, o desenvolvimento econômico e tecnológico; são os governos locais que devem atender às chamadas “necessidades vitais”.

De acordo com o princípio da “incumbência universal” ou “onipotência” (*Allzuständigkeit*), os municípios alemães teoricamente cuidam de todos os assuntos da comunidade local, exceto quando uma lei superior disponha de maneira diferente. Na medida em que for viável, estados e União devem se valer dos órgãos executivos dos municípios quando precisarem cumprir suas próprias funções ali no local, sem instalar repartições especiais suas.

Na verdade, esse sistema é resultado de economia administrativa. Vale o princípio da “singularidade da administração pública” em nível local: as instituições dos diversos níveis administrativos públicos, em certa medida, se engrenam umas nas outras, apesar de nem sempre deixarem de existir antagonismos entre esses níveis também.

Na Alemanha, tradicionalmente distinguimos duas grandes áreas funcionais da atuação administrativa municipal: o círculo *próprio* de atuação e as funções *delegadas* pelo estado. Dentro das tarefas próprias ainda distingue-se entre as *facultativas* e as *obrigatórias*. Dentre os assuntos facultativos do município alemão, temos os assuntos culturais, fomento de esportes, instalações de transporte, de centros para a juventude, lares de idosos, piscinas públicas etc. Essas funções são da responsabilidade exclusiva do município, que não precisa executá-las se os órgãos políticos não julga-

rem necessário.

Cada vez mais importância estão ganhando os "encargos obrigatórios" (*Pflichtaufgaben*). Os estados federados da Alemanha têm o direito de obrigar os seus municípios ou associações intermunicipais a cumprirem certas tarefas. Lá, existem inúmeras leis estaduais que obrigam diretamente os entes locais a exercerem determinados serviços públicos. Dentre essas tarefas constam questões referentes à ordem e segurança públicas e ao atendimento das principais necessidades cotidianas: abastecimento de água tratada, coleta e tratamento de esgotos, ordenamento do uso do solo através de planos diretores de obras e construções, transportes coletivos urbanos, construção e conservação das vias públicas municipais, instalações de combate a incêndios, instalação e manutenção de prédios escolares e hospitais de tratamentos urgentes e instalações de assistência social.

Os assuntos *delegados* (*Auftragsangelegenheiten*), por sua vez, são repassados aos governos locais por força de leis estaduais ou, excepcionalmente, federais. Nesses casos, confia-se aos municípios apenas a execução de tarefas, e ele as exerce na qualidade de *mandatário do estado*⁷⁷. As mais importantes dessas funções são: a segurança pública, a manutenção da ordem geral, a proteção da natureza, o controle da caça e da pesca, o regulamento do trânsito local, a fiscalização de construções, o trato de assuntos relacionados à saúde pública e veterinária, as questões de registro civil e residência, bem como as eleitorais e relativas a estrangeiros.

Quando o município exercer tarefas por delegação superior, poderá fiscalizar se essa execução está sendo feita de forma adequada. Nesses casos, a fiscalização estatal abrange, além da legalidade, também a conveniência da execução. Aliás, é freqüente os municípios se queixarem que o reembolso estadual não costuma chegar a cobrir, de fato, as despesas que acarretam para os entes locais. O município alemão tem, pois, um "duplo caráter": é entidade da auto-administração e, ao mesmo tempo, órgão executor do seu respectivo estado federado⁷⁸.

⁷⁷ Cf. Paulo Bonavides, citando Carré de Malberg, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., Ed. Malheiros, 1994, p. 315.

⁷⁸ Há estimativas de que os municípios da Alemanha, hoje em dia, gastam menos de 10% dos seus recursos em tarefas da sua própria decisão, sendo mais de 90% gastos em funções obrigatórias ou dele-

Na verdade, o volume das funções delegadas exercidas pelo município alemão, tornam-se cada vez maior, convertendo o município, cada vez mais, em instância local do estado. Por outro lado, os municípios preferem executar tarefas estaduais com seus próprios servidores a admitir a instituição de uma série de órgãos estaduais específicos no seu território, o que certamente iria destruir a unidade de administração pública.

Ao contrário da situação alemã, o município brasileiro, devido a sua posição jurídico-constitucional forte, não pode ser obrigado, mediante lei superior, a executar serviços e tarefas estaduais ou federais que têm a sua base na legislação desses outros níveis estatais. O direito constitucional-municipal do Brasil, por tradição, não prevê a delegação obrigatória ou "automática" de tarefas por parte das esferas estatais superiores para os entes locais. Para que a União e os estados possam delegar funções de seu âmbito para os municípios, é preciso a celebração individual de convênios administrativos, que, até hoje, representam o principal instrumento de colaboração entre a União, os estados e os municípios⁷⁹.

Até hoje é esclarecedora a lição de Castro Nunes⁸⁰, que apontou o *duplo caráter* das municipalidades americanas e européias (alemãs, francesas, italianas) como órgãos destinados ao governo da localidade e, ao mesmo tempo, como agências da administração geral dos estados, revelando os poderes paralelos de que está investido o município. Ressaltava o eminente autor que, no município brasileiro, quase não se acusa na órbita da sua atividade uma esfera delegada distinta da esfera propriamente municipal, esclarecendo que essa característica vinha do antigo regime, visto que as Câma-

gadas. Portanto, sobra pouco espaço para as funções realmente a critério da auto-administração municipal. Criticando essa situação, municipalistas alemães até alegam que a auto-administração seja também o "direito de cometer erros por conta própria".

⁷⁹ Os convênios ainda foram expressamente previstos no art. 13 § 3º da Constituição Federal de 1967/69. O texto da Carta de 1988 não os menciona; no entanto, eles continuam um instrumento lícito e muito utilizado na prática. A respeito dos convênios administrativos, veja Andreas Krell, "A Posição dos Municípios Brasileiros no Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA)", *Revista dos Tribunais* n° 709, nov. 1994, p. 9 e ss.

⁸⁰ NUNES, José de Castro. *Do Estado Federado e a sua Organização Municipal*, Rio, 1920, pp. 148 e ss., 208 e ss.

ras municipais nunca eram agentes da Província.

A Constituição Brasileira de 1988, na base da ideologia de uma autonomia municipal formalmente fortíssima, não prevê a possibilidade da obrigação dos entes locais para o desempenho de determinadas tarefas e serviços públicos. A única verdadeira obrigação dos municípios brasileiros para cumprir um determinado serviço público reside na área da educação. O art. 212 da Constituição Federal os obriga a aplicar vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

As Constituições estaduais e mesmo a legislação infraconstitucional não podem criar obrigações para os municípios⁸¹.

7. A garantia constitucional e a definição da autonomia municipal

A equiparação formal dos municípios brasileiros com os estados e a União, mediante a sua elevação para a terceira esfera estatal da Federação, foi ainda fortalecida pelos dispositivos dos arts. 29 e 30 da Constituição Federal. A Constituição brasileira concede, no seu art. 30, aos entes locais, *áreas específicas* de competência.

O art. 24 da Carta brasileira, que trata das competências legislativas concorrentes, não inclui os municípios⁸², aos quais, segundo o art. 30, II, CF “compete complementar a legislação federal e a estadual no que couber”. O exercício desta competência exige a existência de uma norma superior e de uma lacuna da mesma, que deve ser preenchida, atendendo, assim, a um *interesse local*⁸³. Muitas vezes, a União e os estados demoram a reconhecer problemas e não reagem dentro de prazos toleráveis. Enquanto não existem leis superiores, os municípios podem agir de uma maneira mais livre e emitir, na base do art. 30, inciso II, CF, normas em áreas

que não fazem parte das suas competências expressas. Nesses casos, os entes locais são capazes de “antecipar” os dispositivos dos níveis estatais superiores.

Nessa altura, pode-se tornar difícil a demarcação entre os incisos I e II do art. 30 CF. Todavia, consideramos de importância reduzida a distinção exata entre essas duas normas, visto que elas se complementam, sendo sempre o ponto nodal da questão, nos dois casos, a presença de um interesse local. Ao mesmo tempo, é claro que não pode ser suplementada toda legislação estadual e federal, visto que há matérias cujo tratamento em nível municipal seria absolutamente desconcertante⁸⁴. Atualmente o município pode, mesmo em assuntos sobre os quais ele não possuía competência, antes de 1988, suprir omissões da legislação superior⁸⁵.

Importância suprema possui o art. 30, inciso I, da Constituição Federal; segundo este, “compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local”. Essa norma concede aos entes locais uma competência legislativa *exclusiva* nas áreas onde predomine o interesse local. O conceito de “interesse local” ocupa uma posição central para a definição do conteúdo da autonomia municipal no Brasil. A predominância, e não a exclusividade, continua sendo a justa interpretação desse novo conceito⁸⁶.

O conceito de “interesse local” é de fundamental importância, não somente para a limitação das competências *legislativas*, mas também na atribuição das responsabilidades pela prestação dos *serviços* estatais, onde desempenha papel decisivo. A Constituição brasileira prevê, como as Cartas anteriores, ao lado da competência municipal de *legislar* (art. 30, I, II) a de *prestar serviços públicos* de interesse local (art. 30, V).

Enquanto nas Leis Maiores do Brasil sempre

⁸¹ Cf. DALLARI, Adilson Abreu. “Cartas Próprias Municipais”, *Revista Cepam*, n.º 1, jan./mar. 1990, p. 9; ALMEIDA, Fernanda D. Menezes de, ob. cit. (58), p. 170. Veja a respeito também a decisão do STF, que declarou inconstitucional dispositivos da Constituição cearense por criar obrigações aos seus municípios, *Revista dos Tribunais* n.º 662, 1990, p. 203.

⁸² O anteprojeto Constitucional dos “Notáveis” (Coord.: Afonso Arinos) de 1986 ainda incluía os municípios no elenco das competências legislativas concorrentes.

⁸³ BARRETO/CORRÊA. “O município e a questão ambiental”, *Revista dos Tribunais* n.º 670, 1991, p. 234.

⁸⁴ BASTOS, Celso R. “O município: sua evolução histórica e suas atuais competências”, *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n.º 1, 1994, p. 62.

⁸⁵ Depois da edição de leis estaduais e federais nos campos já regulamentados pelos municípios, as normas locais continuam em vigor na medida que eles não se contrapõem às leis das esferas superiores e são considerados “suplementos locais” das mesmas; cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 1989, p. 102 e ss.

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Competências Concorrentes Limitadas. O Problema da Conciliação das Normas Gerais”, *Revista de Informação Legislativa* n.º 100, Senado Federal, 1988, p. 140.

houve essa distinção expressa entre as duas áreas da ação legislativa e administrativa da esfera local, a Lei Fundamental da Alemanha entende o poder do município para produzir normas legais (*Satzungswalt*) como "complementação instrumental do cumprimento auto-responsável das suas tarefas locais"⁸⁷. Na base dessa teoria, a competência normativa não foi especialmente mencionada pela Lei Fundamental alemã.

Na verdade, a prestação dos serviços públicos municipais se realiza através da *execução das leis* locais a respeito, visto que, no Estado de direito moderno, o poder público desenvolve quase todas as suas ações e atividades com base em leis⁸⁸. Os serviços municipais constituem verdadeiras *tarefas* cujo cumprimento por parte das prefeituras garante a organização do dia-a-dia das populações nas cidades e vilas rurais.

A expressão "interesse local" do novo texto constitucional brasileiro (art. 30, I) veio a substituir o conceito tradicional de "peculiar interesse", que foi introduzido pela Constituição republicana de 1891. Vale frisar, contudo, que, já antes de 1988, muitos autores costumavam usar a expressão conjunta de *peculiar interesse local*. Portanto, a doutrina é quase pacífica ao afirmar que o conteúdo material desse conceito não tem sido alterado e que "a mudança da letra não equivale a uma mudança do espírito da Constituição"⁸⁹.

O conceito de peculiar interesse local nunca foi definido de uma maneira satisfatória pela

⁸⁷ Cf. VON MUTIUS, Albert, ob. cit. (50), p. 247.

⁸⁸ Cf. KRELL, Andreas, ob. cit. (79), p. 8 e ss.

⁸⁹ Cf. ALMEIDA, Fernanda D. Menezes de, ob. cit. (58), p. 124; GASPARI, Diógenes. "Guarda municipal ecológica", *Informativo Jurídico do CEPAM*, out. 1991, p. 84; THEMER, Michel. *Elementos do Direito Constitucional*, 1989, p. 105; DALLARI, Adilson Abreu. "Autonomia municipal na Constituição de 1988", *Revista de Direito Público* n.º 97, 1991, p. 236; CORRÊA. "Competências para legislar dos estados e dos municípios", *Boletim de Direito Municipal*, set. 1990, p. 527. Todavia, alguns autores têm criticado a substituição, visto que eles consideram o conceito *local* mais restrito do que *peculiar*, cf. BASTOS, Celso R. "Os Estados e a nova Constituição", in: *Processo Constituinte Paulista*, 1989, p. 58; ATHAYDE, Selme. "Diretrizes para as Cartas Municipais", *Revista de Informação Legislativa* n.º 103, Senado Federal, 1989, p. 251; Aires Barreto. "Os municípios na nova Constituição", in: *A Constituição Brasileira de 1988*, 1988, p. 84.

doutrina e jurisprudência brasileiras, continuando pouco esclarecido o seu significado dentro do sistema complexo das competências privativas e concorrentes da União e do estado erguido pela nova Carta Magna.

A maior parte da doutrina se limita, até hoje, a declarar que o interesse local deve ser entendido como *predominante* e não exclusivo, sem, no entanto, fornecer critérios válidos para definir o que seja "interesse local predominante" no caso concreto⁹⁰. Outros autores o consideram "critério vago que nada define de positivo e cujos limites ficaram nebulosos" e que o termo "quase não presta mais para uma aplicação num caso concreto"⁹¹.

A expressão *interesse local* é semelhante àquela usada pela Lei Fundamental alemã, que, diferente da situação no Brasil, não atribui competências específicas aos entes locais, mas contém no seu art. 28, II, uma atribuição global de competência, que garante aos municípios apenas genericamente o direito de "regularem todos os assuntos da comunidade local".

No entanto, ao contrário da situação alemã, no Brasil, durante as últimas décadas, chegaram pouquíssimas ações judiciais aos crivos dos tribunais. Ademais, a esmagadora maioria dos municípios brasileiros se encontra numa situação financeira precaríssima, fazendo com que as prefeituras e câmaras dificilmente recusem a intromissão das administrações estaduais ou órgãos federais nos seus assuntos locais, desde que esta seja acompanhada por medidas de ajuda técnica e financeira. Muitas vezes, os entes locais até agradecem tais "ingerências" para se livrar de tarefas caras e politicamente pouco interessantes como o saneamento básico.

Com toda razão perguntou Álvaro Pessoa: "Qual prefeito está disposto a bancar uma brigada com o Governador de estado para definir, em

⁹⁰ Veja, por ex., MEIRELLES, Hely L. *Direito Municipal Brasileiro*, 7ª ed., Malheiros, 1993, p. 122 e ss.; CRETILLA JR., *Direito Administrativo Municipal*, 1981, p. 58 e ss.; FERREIRA, Wolgran Junqueira. *O Município à Luz da Constituição Federal de 1988*, Edipro, 1993, p. 156 e ss.; FERRARI, Regina M. Macedo Nery. *Elementos de Direito Municipal*, Ed. RT, 1993, p. 79 e ss.; SANTANA, Jair Eduardo. *Competências Legislativas Municipais*, Ed. Del Rey, 1993, pp. 100 e ss.

⁹¹ BASTOS, Celso R. in: *Anais do Simpósio "Minas Gerais e a Constituinte"*, 1986, p. 474; Sader. *Democracia, direito de voto, autonomia municipal*, 1981, pp. 59, 78 e 88.

matéria de peculiar interesse, até onde vai o peculiar interesse do seu município?"⁹²

No Brasil, seria necessário também uma atuação mais expressiva das Associações municipais, regionais e nacionais, que na Alemanha, (*Kommunale Spitzenverbände*), tradicionalmente possuem uma força política bastante elevada para representar com êxito os interesses municipais junto aos órgãos estaduais e federais. Essas associações dispõem de uma boa estrutura administrativa capaz de prestar uma assistência jurídica eficiente aos seus membros e também encorajam as cidades e comunas rurais a reivindicarem o pleno respeito da sua autonomia ajudando-os até, se for imprescindível, nos litígios contra o estado ou a União em defesa da sua autonomia.

Vale enfatizar, no entanto, que, ao contrário do ordenamento jurídico brasileiro, a delimitação da autonomia local na Alemanha, segundo o art. 28, inciso II, da Lei Fundamental, deve ser efetuada expressamente "nos moldes das leis" (*im Rahmen der Gesetze*), ou seja, através da legislação superior, preponderantemente a estadual. Na base dessa ampla "liberdade de formação legislatória"⁹³, os estados federados alemães, ao editar as suas Leis de Organização Municipal (*Gemeindeordnungen*), vieram a delimitar de maneira nítida o âmbito dos serviços a serem cumpridos pelas suas prefeituras locais.

Vale lembrar que, no Brasil, este "primeiro passo" de delimitação das competências e da definição da autonomia municipal não cabe aos estados, mas aos próprios municípios nas suas Leis Orgânicas.

Porém, o estado alemão, em todas suas regulamentações legais, é obrigado a seguir os princípios constitucionais oriundos do art. 28, II, da Lei Fundamental no sentido de que deve deixar para os municípios uma área para o cumprimento auto-responsável dos assuntos que dizem respeito à comunidade local. Uma intervenção no conteúdo essencial desse direito seria inconstitucional e poderia ser levada pelo ente local afetado à apreciação judiciária⁹⁴.

⁹² Cf. Desenvolvimento Urbano no Brasil, *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, nº 137, 1979, p. 390.

⁹³ "Gesetzliche Ausgestaltungsfreiheit", veja a *Coletânea das Decisões do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE)*, nº 79, p. 127.

⁹⁴ FIEDLER, Klaus. "A auto-administração municipal como princípio estrutural de um estado democrático", in: *Administração autônoma municipal*

A liberdade dos municípios alemães, garantida pela Constituição Federal, desde os anos 50 veio a ser fortalecida pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que desenvolveu a sua teoria da *seara substancial*⁹⁵ ou do *mínimo intangível*⁹⁶, proibindo a supressão da autonomia municipal como instituição por parte do estado ou da União bem como qualquer restrição que atinja o seu "conteúdo essencial" (*Wesensgehalt*).

Segundo o entendimento alemão, a garantia do direito de auto-administração dos municípios, na sua essência, significa que transferências ou "deslocamentos" de funções e responsabilidades para outros níveis da administração pública – uma medida lícita no sistema alemão mediante lei estadual – não devem reduzir substancialmente as formas de atuação e influência das prefeituras "e que, em decorrência, o município veja alterados a sua imagem, a sua estrutura e o seu tipo tradicionalmente característicos"⁹⁷.

Vale ressaltar que, na Alemanha de hoje, há muitos municipalistas que alegam um sufocamento da autonomia local através de uma rede cada vez mais densa de prescrições da legislação estadual, formada por regulamentações demasiadamente pormenorizadas e perfeccionistas. O município alemão, durante as últimas décadas, perdeu bastante da sua espontaneidade e liberdade de ação, e o controle por parte do estado se tornou cada vez maior⁹⁸.

8. *Perspectivas para uma melhor distribuição de competências entre as esferas estatais; o papel dos estados brasileiros na definição de "interesse local"*

Por último, resta traçar o caminho para uma melhor definição dos direitos e responsabilidades dos municípios no futuro. Na última Assembleia Nacional Constituinte brasileira, o an-

– tarefas e organização, *Fundação Alemã para o Desenvolvimento Internacional (DSE)*, Berlin, 1988, p. 6 e ss.

⁹⁵ A chamada "Kernbereichslehre" (= teoria do núcleo), veja a *Coletânea das Decisões do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE)* nº 8, pp. 122, 134.

⁹⁶ Assim Paulo Bonavides com referência ao ilustre constitucionalista "weimariano" Carl Schmitt, ob. cit. (77), p. 320 ss.

⁹⁷ Assim o Tribunal Constitucional do Estado de Baden-Württemberg.

⁹⁸ Exemplarmente: ERICHSEN, Hans-Uwe. *Kommunalverfassungsrecht*, in: Willi Blümel/Hermann Hill. *Die Zukunft der kommunalen Selbstverwaltung*, Berlin, 1991, pp. 89, 96ss.

teprojeto da subcomissão dos Municípios e Regiões previa a seguinte regulamentação:

“Art. 9º Compete privativamente aos municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse municipal predominante;

(...)

III – organizar e prestar os serviços públicos locais;

§ 1º as atribuições dos municípios poderão variar segundo as particularidades locais, sendo, entretanto, de sua competência exclusiva os serviços e atividades que digam respeito ao seu peculiar interesse, tais como:”⁹⁹

(...)

§ 3º Os municípios poderão prestar outros serviços e desempenhar outras atividades, mediante delegação do Estado e da União, sempre que lhes forem atribuídos os recursos necessários.

§ 4º As particularidades locais, para efeito da variação a que se refere o § 1º deste artigo, serão definidas em lei complementar estadual.”

Os autores do anteprojeto visaram a “vencer a fórmula tradicional e indefinida na enunciação do papel, das atribuições, competências e encargos municipais, e buscar meios para melhor precisar esses elementos para especificar, de modo proporcional e adequado, os recursos necessários à manutenção dos municípios”¹⁰⁰.

Esse tipo de catálogo dos serviços locais para todo o território nacional sempre sofreu críticas por parte da doutrina. Alegou-se que a noção de *peculiaridade* local, no que se refere à prestação de serviços públicos, não seja passível de um entendimento padronizado, mas variável em

⁹⁹ Nesse rol consta a prestação de serviços públicos como o abastecimento com água potável, o esgotamento sanitário, o transporte coletivo, a limpeza pública, a atenção primária de saúde, a construção e conservação de estradas vicinais, a gestão dos mercados e cemitérios, a iluminação, a prevenção de acidentes bem como a distribuição de gás. Nos §§ 1º, incisos II-XII, e 2º do art. 9º do anteprojeto constavam funções como a realização de obras de urbanização, concessão de licenças para todos tipos de estabelecimentos, fomento à produção agropecuária, manutenção do primeiro grau, entre outros.

¹⁰⁰ “O Município e a Constituinte”, *Relatório, Parecer e Anteprojeto da Subcomissão dos Municípios e Regiões*, (Relator: Aloysio Chaves), Câmara dos Deputados, 1987, p. 21.

função da localização geográfica, dimensão, população, tradição, aspectos históricos e culturais, potencialidades, níveis de urbanização, características do solo, aspirações do povo, proximidade ou afastamento de centros polarizadores etc.¹⁰¹. Diante da mutação por que passam certas atividades e serviços, a variação de predominância do interesse municipal, no tempo e no espaço, é um fato, particularmente no que diz respeito à educação primária, trânsito urbano, telecomunicações etc.¹⁰². Por consequência, a solução das atribuições explícitas foi rejeitada pelo relator da Constituinte.

Compartilhamos, em parte, as críticas em relação a uma enumeração dos serviços genuinamente municipais em nível nacional pela própria Carta Federal. A inconveniência desse procedimento, porém, não nos leva necessariamente a considerar indispensável a utilização do vago conceito de (peculiar) “interesse local” com todas as dificuldades de sua definição acima expostas. Como não convém atribuir funções e tarefas iguais para municípios distintos, uma tal exemplificação do interesse municipal parece-nos ter uma viabilidade bem maior se fosse efetuada no nível de cada estado da Federação brasileira. O § 4º do art. 9º do anteprojeto abria justamente esse caminho para incluir os estados na definição da autonomia dos seus municípios.

Podemos constatar que, hoje, cabe também às Leis Orgânicas municipais o importante papel de definir as matérias de competência municipal no seu caso concreto, explicitando a expressão vaga que é o termo *interesse local* do art. 30, I, CF¹⁰³. O conteúdo das Leis Orgânicas serve como indicação pela distribuição das responsabilidades no caso concreto.

No entanto, não é possível parar por aí, não podendo caber somente aos entes locais o traçado das linhas divisórias entre as suas atribuições e as tarefas do estado e da União. O município, sozinho, não é capaz de delimitar as responsabilidades pela execução dos serviços públicos e de definir o conteúdo do seu interesse local¹⁰⁴.

¹⁰¹ TEIXEIRA NETO, João Luis. “O Peculiar Interesse Municipal”, *Revista de Direito Público* nº 64, 1982, p. 209.

¹⁰² BASTOS, Celso R. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 12. ed., p. 277.

¹⁰³ BASTOS, Celso Ribeiro, ob. cit. (84), p. 59.

¹⁰⁴ Por isso, não podemos concordar com Roque A. Carrazza, que entende que o próprio município, por meio de lei, deva definir o seu peculiar interesse e que “seria absurdo se o município tivesse que auscultar órgãos ou autoridades a ele estranhos, para

A maioria das Leis Orgânicas locais declararam ser o município competente em quase todas as áreas da administração pública: saúde, educação, licenciamento de atividades, transporte, fomento econômico, produção de alimentos, proteção do meio ambiente etc., estabelecendo, muitas vezes, competências concorrentes.

Porém, o sistema jurídico-administrativo brasileiro já sofreu bastante com a tradicional prática dessas competências concorrentes, onde as três esferas se atrapalham, se atropelam ou se omitem na prestação dos serviços, sendo um dos efeitos mais danosos dessa concorrência de atribuições o impedimento da cobrança da prestação efetiva dos serviços pela sociedade¹⁰⁵. Cabendo indiferentemente a qualquer nível de governo a prestação de um serviço, fácil se torna a omissão de quaisquer deles, na esperança de que os demais decidam assumir o encargo¹⁰⁶.

Álvaro Pessoa comentou a respeito:

“Virtualmente o município brasileiro possui, hoje, um potencial de competências, que, além de misterioso, é mais um obstáculo do que um auxílio. São inumeráveis as áreas de competência que se poderiam chamar superpostas ou complementares, onde algumas vezes a União, outras o estado-membro, desejam e praticamente não podem legislar. Não há sistema de exclusão ou ordenação de competência que possa ajudar no desate de tão complexo nó constitucional”¹⁰⁷.

Essa indefinição de competências foi transferida para o regime da Constituição de 1988. Até hoje continua válida a observação de Lordello de Mello, feita já em 1960: “O que devia ser a responsabilidade de cada esfera estatal resulta, não raro, na irresponsabilidade de todas”¹⁰⁸.

saber o que são e o que não são assuntos de interesse local”, cf. *Curso de direito constitucional tributário*, 2ª ed., Ed. RT, 1991, p. 96.

¹⁰⁵ SOUZA, Celina Maria de, ob. cit. (60), p. 16.

¹⁰⁶ Fernando A. Rezende da Silva. “Repartição de encargos públicos na Federação Brasileira”, in: *Cepam/Fundap, Perspectivas*, S. Paulo, 1989, p. 19 e ss.

¹⁰⁷ “Desenvolvimento Urbano no Brasil”, *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, nº 137, 1979, p. 358.

¹⁰⁸ MELLO, Diogo Lordello de. *Organização do Município*, IBAM, Rio de Janeiro, 1965, p. 21 e ss.; ele comenta a respeito: “O sistema de competências concorrentes exige, para sua eficiência, um alto grau de coordenação, difícil de ser atingido em face de

Prescrições isoladas sobre o “pretenso” interesse local de um município certamente não levarão os órgãos da respectiva administração estadual a alterar e adaptar o seu desempenho em relação à cidade. Uma combinação integrada das funções entre as diferentes esferas estatais exige a participação do estado e do município ao mesmo tempo. Por isso, parece errônea a afirmação que, depois de 1988, caberia somente às Leis Orgânicas municipais definir a abrangência e conteúdo do seu “interesse local”.

Na verdade, também ficou difícil, no sistema da Carta de 1988, entender o papel das Constituições estaduais em relação aos municípios, “visto que os entes locais acham os parâmetros e limites definidores da sua autonomia diretamente na Carta Federal, sobrando, portanto, pouco espaço para o estado cuidar do município”¹⁰⁹.

Mesmo assim, poderíamos atribuir aos textos estaduais, que tratam das competências municipais, o seguinte significado: onde a Carta estadual declara os municípios a serem competentes para determinadas tarefas¹¹⁰, o próprio estado reconhece, de maneira indireta, que tais funções – salvo raras exceções – não são de interesse predominantemente regional (estadual) e que, portanto, estão os municípios facultados e “exortados” a editar suas próprias legislações nessas áreas, podendo incluí-los, desde o início, nas suas Leis Orgânicas municipais¹¹¹.

Essa interpretação “indireta” não seria necessária se a Constituição Federal tivesse atribuído – como previa o anteprojeto – aos estados a competência expressa de definirem mediante lei complementar as “particularidades locais, para efeito de variação” (art. 9º, § 4º). Tal

certos aspectos da autonomia dos estados-membros e do município. Não prevalecendo, entre nós, o regime da subordinação administrativa das coletividades territoriais inferiores às superiores, torna-se difícil a coordenação da ação das primeiras pelas segundas, o que somente poderá ser conseguido através de um sistema de auxílios condicionados e de mecanismos adequados de fiscalização dos recursos concedidos (...).”

¹⁰⁹ DALLARI, Adilson Abreu. “Cartas Próprias Municipais”, *Revista Cepam* nº 1, jan./mar. 1990, p. 9.

¹¹⁰ Por exemplo: art. 12 da Constituição de Alagoas, art. 13 da Constituição do Rio Grande do Sul.

¹¹¹ Cf. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *A Competência e a Autonomia Municipal*, trabalho apresentado no curso de Direito Municipal no Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, dez. 1994, (mimeogr.), p. 17.

procedimento também teria a grande vantagem de poder traçar linhas de responsabilidade entre os governos estaduais e as prefeituras, onde hoje existem inúmeras dúvidas, omissões e superposições dos planos, programas e atividades.

Na base do acima exposto, surge a pergunta: *quais seriam os critérios adequados para uma definição realística da autonomia municipal no Brasil?*

José Maria Dias observa que “a velha surrada questão de analisar-se o municipalismo brasileiro tentando posicioná-lo, justificá-lo e engrandecê-lo, apenas com argumentos de índole federativa, com base exclusivamente no peculiar interesse local, está ficando superada e com as suas energias esgotadas”¹¹².

Por isso, *se faz mister compreender o problema sob os enfoques histórico-econômico e administrativo e para chegar a uma atitude conciliadora entre o jurídico-constitucional e o administrativo-econômico*. Para tal fim, poderá servir a já antiga *teoria das escalas*¹¹³, que busca orientar a repartição das competências, encargos e serviços entre os diferentes níveis estatais segundo critérios geográficos, econômicos, técnicos, financeiros bem como de poder político e de força administrativa.

São justamente esses aspectos variados, que deveriam entrar na definição do *interesse local*, seja na fase de auto-identificação dos municípios na sua Lei Orgânica, seja na concretização legislativa mais genérica por parte dos estados federados ou, por final, na decisão do juiz sobre o caso concreto.

9. Conclusão

Em virtude da sua independência fática desde os tempos coloniais, o município brasileiro sempre foi considerado parte do poder estatal. Ao contrário, o município alemão tem a sua base histórica na oposição dos cidadãos contra o estado absolutista. Como consequência dessa evolução, o município brasileiro sempre gozou de uma autonomia jurídico-formal extremamente forte, coroada em 1988, pela elevação

constitucional, para constituir a terceira esfera da Federação brasileira.

Na Alemanha, os municípios são considerados subdivisões administrativas dos estados, porém, dotadas de autonomia pela Constituição Federal. Portanto, o conceito alemão de *auto-administração local* não corresponde exatamente ao termo brasileiro de autonomia municipal, que possui um significado muito mais político.

O conceito de autonomia municipal depende, nos dois países, da interpretação do conceito constitucional “assuntos de interesse (na Alemanha: da comunidade) local”. A partir dos anos 50, a jurisprudência constitucional alemã desenvolveu um sistema complexo de proteção ao direito de auto-administração nas cidades e comunas. Os tribunais brasileiros, ainda não elaboraram critérios e parâmetros sólidos para a definição da autonomia municipal, prevalecendo o casuismo.

Os direitos e deveres do município brasileiro emanam diretamente do texto da Carta Federal; há dúvidas a respeito das funções das Constituições estaduais e Leis Orgânicas municipais na concretização da autonomia local. A abrangência da autonomia do município alemão é fortemente influenciada pela legislação estatal (União e estados).

Na Alemanha, as entidades municipais implementam uma grande parte das normas federais e estaduais por obrigação legal. Lá, muitas funções e serviços locais são fixadas e reguladas pela legislação superior, restando ao município pouco espaço de decisão na sua execução.

No Brasil, os municípios devem obedecer à legislação federal e estadual, mas não são obrigados a executar ativamente as leis superiores; para fim de delegação, se faz necessário a celebração de convênios administrativos com natureza voluntária. O sistema brasileiro quase não trabalha com tarefas obrigatórias para os municípios. Os estados federados pouco podem interferir na prestação dos serviços locais pelas prefeituras, prescrevendo os seus procedimentos administrativos ou certo padrão de qualidade.

Para superar a superposição das funções nas diferentes esferas estatais, oriundas do sistema de atribuição de numerosas competências *concorrentes*, seria necessário uma subdivisão mais nítida das tarefas de cada nível. Para isso, é imprescindível chegar a uma definição clara dos direitos e responsabilidades dos municípios em relação ao seu estado e à União.

¹¹² Em notável artigo sobre a Desestabilização Institucional no Municipalismo Brasileiro, *Revista de Administração Municipal* n.º 163, 1982, pp. 57 e ss., 68.

¹¹³ Essa teoria foi apresentada nos anos 70 pela cientista política Ana Maria Brasileiro, do IBAM, e depois retomada por Fernando Antônio Rezende da Silva, *ob. cit.* (104).

Essa concretização só pode atender às peculiaridades regionais e locais se for efetuada por parte dos estados federados, sendo insuficiente a *auto-definição* isolada de autonomia nas leis orgânicas locais. Como os direitos e deveres do município brasileiro emanam diretamente da Constituição Federal, esta teria de estabelecer, expressamente, o direito dos estados a

definirem o conceito de "interesse local" dos seus municípios. Os critérios dessa definição podem ser fornecidos pela "teoria de escalas".

Recomendamos que esse caminho apontado pelo respectivo anteprojeto da última Constituinte futuramente seja retomado mediante o projeto de uma emenda constitucional.

A garantia fundamental de acesso do pobre à justiça

ALEXANDRE LOBÃO ROCHA

A liberdade de Prometeu significa o desaparecimento de todas as tiranias, e a ressurreição de Jesus, a morte de todos os dogmas. Um é a justiça humana e o outro a aspiração imortal para a justiça absoluta.

Guerra Junqueiro

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Indicadores históricos. 3. A assistência judiciária gratuita no Brasil. 4. A constitucionalização da assistência judiciária. 5. A assistência judiciária na Constituição de 1988. 6. A problemática da definição do destinatário da assistência jurídica gratuita. 7. Conclusão.

1. Introdução

Ao reunir alguns apontamentos sobre a garantia fundamental da assistência judiciária gratuita, prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, buscávamos a síntese que captasse com precisão o impulso que sempre moveu o homem em direção ao ideal de justiça. E não foi sem surpresa que nos deparamos com o axioma acima, do Poeta e Deputado português Guerra Junqueiro que, com genialidade, traduz essa aspiração ao partir da aparente contraposição entre dois signos de nossa cultura para os revelar como manifestação de um mesmo desejo: a justiça.

De fato, seja do ponto de vista histórico-científico ou místico-religioso, é inevitável a constatação de que essa aspiração permeia ideologias e cultos como o objetivo a ser alcançado, a razão última implícita em todos os grandes movimentos da humanidade. Por isso mesmo, essa busca perene se sobrepõe inextricavelmente ao imobilismo das posturas dogmáticas e ao obscurantismo das tiranias que se

Alexandre Lobão Rocha é Membro da Defensoria Pública da União.

apresentam como obstáculos transitórios na caminhada rumo ao aperfeiçoamento social.

Interessa-nos aqui o enfoque sócio-jurídico do tema, na sua acepção mais ampla, isto é, enquanto questionamento sobre o nível de desenvolvimento de uma nação a ser avaliado do ponto de vista da democratização de seu aparato judiciário, sob a ótica do acesso do povo à justiça.

É comum incorrer no erro de aferir o grau de evolução de uma sociedade considerando exclusivamente fatores de ordem econômica, tais como o acesso a tecnologias sofisticadas ou a certos bens de consumo.

As facilidades proporcionadas pelo avanço tecnológico, principalmente na área da atividade produtiva, contribuíram para a difusão dessa visão unilateral e, portanto, distorcida, que relega a um plano secundário os indicadores sociais. Ignora-se que a conquista tecnológica é útil na medida em que, pelo menos em tese, deve trazer a redução do tempo empregado no trabalho em benefício do lazer. Essa evolução tem nítidas repercussões no complexo das relações sociais e deu origem a novos conflitos de interesses.

A defasagem na relação entre conquista tecnológica/benefício social é visível mesmo nas sociedades economicamente mais desenvolvidas, pois não houve a indispensável modernização da máquina do Estado no compasso das novas expectativas da sociedade.

Uma das conseqüências desse fato é a sobrecarga e o descrédito do aparato judiciário. O problema se agrava e toma proporções calamitosas nos países menos desenvolvidos, particularmente na faixa intermediária denominada de "Terceiro Mundo" onde o acesso à justiça está ainda mais restrito às camadas favorecidas da população. Nestes, o aparato judiciário apresenta nítidos sinais de esgotamento, sendo alvo de crescente preocupação. Se o Poder Judiciário não tem como cumprir sua finalidade precípua de garantir a solução pacífica dos diversos conflitos de interesses, há o comprometimento de toda a estrutura do Estado pelo aumento da marginalização das camadas mais pobres, e o conseqüente recrudescimento da violência e das taxas de criminalidade.

As estatísticas dos grandes centros urbanos constituem o sintoma mais visível da relação paradoxal que ali se estabeleceu. A deficiência dos mecanismos de Estado provoca a busca de soluções alternativas pela sociedade.

Por exemplo, a "solução" encontrada pela "classe média" ao procurar os denominados "condomínios fechados" para fugir da violência crescente, provocando o surgimento de uma indústria imobiliária e de segurança. Ou ainda, o desenvolvimento das organizações internacionais de narcotraficantes, fortemente armadas, que transformaram as áreas periféricas miseráveis dos grandes centros em verdadeiras unidades autônomas, valendo-se da própria deficiência do Estado para excluí-lo.

A democratização do acesso à justiça, como garantia fundamental e instrumento de aperfeiçoamento social, aliada à reestruturação do Poder Judiciário, não mais podem ser postergadas sob pena de tornar irreversível o colapso do Estado democrático frente às expectativas da nação.

É a sociedade quem determina a dinâmica dessa busca de justiça de acordo com suas necessidades. Por esta razão, o mais seguro indicador de desenvolvimento de um povo é o seu nível de acesso ao aparato judiciário do Estado na medida em que quanto maior o acesso à justiça maior também será a perspectiva de paz social.

De nada adiantará desviar a discussão de seu eixo principal – acesso à justiça/reestruturação do Judiciário – reduzindo-a à simples proposição de um "controle externo do Judiciário" que, por ser um aspecto superficial do problema, jamais evitará o agravamento da crise entre a sociedade e o Estado.

2. Indicadores históricos

Impossível fixar com precisão quando teria surgido o primeiro esboço da assistência judiciária pública como instrumento de defesa do cidadão carente, já que sua origem se perde no tempo. Contudo, é importante lembrar alguns referenciais históricos para que se tenha uma idéia da dimensão temporal do problema.

É certo que as disputas territoriais tiveram papel preponderante na formação das sociedades tribais, condicionando a aglutinação de indivíduos com o mínimo de hierarquia e organização política. "Em cada tribo existia geralmente um chefe supremo, que era um chefe guerreiro e que, em tempo de paz, distribuía a justiça segundo um direito costumeiro. Entretanto, devia este chefe, relativamente a casos que representassem certa gravidade, solicitar instruções do conselho de anciãos, isto é, dos chefes de famílias mais numerosas e influentes" (Gaetano Mosca e Gaston Bouthoul, in *História*

das Doutrinas Políticas, 4ª ed., Zahar Editores, 1975, p. 16).

Sem dúvida, à classe política dirigente, composta pelos chefes militares, incumbia a distribuição de justiça dentro de um processo extremamente rudimentar. Quando admitida, a defesa era exercida pelo próprio indivíduo. Raramente, e conforme o caso, permitia-se o auxílio de representante de sua família ou clã.

Os historiadores do tema convergem ao apontar o Código de Hamurabi (Babilônia – séc. XXI a.C.) como o primeiro registro documental da preocupação com o princípio da equidade para ao menos tentar evitar a discriminação nos julgamentos. Eis a fórmula prescrita pelo próprio imperador:

...“para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça.” (Jayme de Atavila, in *Origem dos Direitos dos Povos*, 3ª ed., Melhoramentos, p. 43).

Outros registros remontam à fundação de Roma (séc. VIII a.C.). Ao tratar de sua organização institucional, Rômulo atribuiu a denominação de “patronos” aos poderosos do povo, a quem caberia a “proteção” dos menos favorecidos, que chamou de “clientes”. “Os patronos explicavam as leis aos seus clientes, defendiam-nos em juízo, aconselhavam-nos e os ajudavam em tudo. Em troca os clientes mostravam seu devotamento não apenas honrando seus patrões, mas até mesmo auxiliando-os no pagamento de dívidas” (Plutarco, in *Vidas Paralelas*, 1ª ed., Paumape, 1991, v. I, p. 64).

Em Atenas, durante longo tempo prevaleceram as famigeradas *Leis de Draco*, que praticamente nenhuma oportunidade de defesa asseguravam aos que considerava criminosos, prevendo a pena de morte para quase todas as faltas. Consta que, em meio a uma discussão sobre as razões que o teriam levado a esse extremo, o jurisperito Draco respondeu: “As faltas pequenas, julguei que mereciam esse castigo; para as grandes, não encontrei castigo maior”.

Coube a Sólon (séc. VI/VII a.C.), legislador considerado um dos “Sete Sábios da Grécia”, abolir as *Leis de Draco*, instituindo o julgamento popular, onde os magistrados apenas presidiam e o povo manifestava sua decisão através de seixos brancos ou negros.

Evidentemente, essa profunda mudança constituiu um marco na evolução do direito de defesa. Porém, a preocupação com o acesso e a distribuição da justiça sempre permaneceu na pauta dos debates entre os filósofos. Ao tomar conhecimento das reformas de Sólon, o filósofo Anacársis vaticinou: “As leis são como teias de aranha: segurarão os mais fracos e os pequenos que se deixarão apanhar, mas serão despedaçadas pelos fortes e poderosos” (Plutarco, ob. cit., p. 174).

A partir desse período, há registros seguros do pagamento de certas quantias pelos litigantes aos magistrados, com a finalidade de manutenção dos juízos. Todos aqueles que recorriam a esse serviço do Estado estavam obrigados ao recolhimento de taxas. Não raro, a condenação criminal vinha acompanhada de pena pecuniária ou de prestação de serviços ao ofendido. No âmbito do Direito Civil, o acesso era restrito aos que dispunham de meios para litigar em juízo.

Com o advento do movimento cristão, inicia-se a primeira grande revolução na cultura ocidental, que provocou radicais transformações institucionais por onde se difundiu. Sua doutrina, nascida como produto da opressão vivida pelas camadas excluídas, preconizava a busca de justiça plena, ameaçando principalmente a hegemonia do Império Romano.

O tempo se encarregou de demonstrar a irresistível força da doutrina cristã. E foi sob essa influência que o Imperador Constantino (séc. III/IV d.C.) promulgou o “Edito de Milão”, passando a tolerar o cristianismo em todo o Império Romano. Nessas circunstâncias históricas, Constantino teria sido o primeiro a determinar que os pobres estavam isentos do pagamento de custas e seriam defendidos gratuitamente. Suas causas deveriam ser levadas em primeira instância perante o próprio imperador. Aqui, reconhecidamente, surge o embrião da assistência judiciária gratuita com a finalidade de garantir ao pobre o acesso à justiça. Note-se, porém, que a isenção do pagamento de taxas – hoje denominada justiça gratuita – foi a primeira medida. Posteriormente, adveio a assistência judiciária gratuita.

Mas a consolidação do Direito Romano somente veio a ocorrer com Justiniano (séc. V/VI d.C.). São famosos o “Digesto” ou “Pandectas” e as suas “Institutas”, verdadeiro manual do direito vigente com a fina-

lidade de facilitar aos jovens o aprendizado jurídico, como parte da sua estratégia de manter a unidade do Império Romano. O acervo passou à *Idade Média com a denominação de "Corpus Iuris Civilis"*. E foi Justiniano quem incorporou definitivamente ao Direito Romano a prática de dar advogado às partes que não o tivessem, transformando a assistência judiciária em um *dever do Estado*. Este, o marco fundamental do instituto assimilado gradativamente pelo direito europeu.

O crescimento do cristianismo como doutrina religiosa há muito vinha provocando o inevitável confronto entre o poder e a autoridade da Igreja com os dos chefes de estados, centralizando as discussões político-institucionais.

A extinção do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) coincide com o adensamento dos movimentos bárbaros que varrem a Europa, levando ao caos o que se chamou de civilização antiga.

Assim, durante o período a que se convencionou chamar de *"Idade Média"*, praticamente nenhuma evolução significativa se registrou desde Justiniano.

Contudo, é na Inglaterra feudal, do século XIII que surge a *"Magna Carta"*, verdadeira linha divisória na história dos direitos e garantias individuais e, portanto, do acesso à justiça. Embora aparentemente não tenha estreita relação com o estudo específico da assistência judiciária gratuita, a *"Magna Carta"* já antecipava a fórmula do que se tornou o principal instrumento de defesa do cidadão: o *habeas corpus*. No seu art. 39 preconizava:

"Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país".

É claro que o preceito visava estabelecer limites aos poderes monárquicos, principalmente no que se refere à nobreza. Mas, sem dúvida, não tardou a ganhar amplitude, instrumentalizando a fórmula inicial de acesso à justiça.

Em geral, durante longo tempo a construção do direito europeu se deu a partir de notórias influências do legado romano e do pensamento cristão.

Só no século XVIII, com a deflagração do

movimento humanista em reação à tirania do absolutismo, ocorrem as transformações sócio-econômicas que virão a marcar definitivamente o pensamento político-filosófico ocidental, proporcionando condições para o surgimento do estado moderno.

As idéias de Locke, Rousseau, Montesquieu e outros filósofos europeus ganharam força mundial. O movimento libertário tornou-se irreversível pela sua rápida propagação, vindo a gerar a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia – ex-colônia inglesa – em 12 de janeiro de 1776, que precedeu a independência americana, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, reconhecida pela Assembléia Constituinte francesa em 27 de agosto de 1789.

A Declaração de Virgínia é precursora no que diz respeito a dar dimensão "constitucional" ao direito de defesa nos processos criminais, sob inspiração dos textos de Thomas Jefferson e John Adams.

A Carta de Direitos, elaborada a partir de conceitos emitidos também por Thomas Jefferson e James Madison, é outro documento de grande relevância histórica por ter originado as dez primeiras emendas à Constituição americana de 1787, publicadas em 1791. Note-se que propositadamente destacamos não a Constituição de 1787, mas a Carta de Direitos, porque as alterações substanciais que introduziu foram a condição imposta por vários estados independentes para aderir à federação.

Importa aqui lembrar o quinto preceito da Carta de Direitos por assegurar, constitucionalmente, um dos fundamentos pertinentes ao acesso à justiça e à assistência judiciária:

"V – direito a julgamento público e rápido por júri imparcial do Estado e distrito em que o crime tenha sido cometido, com direito a provas de defesa e assistência de um advogado;"

É incontestável o papel da Revolução Francesa como marco na evolução dos direitos humanos. Porém, a assimilação da assistência judiciária como garantia fundamental de acesso à justiça só ocorreu ali em 1791, ou seja, posteriormente à Constituição americana.

Em 22 de janeiro de 1851, foi publicado na França o primeiro Código de Assistência Judiciária que oficializou essa denominação ao serviço público de assistência jurídica ao cidadão.

3. A assistência judiciária gratuita no Brasil

No que diz respeito a precedentes históricos mais próximos da realidade brasileira, as Ordenações do Reino foram inicialmente nossa principal fonte de todo o direito. Essas compilações de leis vigentes em Portugal, publicadas nos séculos XV, XVI e XVII, tinham nítida inspiração no Direito Canônico dada a influência da Igreja no reino português. A série tem início com a promulgação das Ordenações Afonsinas, precisamente em 1446, durante o reinado de D. Afonso V. Seguem-se-lhes as Ordenações Manuelinas, organizadas por ordem de D. Manuel I e publicadas em edição definitiva no ano de 1521. Sua aplicação foi estendida ao Brasil até 1532, quando ocorreu a divisão do nosso território em capitanias, fato que demandou a adaptação de vários de seus dispositivos através das “cartas de doação” e dos “forais”.

Por último, vieram as Ordenações Filipinas, que constituem um capítulo à parte não só porque editadas à época em que Portugal estava sob o reinado espanhol, iniciado com Felipe II (1581), mas principalmente por terem introduzido profundas transformações na organização da justiça, disciplinando o processo civil e criminal. Promulgadas em 1603, já quando Felipe III ocupava o trono, tiveram vigência mesmo após a queda do domínio espanhol, adquirindo características essencialmente portuguesas, assimiladas dos procedimentos consuetudinários, com a Lei de Confirmação de 1643. São de fundamental importância para a compreensão histórica do Direito Civil brasileiro, pois somente foram substituídas em 1917 pelo Código Civil brasileiro.

Logo no seu início (Livro I, Título I), ao dispor sobre os requisitos para o cargo de Regedor da Casa de Suplicação – “o maior Tribunal de Justiça de nossos Reinos” – é perceptível alguma preocupação com o acesso e o tratamento dos necessitados quando recomenda:

...“deve temperar a severidade, que seu cargo pede, com paciência e brandura no ouvir as partes, que os homens de baixo estado, e pessoas miseráveis achem nele fácil e gracioso atendimento, com que sem péjo o vejam, e lhe requeiram sua justiça, para que suas causas se não percam ao desamparo, mas hajam bom e breve despacho”.

No seu Título LXII, encontramos disposições regulamentadoras da atividade dos “solicitadores” e “prelados”, incumbindo-lhes agir em defesa dos recolhidos a hospitais e albergarias.

Porém, é no Terceiro Livro das Ordenações, Título XXVIII, que há expressa referência à assistência judiciária aos “miseráveis”:

“1. E os Clérigos e Religiosos não vão às audiências para advogar, nem procurar por outrem, salvo se por si, ou pelos seus, ou por aqueles, por quem de Direito o podem fazer, assim como por suas Igrejas, e pelas pessoas miseráveis, e por seus pais, ou mães, ou outros ascendentes, ou irmãos”...

Constata-se que, por força da evidente inspiração do Direito Canônico a que nos reportamos, excepcionalmente reconhecia-se aos membros da Igreja Católica a representação dos necessitados em juízo.

Embora se trate de um capítulo à parte na história do Direito, a Legislação Penal Militar contém registros de antecedentes formais na atuação de advogados perante os chamados “Conselhos de Guerra”. Já o Decreto de 5 de outubro de 1778 permitia aos “delinquentes militares”, em tempo de paz, nomear advogado para sua defesa, desde o ato de interrogatório.

Tais precedentes portugueses tiveram ampla aplicação no Brasil mesmo após a Proclamação da Independência, que não trouxe consigo alteração significativa no quadro existente. Até mesmo a Constituinte de 1823 ignorou o problema.

Todavia, serão fatores de ordem econômica que virão a ter influência decisiva em todo o plano institucional do País. Trata-se da questão escravagista sobre que se assentava toda a economia do império português.

A Revolução Industrial, protagonizada pela Inglaterra, demandava transformações de mercado incompatíveis com a realidade portuguesa. Cresciam as pressões internacionais no sentido da substituição do trabalho escravo, que sustentava a produção agromineral das colônias, alimentado pelo intenso tráfico de mão-de-obra de origem africana.

É nesse contexto que vem a destacar-se a atuação do *Instituto dos Advogados do Brasil* como força engajada no movimento abolicionista. É reconhecido o papel de seus presidentes – Carvalho Moreira, Silveira da Mota, Urbano Pessoa, Perdigão Malheiros, Nabuco de Araújo

e Saldanha Marinho – na defesa dos negros escravizados.

Mas, coube ao estadista Nabuco de Araújo (pai de Joaquim Nabuco), ex-Deputado e Senador, Presidente de São Paulo e ex-Ministro da Justiça, lugar de destaque na discussão e proposição de soluções para a questão da assistência judiciária aos pobres. Foi dele a iniciativa de criar um “conselho” do Instituto dos Advogados, no Rio de Janeiro (1870), com o propósito de garantir a assistência judiciária aos indigentes nas causas cíveis e criminais.

Merece registro, ainda, o trabalho desenvolvido por José Joaquim Peçanha Póvoas, no Rio de Janeiro, ao propor centenas de ações contra os exploradores da prostituição escrava.

Naturalmente, o imenso contingente de escravos, na expectativa de adquirir cidadania, viria a constituir nova massa de clientes a demandar prestação jurisdicional.

Sem dúvida, o movimento abolicionista foi um dos principais ingredientes políticos que resultaram na Proclamação da República.

Nessas circunstâncias, surge o Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, outorgado pelo Governo Provisório da República, que, ao tratar da organização da Justiça do Distrito Federal, instituiu oficialmente a assistência judiciária gratuita no Brasil, ao estabelecer:

“Art. 175 – Os curadores geraes se encarregarão da defesa dos presos pobres, à requisição do presidente do Jury ou da camara criminal.

Art. 176 – O Ministro da Justiça é autorizado a organizar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e cível, ouvindo o Instituto da Ordem dos Advogados, e dando os regimentos necessários.”

Contudo, a implementação da assistência judiciária só aconteceu mais de seis anos depois, quando o Vice-Presidente da República Manoel Vitorino Pereira, e o Ministro da Justiça Amaro Cavalcanti fizeram publicar o Decreto nº 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, organizando a nova instituição no então Distrito Federal. Dentre as inovações trazidas, o Decreto procurou estabelecer parâmetros para o conceito de “pobre” como destinatário do novo serviço público:

“Art. 1º – É instituída no Distrito Federal a Assistência Judiciária, para o

patrocínio gratuito dos pobres que forem litigantes no cível ou no crime, como autores ou réos, ou em qualquer outra qualidade.

Art. 2º – Considera-se pobre, para os fins desta instituição, toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em Juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família.”

A partir da edição do Decreto nº 2.457, várias unidades da federação passaram a seguir os princípios básicos ali introduzidos, que subsistiram por cerca de vinte anos.

Com o advento do Código Civil, em 1916, houve verdadeira revolução legislativa que repercutiu decisivamente no âmbito do direito processual, à época também remetido à esfera de competência dos estados. Em consequência, os códigos estaduais sofreram modificações substanciais buscando compatibilidade com a nova lei. O momento de intenso debate nos foros locais proporcionou condições para o aperfeiçoamento e difusão da assistência judiciária gratuita, que foi gradativamente assimilada pelas legislações regionais.

A exceção, por pioneirismo, está no Código de Processo do Estado da Bahia, de 1915, que dedicou capítulo especial ao tema: *Da Representação Judicial das Pessoas Pobres* (arts. 38 a 43). Coube ao ilustre Professor Eduardo Espinola a autoria do projeto que serviu de paradigma aos demais legisladores estaduais.

Importante realçar que, apesar de se ter estruturado regionalmente, a instituição chegou a patrocinar causas em nível federal.

A propósito, em 30 de outubro de 1920 é publicado o Decreto nº 14.450, que tratava da organização judiciária e do processo militar em todo o País, dividindo-o em circunscrições e trazendo uma inovação: a assistência judiciária gratuita militar com atuação exclusiva no plano federal. Eis o que assegurava:-

“Art. 183 – Para cada uma das circunscrições a que se refere o art. 1º, o Governo nomeará um advogado incumbido de patrocinar as causas em que forem réos praças de pret ...

Paragrapho unico – Os advogados assim constituídos perceberão a gratificação fixada na tabela anexa.”

Esses advogados, a quem incumbia assistir

à camada mais baixa da hierarquia militar – as denominadas “praças de pret” – nos processos penais militares, com remuneração fixada em lei, pagos pela União, constituíram o embrião da assistência judiciária gratuita no plano federal.

Note-se, porém, que, em qualquer caso, o direito de acesso à justiça, embora viesse ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, permanecia restrito à legislação ordinária. Ainda não havia seu reconhecimento como garantia constitucional.

4. A constitucionalização da assistência judiciária

Tanto a primeira Constituição brasileira – Imperial de 1824 – como a segunda – Republicana de 1891 – omitiram-se sobre a matéria que, nos países mais avançados, rapidamente evoluía para o *status* de garantia fundamental.

Já enfatizamos que, antes da Proclamação da República, o Instituto dos Advogados exerceu o papel de catalizador de forças, obrigando o primeiro governo republicano a legislar sobre a assistência judiciária.

As transformações resultantes da Proclamação da República operaram-se lentamente e de forma tumultuada em razão do jogo de forças que disputava a hegemonia pelo poder.

A década de 20, em especial, foi marcada por momentos de grande turbulência político-institucional, resultantes do confronto entre essas forças políticas predominantes no cenário nacional: a velha oligarquia dos “coronéis”, que detinha o poder de fato; os militares influenciados pelo “tenentismo” de 1922; e os movimentos revolucionários de orientação esquerdista, emblematicamente representados pela figura de Luís Carlos Prestes.

Em meio a esse clima, a 18 de outubro de 1930, criou-se a *Ordem dos Advogados do Brasil* que, a exemplo do que ocorrera com o Instituto dos Advogados, assumiu o patrocínio dos necessitados como uma obrigação profissional, agora sujeitando o infrator à pena de multa. A nova instituição classista engajava-se assim na luta pela supremacia dos direitos individuais, que estava na base da discussão sobre os destinos do País.

Com a Revolução de 1930, em 11 de novembro, Getúlio Vargas instaura o Governo Provisório da Segunda República, priorizando o que chamou de “questão social”, e logo marca eleições para a Assembléia Consti-

tuinte. Derrotada a Revolução Constitucionalista de 1932, realizam-se as eleições em 3 de maio de 1933. A 16 de julho de 1934 é promulgada a terceira constituição brasileira, ou a segunda da República.

Finalmente, a assistência judiciária é erigida em garantia constitucional, nos termos preconizados pela Carta de 1934, que no seu Título III, Capítulo II, ao dispor *Dos Direitos e Garantias Individuais*, estatuiu:

“Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e sellos.”

Sem dúvida, a conquista é um marco na história da assistência judiciária no Brasil, mas, sobretudo, tem ainda maior significação por se incorporar ao conjunto dos direitos de cidadania.

Observe-se também que a norma constitucional refletiu a preocupação de expandir o conceito de assistência judiciária, muitas vezes alvo de interpretação equivocadamente restrita, pois entendido como simples isenção do pagamento das custas processuais.

Porém, novos acontecimentos políticos decorrentes da radicalização ideológica levaram o país a outro período conturbado. Surgiu a Ação Integralista Brasileira, partido político de orientação fascista chefiado por Plínio Salgado, e reorganizou-se o Partido Comunista, liderado por Luís Carlos Prestes. Getúlio Vargas promove um golpe de estado, dissolvendo a Câmara e o Senado, e revogando a Constituição de 1934.

É decretada a Constituição de 1937 que instaura o “Estado Novo”. O poder passa a concentrar-se nas mãos do Chefe do Executivo, que governa através de decretos-leis. O regime é de exceção e, assim, conseqüentemente, são impostas inúmeras restrições às liberdades individuais. A conquista de 1934 é banida do texto constitucional.

Somente com o fim da Segunda Guerra Mundial ressurgem os movimentos pela redemocratização, obrigando Getúlio Vargas a convocar eleições para 2 de dezembro de 1945. Contudo, Vargas perdera a credibilidade e, em 29 de outubro

daquele ano, é deposto pelas Forças Armadas. É eleito o General Eurico Gaspar Dutra, ex-Ministro da Guerra de Vargas.

Em 2 de fevereiro de 1946 instala-se a Assembléia Nacional Constituinte que, a partir das Cartas de 1891 e 1934, em 19 de setembro de 1946 promulga a nova Constituição. A assistência judiciária aos necessitados volta a integrar definitivamente o elenco dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 141, § 35: "O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.").

A rigor, a retrospectiva da história brasileira revela que sempre se alternaram breves períodos de normalidade democrática com situações de perturbação institucional.

Assim, não obstante em 1964 ocorra outro golpe de estado, promovido por um Comando Militar Revolucionário e com apoio de setores conservadores da sociedade, foi mantida a garantia constitucional da assistência judiciária na Constituição promulgada em 24 de janeiro de 1967 (art. 150, § 32: "Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.").

A característica marcante desse período foi o exercício do poder através da edição dos chamados atos institucionais e dos velhos decretos-leis. Em 13 de dezembro de 1968 é "editado" o Ato Institucional nº 5, que, ao impor diversas restrições aos direitos e liberdades individuais, rompe decisivamente a ordem constitucional, dando novo rumo ao regime militar.

A 31 de agosto de 1969, o Marechal Arthur da Costa e Silva é afastado da Presidência pelo Ato Institucional nº 12, substituído por uma junta militar composta pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Daí advém a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que, por seu conteúdo, é na verdade outra constituição. Ainda assim, permaneceu a assistência judiciária gratuita como uma das poucas garantias asseguradas ao cidadão.

Dezoito anos depois, em 27 de novembro de 1985, é promulgada a Emenda Constitucional nº 26, convocando a Assembléia Nacional Constituinte que, a 5 de outubro de 1988, entrega ao país sua atual Constituição.

5. A assistência judiciária na Constituição de 1988

Perscrutar o passado pode permitir a melhor compreensão do presente e a antevisão do futuro. Assim, a História está repleta de exemplos demonstrativos de que, após um período

de regime de exceção, segue-se um natural período de euforia e ansiedade pelo resgate das liberdades cerceadas.

Destarte, é inevitável recordar, em paralelismo, o que aconteceu ao fim do Estado Novo e à Constituinte de 1946, e ao término do Regime Militar e à Constituinte de 1988. Guardadas as circunstâncias de um e outro momento históricos, a tônica das Assembléias Constituintes foi a busca de consolidação da democracia como opção política a que se pretende dar perenidade, porquanto, em tese, seria produto do exercício da cidadania plena.

Talvez essa seja a explicação para o que se denominou de "Constituição Cidadã". Essa preocupação está presente na própria estrutura organizacional do texto constitucional de 1988, pois pela primeira vez o seu Título I, que sempre fora reservado à "organização nacional" ou "federal", cuidou *Dos Princípios Fundamentais* a serem cultivados e preservados, além de presidirem todas as ações de Estado. Também pela primeira vez, empregou-se a expressão "Estado Democrático de Direito" complementando a definição da forma de governo republicana, tal como se fez inserir no texto do artigo 1º:

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

- I - a soberania;
 - II - a cidadania;
 - III - a dignidade da pessoa humana;
 - IV e V - *omissis*."
- (Grifamos).

Dentro dessa perspectiva, ao longo do texto constitucional constata-se essa preocupação quase obsessiva com a afirmação da cidadania como delimitadora do papel do Estado.

Os direitos e garantias individuais, antes um capítulo que sempre integrara o título *Da Declaração de Direitos*, foi trazido para o pórtico da Constituição dando nome ao seu Título II, além de ter sido alterado significativamente para *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*.

Percebe-se com nitidez os avanços assimilados pela Carta de 1988 que, sem sombra de dúvida, pode ser considerada uma das mais completas do mundo na matéria.

Mantido dentre os direitos e garantias

fundamentais, o instituto da assistência judiciária ganhou nova definição que lhe ampliou consideravelmente o alcance:

“Art. 5º – *omissis*.”

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

Antes o texto constitucional falava em *assistência judiciária*, compreendendo, portanto, apenas a assistência jurídica gratuita em Juízo, exclusivamente no âmbito de ações judiciais. Agora, incumbe ao Estado prestar *assistência jurídica integral* aos necessitados, ou seja, essa assistência passa a ter muito maior abrangência, extrapolando os limites das ações judiciais, pois onde quer que se faça necessária a presença de um advogado, o cidadão comprovadamente necessitado terá direito de invocar a assistência do Estado.

E foi pretendendo dar eficácia a essa garantia fundamental que a Constituição, no seu Título IV, Capítulo IV, ao tratar *Das Funções Essenciais à Justiça*, incluiu a Defensoria Pública:

“Art. 134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”

Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição de 1988, foi sancionada a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que “organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados e dá outras providências”.

Indiscutivelmente, este é um marco na história brasileira da evolução dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, já que a assistência jurídica ao necessitado finalmente é atribuída a uma instituição pública a partir do nível federal e com preceitos orientadores para sua organi-

zação regional.

Em 1º de dezembro de 1994, nomeado pelo Presidente da República Itamar Franco e tendo como Ministro da Justiça o Dr. Alexandre Dupeyrat, tomou posse, com mandato de dois anos (art. 6º, da Lei Complementar nº 80/94), o primeiro Defensor Público Geral da União, Dr. Antonio Jurandy Porto Rosa, escolhido dentre os advogados de ofício do quadro da Justiça Militar. Curioso notar que esses advogados de ofício, juntamente com aqueles que atuam junto ao Tribunal Marítimo, são os primeiros integrantes da Defensoria Pública da União precisamente porque já exerciam suas funções em nível federal, depois de aprovados em concurso público de provas e títulos, e por isso foram aproveitados.

6. *A problemática da definição do destinatário da assistência jurídica gratuita*

Desde os primórdios da assistência judiciária gratuita, hoje assistência jurídica, esteve presente o problema de definição de quais seriam os beneficiários do instituto, isto é, da clientela da Defensoria Pública, pois obviamente, como se trata de um serviço público gratuito, sua prestação deve restringir-se àqueles que efetivamente não possam suportar os custos da contratação de um advogado particular.

Em última análise, a garantia constitucional visa assegurar o acesso indiscriminado à justiça, ou seja, independentemente da condição econômica do cidadão, buscando dar eficácia ao princípio de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*, da CF).

Assim, permitir que aquele que tem condições de pagar um profissional venha a beneficiar-se desse serviço público gratuito é colaborar para o seu enriquecimento ilícito (Lei nº 8.429/92).

Inicialmente, era o “pobre” o destinatário da norma. O termo, extremamente vago e sujeito a subjetivismos, dava margem a inúmeras controvérsias que desembocavam nos tribunais, pois cabia ao juiz a última palavra sobre a concessão da assistência. Posteriormente, tendo em vista a interpretação jurisprudencial, percebeu-se a necessidade de ampliar o alcance do instituto, substituindo-se o “pobre” por “necessitado”, este entendido como toda pessoa impossibilitada de suportar as custas do processo sem sacrificar sua própria manutenção ou de sua família (Decreto nº 2.457, de 8.2.1897, *supracitado*).

Mas, até então, o legislador tinha em vista precipuamente a isenção das custas processuais, não obstante o papel desempenhado pelas defensorias públicas nos estados.

Mais de meio século se passou, desde o Decreto nº 2.457, até que viesse a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, procurando definir a condição de "necessitado" como aquele cuja situação econômica não lhe permita arcar com as custas do processo e com os *honorários de advogado*, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, tal como se extrai do seu art. 2º, parágrafo único.

A mesma lei prevê que o pedido de assistência deve ser endereçado ao juiz da ação, instruído com um *atestado de pobreza*, a quem cabe decidir sobre a concessão do benefício.

Salvo pequenas alterações não-substanciais, é ainda a Lei nº 1.060/50 que regula a matéria, dando margem a intensa polêmica não só entre os estudiosos e profissionais do ramo, como nos tribunais, principalmente depois da edição da Lei Complementar nº 80/94, que organizou a Defensoria Pública.

Ora, não é difícil perceber as transformações experimentadas pelo País ao longo de quarenta e cinco anos, bastando lembrar que a população praticamente triplicou (éramos cerca de 52 milhões em 1950). A exigência de um simples *atestado de pobreza*, fornecido pela *autoridade policial*, é por si só inidônea para comprovação da condição de *necessitado*.

Ademais, a Lei Complementar nº 80/94 estabeleceu como princípio norteador da atividade da Defensoria Pública a *independência funcional*, nos termos dos seus arts. 3º e 43, inciso I, *derrogando* a Lei nº 1.060/50 quando determina que o interessado em obter a assistência jurídica gratuita deve requerê-la ao *juízo competente*.

Portanto, urge que o legislador corrija essa situação anacrônica, editando um novo diploma sintonizado com a nossa realidade sócio-econômica, dirimindo as divergências de entendimento que começam a se propagar pelos tribunais e, acima de tudo, esclarecendo o destinatário desse serviço público gratuito.

7. Conclusão

Segundo dados do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – o Brasil tem hoje cerca de 12% de sua população constituída de "pobres indigentes", o que significa 16,6 milhões de pessoas! Esse número assustador se multiplica calamitosamente se tivermos em vista que a clientela potencial das defensorias públicas é composta pela faixa da população que

não pode arcar com as despesas de contratação de um advogado.

Recorde-se mais que as questões do menor, da população carcerária, das pequenas causas, do consumidor lesado, além de outras, também deveriam passar pela Defensoria Pública, pois estão incluídas entre suas funções institucionais (art. 4º, da LC nº 80/94).

Sem embargo das iniciativas governamentais para tentar reverter esse quadro de falência do Poder Judiciário, como por exemplo a recente edição da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais para pequenas causas, até agora não se conseguiu implantar a Defensoria Pública, com seus quadros, infra-estrutura e remuneração condizentes com as demais funções essenciais à justiça, o que repercute diretamente nos estados da Federação, comprometendo toda a estrutura judiciária.

Essa realidade atesta que, no Brasil do fim do segundo milênio, o direito fundamental de acesso do pobre à justiça foi apenas proclamado. Para torná-lo efetivo basta vontade política.

Enquanto o crime organizado e a violência vão tomando conta dos grandes centros urbanos e particularmente das penitenciárias e delegacias abarrotadas, o Estado se omite mesmo tendo à mão um instrumento de amplo alcance social, como as defensorias públicas, que podem ser um aliado eficaz na reversão dessa perspectiva sombria.

Ignora-se a bem sucedida experiência americana de opção pelo "advogado público" como agente de combate à pobreza – *Legal Services Corporation* – já a caminho de sua disseminação através dos "escritórios de vizinhança", localizados em centros comunitários de contato direto com a clientela necessitada.

São decorridos mais de sete anos da promulgação da "Constituição Cidadã" sem que o Estado tenha assumido o pragmatismo indispensável à viabilização da cidadania plena, principal alicerce do regime democrático. O sentimento de frustração e descrédito prolifera nas camadas mais pobres, motivando a solução marginal de conflitos de interesses. Corremos o risco de, ao despertarmos para a nossa dura realidade, termos perdido um tempo irre recuperável.

Dois mil anos depois, a sentença de Ovídio soa com surpreendente atualidade: *Cura pauperibus clausa est* ("O tribunal está fechado para os pobres").

Bibliografia

- ATAVILA, Jayme de. *Origens dos Direitos dos Povos*, 3ª ed., Melhoramentos.
- CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*, 11ª. ed., Atlas, São Paulo, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro e Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*, Fabris, Porto Alegre, 1988.
- CRUZ, Guilherme Braga da. *História do Direito Português*, Coimbra, 1955.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do Processo do Estado da Bahia Annotado*, Livraria Catilina.
- GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do Direito Português*, 2ª ed., Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991.
- JUNQUEIRO, Guerra. *A Velhice do Padre Eterno*, Publicações Europa – América, Portugal, 1995.
- MEHESZ, Cornel Zoltan. “Los Defensores en el Litigio Romano”, revista jurídica argentina *La Ley* (abr./jun. 1962), v. 106.
- MESSITE, Peter. *Assistência Judiciária no Brasil: Uma Pequena História*, Revista dos Tribunais, 1968.
- PLUTARCO. *Vidas Paralelas*, Ed. Paumape, São Paulo, 1991.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, 2ª. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.
- THOMAZ, Manoel Fernandes. *Repertório Geral, ou, Índice Alfabético das Leis Extravagantes do Reino de Portugal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1843.

Abuso do poder político e manipulação da máquina administrativa com fins eleitorais

RICARDO RODRIGUES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Clientelismo e patronagem como antecedentes. 3. Dimensão e natureza do problema no Brasil hoje. 3.1. A manipulação do calendário de obras. 3.2. A questão do empreguismo. 3.3. Publicidade governamental. 3.4. Uso de bancos oficiais. 4. O problema em perspectiva comparada: o caso dos Estados Unidos. 5. A legislação que coíbe o abuso do poder político no Brasil e suas limitações. 6. Conclusões.

1. Introdução

A manipulação da máquina administrativa pelos partidos governistas integra o acervo de suspeitas que comumente permeiam o clima político no Brasil em época de eleição. Da mesma forma como dificilmente ocorrem eleições sem denúncias de fraude em determinadas localizações, raramente acontecem pleitos, majoritários ou proporcionais, sem que se levantem suspeitas de abuso do poder político e manipulação da máquina governamental em favor de candidatos governistas.

No caso das fraudes, muitas vezes suas denúncias são, de fato, constatáveis, cabendo à Justiça Eleitoral determinar a impugnação de urnas, quando a fraude tem dimensão reduzida, ou mesmo anular a própria eleição, quando se comprova que a fraude apresenta uma escala mais ampla. O Rio de Janeiro nos dá o exemplo mais recente do último caso. Em 1994, as eleições no Estado tiveram que ser parcialmente anuladas após a constatação de fraude generalizada, envolvendo o suborno de mesários e escrutinadores em vários distritos eleitorais.

A comprovação de manipulação da máquina administrativa com fins eleitorais, por sua vez, constitui um problema bem mais complexo. Não há provas flagrantes e, mesmo quando estas

Ricardo Rodrigues é Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados, é Jornalista graduado pela California State University, Northridge, e Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco.

existem, elas, na maioria das vezes, beiram o universo do intangível. Como provar, por exemplo, que as inaugurações de certas obras do governo se realizam durante o período de campanha eleitoral apenas para ajudar o candidato situacionista? Como provar que o governo estaria abusando de retiradas financeiras de seus respectivos bancos estaduais em época de eleição, com o intuito de promover sua administração, e na esteira desses recursos e dessa promoção, favorecer seu candidato à sucessão? Como provar que a publicidade institucional do governo constitui, em tempos de eleição, propaganda política adicional, paga com dinheiro do contribuinte, para os candidatos ligados à administração?

A dificuldade em corroborar tais suspeitas com provas irrefutáveis é, talvez, uma das fortes razões para que a manipulação da máquina administrativa tenha subsistido a muitas iniciativas legislativas voltadas a contornar o problema. Pelo menos no Brasil, a manipulação não mais existe na proporção e na forma de quatro décadas atrás. Hoje, a igualdade jurídica do processo eleitoral brasileiro é inquestionável. Palavras como *voto de cabresto* e *curral eleitoral* desapareceram de nosso vocabulário político. A manipulação da máquina de governo tornou-se mais complexa, mais tênue e, por essa razão, mais difícil de se identificar.

Neste estudo, analisamos algumas das características mais marcantes do abuso de poder político representado pela manipulação da máquina administrativa com fins eleitorais. Para efeito de comparação, traçamos paralelos entre a situação brasileira e a realidade nos Estados Unidos. Discutimos, ainda, os avanços alcançados por nossa legislação e, por fim, sublinhamos as limitações do atual sistema político brasileiro em coibir a manipulação abusiva do aparelho administrativo por dirigentes interessados em beneficiar partidos e candidatos específicos.

2. Clientelismo e patronagem como antecedentes

Em seu estudo comparativo sobre a manipulação administrativa com fins políticos, Eva Etzioni-Halevy nos mostra que o fenômeno, visto sob a perspectiva histórica, não pode ser considerado um problema exclusivo de democracias emergentes ou pouco consolidadas. Ela explica que o problema existiu de forma preponderante em países como os Estados Unidos, a

Inglaterra, a Austrália e Israel.¹ Nos Estados Unidos, por exemplo, a política no nível municipal foi, até final dos anos quarenta, dominada por "máquinas políticas" e *bosses*. Segundo Michael Johnston, uma "máquina política", no modelo encontrado nas cidades norte-americanas da época,

"era uma organização partidária dentro da qual o poder era altamente centralizado, e seus membros eram atraídos a ela por incentivos materiais ao invés de ideologia ou objetivos de longo prazo baseados em políticas públicas. Esses incentivos – dinheiro, presentes, empregos, contratos e favores – eram usados para construir uma organização que obtinha votos em número suficiente para obter e manter controle sobre a autoridade pública".²

Alguns dados mais recentes indicam, contudo, que embora expressivamente reduzida, a incidência das chamadas "máquinas políticas" nos Estados Unidos não foi abolida. Numa pesquisa de 1973, Raymond Wolfinger confirmou a existência e o poder de uma dessas "máquinas" no Estado de New Haven.³ Sua prática política clientelista, porém, mostrava-se bem menos evidente do que a prática vigente na década de quarenta, explorando falhas na própria legislação criada para coibir o clientelismo.

No Brasil, o *bossism*, ou seja, a patronagem, teve seu apogeu no início do século, com a prática do coronelismo. Segundo Nunes Leal, o pacto do coronelismo consistia no seguinte: da parte dos coronéis, apoio incondicional aos candidatos oficiais nas eleições estaduais e federais; da parte do governo estadual, carta branca para os coronéis em todas as questões que se relacionavam com o município, incluindo a nomeação de funcionários estaduais ali.⁴

A prática da patronagem e da política da "máquina administrativa" não arrefeceu com a chegada de novos tempos na paisagem política brasileira. Do chamado período populista até o

¹ ETZIONI-HALEVY, Eva. *Manipulação política e poder administrativo; um estudo comparativo*. (Rio de Janeiro: Zahar, 1982).

² JOHNSTON, Michael. Patrons and clients, jobs and machines: a case study of the uses of patronage. *The American Political Science Review*, v. 73, nº 1, march 1979, p. 385.

³ WOLFINGER, Raymond. *The Politics of progress*. (Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1973).

⁴ NUNES LEAL, Victor. *Coronelismo, enxada e voto*. (São Paulo: Alfa Ômega, 1975), pp. 49-50.

período de autoritarismo no País, por exemplo, uma máquina política obteve projeção nacional no Rio de Janeiro. Trata-se da “Corrente Chaguista”, do Governador Chagas Freitas, que teve predomínio no Estado entre 1966 e 1978. De acordo com Carlos Estevam Martins, a máquina chaguista consistia

“num circuito muito diferenciado, mas centralmente controlado, em que a apropriação de poderes e a distribuição de favores se casavam e se realimentavam. Os participantes do sistema formavam um conjunto que, à primeira vista, parecia disparatado, visto que incluía de tudo, do tubarão ao favelado, do líder religioso ao meliante, do oposicionista ao situacionista, do indivíduo disperso ao grupo comunitário. Igualmente variada era a lista do que se pedia e do que se dava: bicas d’água e isenções fiscais, internações hospitalares e contratos de fornecimento, policiamento e impunidade”.⁵

Da “máquina chaguista” para o abuso da “máquina administrativa”, como observamos hoje, há uma distância considerável. “Métodos” foram se tornando mais intrincados até porque as exigências legais tornaram menos eficazes as formas de abuso mais evidentes. Surgiram “trens da alegria”, superfaturamentos de contratos, e, sobretudo, a publicidade institucional, como fórmulas mais modernas de se dar continuidade à política da troca de favores e de se favorecer partidos e candidatos em embates eleitorais.

3. Dimensão e natureza do problema no Brasil hoje

Além do empreguismo, que é a forma mais comum do clientelismo no Brasil, podemos identificar, no mínimo, três outras manifestações do fenômeno do uso eleitoral da máquina administrativa: a manipulação do calendário de obras, o uso quase irrestrito de recursos de bancos oficiais (especialmente bancos estaduais) e a veiculação de publicidade governamental. O fato de tais manifestações existirem no Brasil da atualidade, não significa que os legisladores brasileiros não tenham se preocupado com seu efeito negativo no processo democrático. De fato, o Brasil conta com significativos avanços nessa área, especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988. Contudo, o uso

eleitoral da máquina administrativa persiste, embora de forma cada vez mais sutil.

3.1. A manipulação do calendário de obras

Durante a campanha de Fernando Henrique Cardoso à Presidência da República, dois episódios envolvendo os então Ministros Alexis Stepanenko e Aluizio Alves colocaram em discussão o problema do uso da máquina estatal em favor de candidato governista. No primeiro episódio, a imprensa toma conhecimento de um bilhete assinado pelo então Ministro das Minas e Energia, Alexis Stepanenko pedindo a liberação privilegiada de verbas para uma determinada obra, a eletrificação em Sinop. Segundo a revista *Veja*,

“no dia 8 de julho, FHC estivera em Mato Grosso visitando a cidade de Sinop e prometeu lutar por energia elétrica para a região. Dezoito dias depois, o (então) Presidente (Itamar Franco) declarou a região em estado de calamidade, o que permite liberar verbas a jato. Mais seis dias e Stepanenko mandou ao colega Beni Veras, do Planejamento, um bilhete pedindo a liberação de 15,5 milhões de reais para a eletrificação. Dizia o bilhete:

“Trata-se de compromisso do Presidente, de FHC e meu.”⁶

Ainda segundo a *Veja*, há outro bilhete de Stepanenko, datado de 28 de julho de 1994, onde o Ministro solicitava ao seu secretário de energia que inaugurasse a usina de Xingó antes das eleições, e um terceiro, de agosto, pedindo para o Ministério “rever/prever grandes eventos da Pasta até as eleições”.⁷

No episódio que envolveu Aluizio Alves, o Ministro foi questionado por repórteres, em agosto de 1994, se o projeto de transposição das águas do rio São Francisco teria uma finalidade eleitoral. A resposta de Alves foi taxativa:

“Se os aplausos se traduzem em votos, melhor!”⁸

Naturalmente, estes dois episódios representam apenas a ponta do *iceberg*. A prática de agendar a inauguração de obras politicamente estratégicas em tempo de campanha encontra guarida nos governos de todos os níveis, e não apenas no nível federal. Afinal, não deveria ser uma prerrogativa do Poder Executivo decidir a melhor época para se concluir uma determinada obra?

⁵ MARTINS, Carlos Estevam. Prefácio. In: DINIZ, Eli. *Voto e máquina política; patronagem e clientelismo no Rio de Janeiro*. (São Paulo: Paz e Terra, 1982), p. 18.

⁶ “O Trator de Itamar Franco”. *Veja*, ano 27, nº 35, 31 de agosto de 1994, p. 35.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

A prática da manipulação do calendário de obras para fins eleitorais constitui abuso de poder econômico e de autoridade, além de flagrante deslealdade eleitoral que reduz a suposta igualdade dos candidatos perante a decisão das urnas. A Lei das Inelegibilidades prevê a cassação de registro ou mesmo de um futuro mandato para casos semelhantes. Mas o difícil é precisamente comprovar o abuso de autoridade prevista na lei e, como aconteceu com os dois Ministros, a investigação do TSE termina sem resultados concretos.

3.2. *A questão do empreguismo*

Com os incisos I e II do art. 37 da Constituição de 1988, os constituintes almejavam cortar pela raiz um mal que corrompia o sistema político brasileiro até antes da proclamação da República: o empreguismo. Segundo o artigo e tais incisos,

"A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

De uma certa forma, este instrumento constitucional atingiu em cheio os objetivos dos constituintes. A redução nas contratações eleitoreiras de funcionários foi drástica a partir de 1988. Mas ela não foi completamente eliminada, como seria de se esperar. Os dirigentes políticos buscaram artifícios para dar prosseguimento à prática empreguista sem que tivessem de ferir a lei. Um desses artifícios foi a contratação através das estatais.

O Governo de São Paulo, por exemplo, não deixou de empregar o que a *Folha de São Paulo* chamou de "afilhados", apesar da barreira constitucional. Em meados de 1990, durante a campanha eleitoral, a administração Orestes Quércia fez uso de uma estatal, a Companhia Paulista de Força e Luz, para contratar 207 funcionários, oriundos de indicação política, sem concurso público. Segundo a *Folha*, a empresa alegou

que, "por ser mista e regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não haveria a obrigatoriedade de concurso público" para realizar suas contratações.⁹

Quércia ainda contratou 15.210 funcionários para as estatais em São Paulo por meio de outro artifício, o recrutamento através de empresas locadoras de mão-de-obra. Na gestão de seu sucessor, o Governador Luis Antonio Fleury Filho, 14.367 novos funcionários foram contratados da mesma maneira.¹⁰

Apesar do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ter sugerido concurso público para o preenchimento das vagas ocupadas pelos funcionários não-concursados, a manobra de Quércia e de Fleury não pode ser considerada irregular. Não há nada de ilegal no fato de uma empresa, mesmo que de economia mista, contratar uma outra empresa e esta última lhe ceder funcionários. Não há como provar a ligação entre as contratações e as campanhas de Fleury para o Governo em 1990 e Quércia para a Presidência em 1994.

Recentemente, outro caso ocupou as manchetes nos jornais do País. Trata-se da regularização de contratações irregulares de cerca de 12 mil funcionários por parte dos Governos dos ex-territórios, principalmente nos atuais Estados do Amapá e de Rondônia. O *Jornal do Brasil*, por exemplo, chamou o episódio de o maior *trem-da-alegria* da história do País. Segundo o jornal, uma investigação feita pela Polícia Federal comprovou que milhares desses funcionários foram contratados exatamente no dia 4 de outubro de 1988, isto é, precisamente um dia antes da promulgação da Constituição. O jornal ainda cita casos absurdos, como a "contratação de um médico que ainda estava cursando a faculdade".¹¹

3.3. *Publicidade governamental*

A necessidade de o cidadão conhecer os programas e as atividades do Governo por ele eleito foi o princípio que norteou a introdução da publicidade governamental no Brasil. Na justificativa de um projeto de lei que estabelecia, em 1951, as normas para a publicidade do Governo no País, Bilac Pinto afirmava que

⁹ Quercismo usa estatal para empregar "afilhados". *Folha de São Paulo*, 19 de setembro de 1990, p. B-3.

¹⁰ Fleury incha estatais com 14 mil temporários. *Folha de São Paulo*, 12 de março de 1994, p. I-15.

¹¹ SAF investiga o maior "trem-da-alegria". *Jornal do Brasil*, 2 de outubro de 1993, p. 2.

“se o poder político emana do povo e se as eleições gerais são como que formas plebiscitárias, mediante as quais os eleitores escolhem os candidatos que representam um programa de governo, cumpre assegurar a essa enorme massa de cidadãos um adequado serviço de informações acerca da maneira pela qual os eleitos cumprem os seus mandatos e dão execução aos seus compromissos programáticos”.

Bilac Pinto propunha, um

“regime de ampla publicidade, que caracteriza o governo democrático, impõe aos responsáveis pela direção do governo o dever de manter a opinião pública permanentemente inteirada de todas as suas atividades”.¹²

Porém, ao invés de canal de informações públicas objetivo e isento, a publicidade governamental transformou-se em instrumento de *marketing* de políticos, partidos e governos. Através da publicidade governamental, que passou a ocupar lugar preponderante nas contas de veículos de comunicação e de agências de propaganda, subvertia-se a igualdade de condições de candidatos nas eleições, colocando em vantagem evidente os candidatos patrocinados por governadores, prefeitos, presidentes e ministros.

Conscientes do problema, os constituintes de 1988 também inseriram no texto da Constituição um dispositivo que devolvesse à publicidade institucional seu caráter de canal isento de informação pública. O art. 37 em seu *caput* arrola como princípios da administração pública, em todos os níveis, a impessoalidade e a publicidade. Mas, não detendo-se a princípios genéricos sobre o assunto, a Constituição ordena e fixa, ainda, os limites e contornos que a publicidade governamental deveria apresentar. Segundo a redação do § 1º do art. 37,

“A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos.”

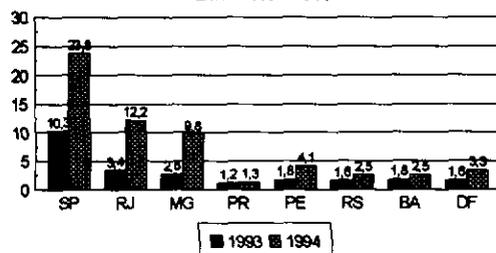
Dessa forma, pretendia-se com a proibição absoluta da personalização na publicidade

¹² PINTO, Bilac. Publicidade governamental (Projeto de lei nº 1064/1951). *Revista Forense*, v. 141, nºs 587-588, maio-junho de 1952, p. 552.

institucional sustar o uso indevido do dinheiro do contribuinte para promover autoridades com ambições políticas. Mas, se esse dispositivo constitucional contribuiu para reduzir o abuso na publicidade governamental, certamente não conseguiu eliminar a manipulação. Sob o objetivo de realizar uma prestação de contas das obras do governo, a publicidade governamental faz a promoção da administração e, indiretamente, promove aqueles candidatos mais identificados com o governo. Subliminarmente, a propaganda do governo funciona como se sussurrasse para os eleitores o seguinte: “veja o quanto realizamos: se você quer a continuidade desses projetos, é melhor votar em nosso candidato”.

Não fosse um instrumento de política partidária, a publicidade institucional dos governos não aumentaria em períodos eleitorais. Mas, em alguns casos, governos estaduais chegam a triplicar seus gastos com propaganda em ano eleitoral, como averiguou a *Folha de São Paulo*. Segundo o jornal, levantamentos da *Nielsen Serviços de Mídia* comprovam que alguns Estados aumentaram significativamente seus gastos com propaganda entre 1993 e 1994. O Estado do Rio de Janeiro registrou o maior aumento, multiplicando seus gastos com propaganda em 3,6 vezes. Depois, vem Minas Gerais, com gastos 3,5 vezes maiores.¹³

AUMENTO DA PUBLICIDADE EM ANO ELEITORAL
Em milhões de US\$



Fonte: Nielsen Mídia, 1995

Esses números refletem apenas os gastos em propaganda que são realizados diretamente pelo governo. Não estão incluídos aqui os gastos de bancos estaduais e empresas estatais que costumam ter suas verbas próprias de publicidade e costumam colaborar com as imagens de governadores e candidatos.

Segundo a *Folha*, o Banespa, que é o maior anunciante oficial não pertencente à rede de

¹³ NATALI, João Batista. Governos chegam a triplicar gastos com propaganda em ano eleitoral. *Folha de São Paulo*, 16 de março de 1995.

estatais da União em São Paulo, gastou com propaganda 27,4 milhões de dólares em 1991, 31,5 milhões de dólares em 1992, 31,4 milhões de dólares em 1993 e, no último ano de Fleury, isto é, em plena campanha eleitoral, os gastos com propaganda saltaram para 43,6 milhões de dólares.¹⁴

3.4. *Uso de bancos oficiais*

O uso indevido que os governos estaduais fazem de suas instituições financeiras públicas não é segredo para ninguém. Segundo a revista *The Economist*, os governos estaduais do Brasil há muito vivem além de suas condições, usando os bancos do Estado como cofres particulares.

"Esses bancos nasceram em uma época em que o crédito era escasso para financiamento dos desenvolvimentos básicos, estradas, pontes, barragens e agricultura. Então as coisas saíram do controle. Começaram a angariar não para desenvolvimento, mas sim para seus principais clientes, os governadores do Estado, especialmente nas vésperas das eleições".¹⁵

A partir de 1982, o problema da sangria de dinheiro público dos bancos estaduais vem se agravando, segundo a revista *Veja*,

"quando os governadores esbanjaram dinheiro público para eleger seus sucessores. Desde então, vem-se repetindo a mesma cena: o governo gasta, o banco estadual empresta, o Banco Central cobre a conta e o contribuinte paga a fatura".¹⁶

Esse era o caso até a criação do Real. Hoje, o Banco Central mostra-se bem menos tolerante com os abusos dos governos estaduais e tem demonstrado pouca hesitação em intervir nos bancos estaduais.

Isto foi precisamente o que aconteceu com o *Banerj* e o *Banespa*, duas das maiores instituições estatais financeiras no País. No *Banerj*, o rombo chegava em dezembro de 1994 a quase 85% do seu patrimônio e os gastos superavam a receita em oito vezes; no *Banespa*, o débito era, na mesma época, de 2,3 bilhões de reais.¹⁷

Para entender a ligação da atual situação de penúria dos bancos estaduais com os abusos

por parte de governadores, basta analisar o caso do *Banespa*. O governo paulista e suas estatais são os principais devedores do banco. Ao todo são 9,7 bilhões de reais. Desses, 2,8 bilhões correspondem a duas antecipações de receita, realizadas pelo ex-governador Orestes Quércia, em setembro e em dezembro de 1990, isto é, antes e após a eleição em que conseguiu fazer seu sucessor.¹⁸ O ex-governador Luis Antonio Fleury Filho tomou outros 3,4 bilhões de reais no banco e não pagou.

Em outra reportagem sobre o *Banespa*, a *Veja* afirma que os governos Quércia e Fleury usavam o banco como se este fosse um caixa pessoal, de onde poderiam arrebatar milhões de dólares, fazer negócios e pendurar a conta.

"Quércia inaugurou o ataque no final do seu mandato, tomando mais de 600 milhões de reais emprestados, na época em que Fleury era candidato ao Palácio dos Bandeirantes. 'Quebrei o Estado, mas elegi meu sucessor', disse ele, à época".¹⁹

4. *O problema em perspectiva comparada: o caso dos Estados Unidos*

Não é fácil para os governantes utilizarem o aparato oficial em favor de si próprio ou de um candidato de sua preferência sem que alguém na sociedade norte-americana descubra e denuncie. De acordo com a revista *Veja*, a legislação norte-americana é clara, funciona e pune quem a desrespeita. No caso da manipulação do calendário de obras com vistas a ganhar benefícios eleitorais, não existe uma lei específica fixando regras a esse respeito.

"Inaugurações de obras em fim de mandato são mal vistas pelos eleitores e, por isso mesmo, não fazem sucesso entre candidatos".²⁰

Para o caso do envolvimento de funcionários públicos em campanhas eleitorais, entretanto, existe uma lei que fixa normas, a Lei Hatch (*Hatch Act*). Trata-se do nome popular de dois estatutos federais que restringem a participação de funcionários públicos em atividades políticas. O primeiro estatuto, datado de 1939, estendia a restrição a todos os funcionários federais pertencentes ou não ao sistema de mérito (concursos). O senador Carl Hatch, autor da iniciativa, temia que, com a criação de inúmeras novas agências governamentais den-

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Instituições financeiras são cofres particulares para governos no Brasil. *Gazeta Mercantil* (traduzido do *The Economist*), 3 de fevereiro de 1995, p. 20.

¹⁶ Má-fé no cálculo. *Veja*, 14 de abril de 1993, p. 89.

¹⁷ *Jornal do Brasil*, 31 de dezembro de 1994, p. 5 (negócios & finanças).

¹⁸ A Sombra do *Banespa*. *Veja*, ano 28, nº 8, 22 de fevereiro de 1995, p. 94.

¹⁹ *Veja*, 22 de março de 1995, p. 28.

²⁰ O efeito-máquina. *Veja*, ano 27, nº 37, 14 de setembro de 1994, p.36.

tro do programa do *New Deal*, o envolvimento de funcionários nas atividades políticas pudesse levar ao desenvolvimento de uma gigantesca "máquina política nacional". Segundo a *Veja*, o senador Hatch propôs a legislação após a publicação de uma série de artigos na imprensa que "mostravam como a administração de Franklin Roosevelt estava usando uma agência federal, a *Works Progress Administration*, para apoiar a candidatura de senador amigo do presidente".²¹

O segundo estatuto, de 1940, estendeu as restrições do primeiro aos funcionários estaduais cujas repartições recebessem verbas federais. A Lei *Hatch* também proíbe que as campanhas eleitorais aceitem doações de empresas que fazem negócios com o governo, como, por exemplo, as empreiteiras.

Muitos Estados americanos acompanharam a iniciativa federal e promulgaram suas próprias versões para a proibição federal à participação de funcionários públicos em atividades políticas partidárias.²²

O empreguismo foi a regra na burocracia federal anterior a 1883. Embora os fundadores da República nos Estados Unidos acreditassem nas virtudes de um funcionalismo público não-partidário, e que "diferença de opinião política não deveria ser um motivo para a demissão", o sistema que florescia até aquela data era o chamado *spoils* (sistema de patronagem). A Lei *Pendleton*, de 1883, veio mudar esta realidade, criando a Comissão de Serviço Civil dos Estados Unidos que gerenciaria o sistema de mérito para o recrutamento e promoção de funcionários.²³

Em 1978, uma nova reforma do serviço público é realizada e subdivide a Comissão em duas agências: O Escritório de Gerenciamento de Pessoal e o Conselho Independente de Proteção ao Sistema de Mérito. Com a nova reforma ficava consolidado o sistema de mérito para recrutamento e promoção de funcionários e criavam-se novos instrumentos para profissionalizar e melhorar o desempenho do serviço público.²⁴

É de longa data a postura crítica dos legisladores norte-americanos em relação à publicidade governamental no país. A primeira lei federal refletindo essa postura data de 1908, a

Emenda Mondell, que proibia a utilização de recursos federais pelo Ministério da Agricultura para "pagar em parte ou no seu todo pela preparação de matérias para jornais e revistas".²⁵ Em 1913, o deputado Frederick Gillette toma conhecimento de um anúncio recrutando um especialista em publicidade para o Ministério da Agricultura que deveria assegurar a publicação de matérias em vários periódicos e jornais, sobretudo do interior. Ele então propôs uma lei que garantisse que

"nenhum recurso do orçamento fosse usado para pagamento de salário de qualquer especialista em publicidade a não ser que especificamente aprovada (pelo Congresso) para aquele propósito".²⁶

A lei pública 100-204, de dezembro de 1987, é talvez a mais restritiva das leis americanas que tratam do assunto. Ela basicamente proíbe a utilização de recursos do governo para "(1) publicidade ou propaganda dirigida a apoiar ou derrotar legislação em discussão no Congresso; dirigida a influenciar, de qualquer forma, o resultado de uma eleição política nos Estados Unidos, ou (2) qualquer publicidade ou propaganda não autorizada pelo Congresso".²⁷

A medida que as exigências de informação pública foram crescendo nos Estados Unidos, o Congresso foi abrindo o leque de autorizações, na forma da lei, permitindo a publicidade de programas governamentais. Com a queda do serviço militar obrigatório, por exemplo, as forças armadas tiveram permissão para contratar agências de propaganda e veicular anúncios que contribuíssem para seu esforço de recrutamento. Em 1977, o orçamento de publicidade do Ministério da Defesa era superior a 27 milhões de dólares.²⁸ Atualmente, várias agências, tais como o Serviço de Correios e o Serviço Florestal, desfrutam deste tipo de permissão, de tal modo que já em 1978 o governo federal detinha a 25ª colocação entre os maiores anunciantes do país.²⁹

Não existe uma lei específica que regulamente a publicidade oficial nos Estados Unidos; o que existem são leis esparsadas que normatizam

²⁵ HEROLD, David. Historical perspectives on Government Communication. In: HELM, Lewis et alii. *Informing the people: a public affairs handbook*. (New York: Longman, 1981), p. 15.

²⁶ Ibid.

²⁷ Pub. L. 100-204, title I, § 109, Dec. 22, 1987, 101 Stat. 1339.

²⁸ Ibid, p. 19.

²⁹ RABIN, Kenneth. *The rising role of advertising*. In: HELM, Ibid, p. 144.

²¹ Ibid.

²² SHAFRITZ, Jay M. *Dictionary of American Government and Politics*. (Chicago: Dorsey, 1988), pp. 261-262.

²³ Ibid, pp. 103-104.

²⁴ Ibid, pp. 104-105.

diferentes aspectos da questão. Vale notar, entretanto, que a publicidade governamental é encarada tanto pelo Congresso como pelos eleitores com um alto grau de desconfiança. Anúncios com prestação de contas do Governo ou relatos de inauguração de obras inexistem na comunicação governamental nos Estados Unidos. É proibido ao Governo (Poder Executivo) operar emissoras de TV ou rádio dentro do território norte-americano. *A Voz da América* não é uma exceção a essa regra. Ela só pode transmitir para o exterior.

Como bem colocou William Robson, em 1940, a

“linha que separa a publicidade governamental justificável em termos de necessidades e eficiência administrativas do tipo de propaganda (política) que pode levar a regimes totalitários e ao declínio da democracia é extremamente difícil de se discernir”.³⁰

Por fim, não há o que falar com respeito a bancos estatais nos Estados Unidos. Ao contrário do que ocorre no Brasil, na Suíça, na Alemanha, na França e na Itália, entre outros países, não existem bancos oficiais estaduais nos Estados Unidos.

5. A legislação que coíbe o abuso do poder político no Brasil e suas limitações

As normas que tratam do abuso do poder político e da manipulação da máquina estatal com fins eleitorais podem ser encontradas espalhadas no texto de várias iniciativas legislativas. Destacam-se entre elas, a Constituição de 1988, o Código Eleitoral, a Lei de Inelegibilidades, a Lei nº 6.091/74, a Lei nº 8.713/93 e, por fim, a Lei da Improbidade Administrativa.

Na Constituição, como já foi mencionado, o art. 37 aborda tanto o problema do emprego como o da propaganda governamental. No inciso II, é vedada a investidura em cargo ou emprego público sem a devida aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ficando ressalvadas as nomeações para cargo em comissão.

A inserção dessa regra no texto constitucional tem-se mostrado eficaz. Reduziram-se de forma significativa os episódios envolvendo a contratação irregular. Hoje, os *trens-da-alegria* já não circulam pelos trilhos do País com a facilidade de antes da promulgação da Constituição. Infelizmente, como nossa análise comprovou, ainda persistem tentativas de se burlar este

dispositivo constitucional, através da terceirização de serviços antes realizados por funcionários efetivos.

O § 1º do mesmo artigo lida também com a questão da publicidade institucional. A redação desse parágrafo deixa claro que a “publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos” deverá ter um caráter eminentemente informativo e dela não poderão constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Aqui, o texto busca coibir o uso eleitoral de peças publicitárias do governo, tais como prestações de contas, inaugurações etc., que tentem identificar as obras do governo com um ou mais candidatos da preferência dos governantes.

De fato, este dispositivo da Constituição tem conseguido barrar a veiculação de flagrantes abusos na propaganda governamental. Persistem, contudo, as propagandas que, mesmo sem constar nomes ou símbolos, ainda promovem sobremaneira o governante, pelo simples fato de estar ele à frente da administração, e indiretamente ajudam na eleição do sucessor por ele indicado. Isto se dá porque a publicidade institucional, na maioria dos casos, não se limita a informar a população, procurando persuadir os eleitores da eficácia e eficiência do governo em questão, e assim ganhar seu apoio na manutenção da continuidade das políticas.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992³¹, a Lei da Improbidade Administrativa, também pode ser aplicada em relação ao problema da propaganda governamental e do empreguismo. No primeiro caso, o mencionado diploma legal considera como atos de improbidade administrativa “ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento” (art. 10, IX), como também “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra da competência” (art. 11, I). Ora, em primeiro lugar, nossa pesquisa evidenciou a escalada extraordinária dos gastos com publicidade institucional em períodos eleitorais. Em segundo lugar, ressaltamos que mesmo sem conter nomes ou símbolos, muitas das peças de propaganda governamental têm pouco a ver com a informação ou educação da população, como prevê a Constituição, e muito mais a ver com a promoção pura e simples dos próprios governos.

³⁰ ROBSON, William. Government publicity. *The Political Quarterly*, v. 11, nº 1-4, 1940, p. 226.

³¹ *Diário Oficial*, ano CXXX, nº 105, 3 de junho de 1992, pp. 6993-6995.

No segundo caso, o inciso V do art. 11 reitera o disposto na Constituição acerca do instituto do concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, considerando como "ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições", inclusive o de "frustrar a licitude de concurso público".

Fábio Konder Comparato nos diz que as sanções para esses abusos "vão desde o ressarcimento integral do dano aos cofres públicos à suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, sem prejuízo das penas criminais".³²

O Código Eleitoral, por sua vez, contém dispositivos voltados a reduzir o impacto do poder político em dois de seus títulos: das garantias eleitorais e dos crimes eleitorais. O art. 237 prevê que

"A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos".³³

Trata-se, entretanto, de um enunciado muito genérico, que não detalha o que constituiria um abuso do poder da autoridade e que, por essa razão, termina por perder sua eficácia. Por sua vez, o art. 300 prevê pena de detenção de seis meses e pagamento de 60 a 100 dias-multa para o servidor público que se valer da sua autoridade para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido.³⁴

A Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a chamada Lei de Inelegibilidades, aborda a questão do abuso do poder político logo em seu primeiro artigo. A alínea g do inciso I deste artigo prevê a inelegibilidade para qualquer cargo para

"os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data de decisão".

³² COMPARATO, Fábio Konder. Onde está o Ministério Público? *Folha de São Paulo*, 19 de março de 1995.

³³ Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. *Legislação eleitoral & partidária*. (Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994), p. 97.

³⁴ *Ibid.*, p. 107.

A alínea h do inciso I, por outro lado, prevê o mesmo tipo de inelegibilidade para

"os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença transitada em julgado, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo".³⁵

Por fim, o art. 19 dessa lei complementar determina que

"As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais",

enquanto que o art. 21 determina que as transgressões a que se refere o art. 19 serão apuradas mediante "procedimento sumaríssimo de investigação judicial".³⁶

Em seu conteúdo, os dispositivos dessa lei complementar são relevantes ao processo de se coibir o abuso do poder político. Mas, infelizmente, a realidade tem-se distanciado do ideal prescrito pela lei. Excetuando-se o caso da alínea g, a investigação de delitos eleitorais baseados no abuso do poder político é difícil, inclusive porque as evidências são difíceis de se rastrear. Sabe-se do abuso, mas muitas vezes não há como se provar.

6. Conclusões

Não cabe dúvida que os dispositivos aqui analisados representam um grande avanço do processo eleitoral brasileiro. Há espaço para melhorar as leis que hoje vigoram coibindo o abuso do poder político e a manipulação da máquina administrativa com o intuito de tirar proveito eleitoral? Sempre há. Poder-se-ia, por exemplo, pleitear punições mais rigorosas às transgressões ou proibir, por completo, o instituto da propaganda governamental, salvo em casos de campanhas de notória utilidade pública, como, por exemplo, em favor da prevenção da aids e durante períodos de vacinação. Esta última mudança na legislação seria primordial, inclusive, caso se instituisse a reeleição de Prefeitos, Governadores e Presidentes da República.

³⁵ Lei Complementar nº 64, de 18 maio de 1990. *Legislação Eleitoral & Partidária*. *Ibid.*, pp. 121-122.

³⁶ *Ibid.*, p. 127.

Mas é importante lembrar que a mera inserção dos dispositivos hoje existentes no universo de nossas leis eleitorais já demonstra, de maneira incontestável, que nossa sociedade não está alheia ao problema do abuso de poder político. Demonstra, ainda, que a igualdade jurídica dos candidatos é tanto ideal quanto

objetivo pragmático de nosso processo eleitoral. É lógico, portanto, pressupor que o processo de aprimoramento dessas leis continuará o que nossa sociedade encurtará, a cada novo avanço, a distância que separa ideal e real em nosso processo político-eleitoral-partidário.

Por um tribunal constitucional

JOSÉ WILSON FERREIRA SOBRINHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A supremacia da Constituição. 3. O controle da constitucionalidade das leis. 4. Perfil constitucional do Supremo Tribunal Federal. 5. A necessidade de um Tribunal Constitucional. 6. Conclusão.

1. Introdução

O homem, ser gregário por natureza, sentiu a necessidade de reunião com outros homens possivelmente como forma de autoproteção.

Essa agregação social, em um primeiro momento, teve como fator determinante a necessidade de defesa frente aos animais de grande porte. Unidos, os homens poderiam enfrentar tais animais com maior probabilidade de sucesso.

Posteriormente a defesa era feita contra outros homens que, também reunidos em grupo, atacavam aqueles que eram considerados inimigos. Nascia, nesse momento, a tribo.

Cada tribo passou a ser governada por um chefe que detinha em suas mãos o poder de decisão do grupo tribal. A ele competia tomar as decisões relativas ao grupamento sob seu comando, seja no aspecto organizacional, seja no que diz com o operacional.

A noção tribal, porém, tornou-se insuficiente diante das novas necessidades humanas. Fez-se necessário alargar a base física de atuação humana com a conseqüente implantação de um outro tipo de organização interna do grupo.

A forma encontrada foi o Estado que, teoricamente, deveria ser concebido como uma espécie de ente imaterial responsável pela direção da vida social.

José Wilson Ferreira Sobrinho é Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - MG. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Nos primórdios do Estado, porém, ele não foi claramente distinguido da pessoa do governante, de modo que, não raro, havia confusão com o aparelho estatal. Estado e governante eram duas realidades distintas reunidas em uma só, de tal modo que a coroa e o monarca se tornavam a mesma coisa.

O centro de decisão continuava enfiado nas mãos de um único homem. Sua vontade era a lei que disciplinava as relações intersubjetivas ocorrentes entre os súditos e entre eles e o Estado.

O arbítrio governamental era a única fonte jurídico-política do Estado. O governante era irresponsável pelos atos que praticasse nessa condição, mesmo que lesivos ao Estado.

Essa irresponsabilidade governamental, mesmo sendo uma realidade nos Estados antigos, foi legitimada através da concepção de uma teoria que se prestasse para explicar tal estado de coisas.

Engendrou-se a denominada *teoria do direito divino* para se sustentar que o monarca era um representante da divindade na Terra encarregado de fomentar e zelar pelo bem da comunidade. Por isso deveria ser irresponsável perante os homens da Terra. Sua ação guardava estrita correlação com a vontade divina, pelo que não poderia ser questionada por seres ignorantes e limitados como os súditos.

Esse caminho permitiu a prática de toda sorte de desmandos. Os súditos foram compelidos a uma existência aviltante relativamente a outra classe que compunha também a sociedade: a nobreza. Os plebeus trabalhavam para sustentar as extravagâncias dos nobres que nada mais faziam do que viver na ociosidade.

Em França, onde vigorava uma concepção estatal da sociedade – as denominadas *três ordens* – a monarquia absoluta mantinha essa pirâmide social com todas as forças. Para ela não interessava que a plebe começasse a ter idéias absurdas de paridade com a classe nobre.

Surgiria para subverter tal quadro a figura legendária de Sieyès através da publicação de um panfleto denominado *O que é o Terceiro Estado?*

Nasceu ele no seio da *terceira ordem* – representada pela burguesia – tendo optado pela vida religiosa. O clero, por essa época, formava a *segunda ordem da pirâmide social* em França. O abade francês, portanto, foi guindado para uma ordem superior àquela que tinha por berço.

Sieyès, entretanto, passa a defender os interesses burgueses na medida em que sustenta

que o *terceiro Estado*, ou seja, a burguesia, era tudo, pois representava toda a nação francesa.

Apesar de ser tudo até aquele momento o *terceiro Estado* não havia conseguido ser nada, principalmente por culpa das prerrogativas concedidas aos nobres e ao próprio clero.

Bandeiras como a de que todos nasciam iguais, dotados das mesmas condições para o exercício do poder estatal, facilmente sobrepujariam as desigualdades observadas nas condições econômicas e no ambiente de nascimento e seriam aceitas tranqüilamente pelo povo francês, sedento de idéias igualitárias.

Disso se aproveitou a burguesia – interessada em ascender ao poder – para patrocinar a difusão das idéias carregadas de promessas de justiça a fim de solapar os pilares da monarquia absoluta.

A receptividade demonstrada pelos franceses foi tamanha que a ebulição política fez com que a monarquia constataste que não dispunha de meios para reverter o quadro em seu favor.

O ocaso do sistema monárquico se fazia visível nos horizontes franceses. A burguesia, paulatinamente, ganhava terreno em sua luta contra a nobreza, insuflando todos aqueles que sonhavam viver em um Estado mais justo. A monarquia, desesperada, agonizava impotente para deter o desfecho fatal.

Eclode, por fim, a revolução. E com ela novas perspectivas viriam como caudatárias dos conceitos defendidos por Sieyès e, até certo ponto, por Rousseau.

Rousseau pregava que a lei é a expressão da vontade geral. Essa idéia foi tão importante que somente após a sua absorção pela técnica legislativa, conjuntamente com o entendimento de que a constituição deveria ser vista como uma espécie de lei geral da organização política, foi possível o desenvolvimento do conceito moderno de constituição.

Esse conceito dito moderno de constituição diferia fundamentalmente daquele empregado nas Declarações de Direito. De fato, falava-se, em tais Declarações, “em constituição de modo um tanto ambíguo, ora tomando-se o termo no sentido de estrutura social e política, ora no de lei fundamental garantidora de todos e estabelecida pela nação”.

Pode-se entender, através dessa colocação do problema, que o parágrafo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de setembro de 1791, não era precisamente um conceito de constituição mas sim uma “receita de

constituição – separação de poderes mais garantia de direitos – e ao mesmo tempo implicava um critério distintivo para as sociedades políticas: ter, ou não ter constituição” (Cfr. Nelson Saldanha, *Formação da Teoria Constitucional*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 70).

2. A supremacia da Constituição

Na doutrina constitucional o vocábulo *constituição* é tradicionalmente entendido como a lei fundamental de determinado Estado, isto é, a lei mais elevada de um dado ordenamento jurídico. Entretanto, o problema conceitual não se encontra resolvido em razão da ambigüidade do termo constituição.

Juristas vários já se debruçaram sobre o assunto e produziram sua contribuição, o que levou Paulo Sarasate a anotar vinte e cinco definições dadas à palavra constituição (Cfr. *A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967, p. 5).

A diversidade conceitual é, sem dúvida, atestado do labor intelectual dos estudiosos, o que pode ser havido como o lado positivo de toda e qualquer investigação científica. Há, por outro lado, um aspecto negativo: a multiplicidade dos conceitos deixa a descoberto a profunda divergência reinante nesse campo, o que sobremaneira causa perplexidade àqueles que se iniciam no estudo da problemática constitucional.

Tirante tal inconveniente, é possível estudar uma constituição, sem prejuízo de essência, sob vários ângulos ou facetas. Parece haver acordo em que esses ângulos são os seguintes: sociológico, político e jurídico.

Ferdinand Lassalle é apontado por todos como sendo o corifeu dessa vertente teórica. Indaga ele, em conferência pronunciada em Berlim, abril de 1862, onde reside a natureza de uma constituição. Responde sustentando que *la verdadera constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen*. (Cfr. *Que Es Una Constitución*, ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, s/d, p. 41).

José Afonso da Silva, tratando do denominado conceito sociológico de constituição, doutrina que:

Ressalvadas as posições particulares, o sociologismo constitucional fundamenta-se nas seguintes afirmações:

a) a constituição é primordialmente uma forma de ser, e não de dever ser;

b) a constituição é imanência das situações e estruturas sociais do presente, que, para uma grande parte do pensamento do século XIX – e não somente para Marx – se identificam com situações a relações econômicas (Sic);

c) a constituição não se sustenta numa norma transcendente, pois a sociedade tem sua própria “legalidade”, que é rebelde à pura normatividade e não se deixa dominar por ela; o ser tem sua própria estrutura, da qual emerge ou à qual deve adaptar-se o dever ser;

d) enfim, se, no que respeita ao direito, a concepção da constituição gira sobre o momento de validade, a concepção sociológica o faz sobre a vigência, considerada esta como praticidade e efetividade das normas, na verdade como eficácia social da regra jurídica”. (Cfr. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 10).

O grande nome do conceito político de constituição é Carl Schmitt. Entende ele que “sólo es posible un concepto de constitución cuando se distinguen constitución y ley constitucional” (Cfr. *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1961, p. 23).

Michel Temer, expondo a doutrina de Carl Schmitt, sustenta que “Aquela (a constituição) é a decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política (...) tudo como fruto da decisão política que é tomada em certo momento” (Cfr. *Elementos de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p.6). O que não diga com a forma de Estado, com a forma de governo, com os órgãos governamentais e com os direitos individuais, embora escrito na constituição, é apenas lei constitucional.

Deve-se, entretanto, a Hans Kelsen o fato de o conceito jurídico de constituição merecer certo destaque na literatura jurídica. O ilustre chefe da Escola de Viena elegeu como procedimento metodológico o chamado positivismo – ou método normológico, como preferem alguns – que não chega a negar a importância de outras investigações do fenômeno jurídico (por exemplo, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito), como pretendem alguns desavisados, mas somente opta por uma demarcação que se pretende rigorosa no campo jurídico, de modo que se expurguem elementos reputados

metajurídicos por incabível na perspectiva estritamente jurídica.

Kelsen concebeu a constituição de modo bimembre, ou seja, em um sentido lógico-jurídico e em sentido jurídico-positivo. No primeiro sentido apontado a constituição seria a norma fundamental pensada, ou grande norma, concebida para dar sustentação gnoseológica à constituição em sentido jurídico-positivo. Esta, de seu turno, seria a norma suprema do ordenamento jurídico, de sorte que fundamentaria e validaria toda a legislação que lhe fosse inferior.

Entretanto, foi a partir da elaboração do conceito jurídico de constituição que uma possível supralegalidade constitucional teve condição teórica de ser pensada.

Entendida a constituição como um conjunto de normas jurídicas destinadas a balizar os contornos jurídicos do Estado, cogitou-se de atribuir a esse produto do poder constituinte originário uma certa eminência relativamente às normas que lhe fossem posteriores em razão de serem manifestação já do poder constituído.

Pinto Ferreira sustentou que:

“As regras constitucionais são dotadas de uma superioridade evidente com respeito às demais normas jurídicas da coletividade estatal. Essa graduação das normas jurídicas se justifica a contento, a fim de melhor manter a estabilidade do grupo político, criando-se os elementos basilares de sua constituição, da qual dependem os fundamentos do direito público e privado” (Cfr. “Da Constituição”, *Jornal do Commercio*, Recife, 1946, p. 61).

De fato, a constituição cuida precisamente daqueles aspectos considerados mais eminentes para a organização do Estado. Mas não somente desses ângulos diz o texto constitucional na atualidade, uma vez que “no seu conteúdo estão presentes as regras fundamentais de todo o sistema de relações sociais, econômicas e culturais daquele grupo, não sendo simplesmente o código da estrutura política” (Cfr. Palhares Moreira Reis, *O Estado e seu Ordenamento Jurídico*, 2ª ed., Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Editora Universidade, 1979, p. 116).

Fixada a supremacia da constituição sobre as outras normas jurídicas, duas conseqüências surgem: o controle de constitucionalidade das leis e o procedimento de reforma constitucional.

3. O controle de constitucionalidade das leis

O tema do controle de constitucionalidade das leis guarda alguma relação com a doutrina da divisão do poder estatal na medida em que a partir dessa divisão foi possível fixar áreas competenciais pertencentes prevalentemente a cada uma das funções estatais.

Essas faixas de competência sobrevivem por força do sistema de freios e contrapesos inserto na Constituição norte-americana, sistema esse que estabelece como que uma desconfiança entre as funções estatais a fim de que uma vigie a outra como forma de evitar possíveis invasões de competência.

O Estado, por outro lado, procura impedir que produtos legislativos viciados passem a fazer parte do ordenamento jurídico a fim de não perturbar sua coerência.

O Executivo e o Legislativo possuem mecanismo de atuação preventiva no campo da constitucionalidade. O primeiro dispõe do poder de veto para fulminar categoria legislativa que revele desconformidade com a constituição ou que contrarie interesse público, enquanto o segundo é estruturado em comissões que se destinam basicamente à emissão de parecer sobre os projetos de lei apresentados, com destaque para a Comissão de Constituição e Justiça.

Conseqüência: somente projetos de lei se submetem ao controle preventivo de constitucionalidade.

O controle supressivo, por sua vez, é destinado no caso de supressão de normas jurídicas do ordenamento jurídico que tenham colidido com a constituição. Tal missão pertence ao Judiciário.

O controle de constitucionalidade das leis feito pelo Judiciário tem feição bimembre: incidental e por ação. O primeiro é feito à luz do caso concreto e com valor reduzido às partes; o segundo comporta a declaração de inconstitucionalidade em tese, isto é, independentemente de um conflito concreto submetido à apreciação judicial.

Controlar a constitucionalidade pela via de ação é tarefa que costuma merecer dos especialistas a qualificação de política. Obviamente não se trata de política partidária, mas sim da política como arte de perceber o que é melhor para a *res publica*.

Os julgamentos, nesse terreno, não podem ser inteiramente técnicos, dizem os doutores. O

técnico há de se entrelaçar com o político para que se tenha, em determinado momento histórico, uma decisão compatível com o estado e interesse da sociedade.

Essa plasticidade que envolve o julgamento da constitucionalidade no plano abstrato sempre foi pano de fundo para que alguns propugnassem por um Tribunal Constitucional que teria como tarefa a delicada missão de avaliar essa constitucionalidade das leis. Alguns países optaram pela criação do que também se denomina Cortes Constitucionais.

Registro, entretanto, que há quem defenda que a divisão feita entre via de exceção e via de ação não procede. Assim, Themistocles Brandão Cavalcante escreveu sobre a desnecessidade de se distinguir entre uma e outra pois:

“O que se discute, na ação ou na exceção, é, na realidade, a possibilidade da sobrevivência de um ato da administração ou de uma lei, diante de um conflito do seu texto com a Constituição”.

Conclui o mesmo autor:

“Não se trata sequer da existência ou inexistência do preceito legal ou do ato diante da Constituição, mas da possibilidade de sua aplicação, da sua vigência com força executória diante de uma norma superior que impede a sua aplicação” (Cfr. *Do Controle da Constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1966, pp. 66/67).

4. O perfil constitucional do Supremo Tribunal Federal

Na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o Supremo Tribunal Federal tinha uma intervenção originária (artigo 119, inciso I), uma através do recurso originário (artigo 119, inciso II) e uma em grau de recurso extraordinário (artigo 119, inciso III).

Tripartia-se a competência do STF. Sua competência originária certamente foi fixada à luz de consideração envolvendo certos lugares políticos do setor estatal. Costuma-se dizer que se protege a função em si mesma considerada e não seu ocupante posto que transitório.

A competência recursal foi cindida, de modo que faziam praça os recursos ordinário e extraordinário. O recurso ordinário necessitava apenas invocar a sucumbência para ser exercitado. O recurso extraordinário, entretanto, assentava-se em outros pressupostos que não apenas o da sucumbência.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece:

“o recurso extraordinário tem uma função altamente política, motivo por que não presume

apenas, mas também, o sucumbimento. Com efeito, o cabimento do recurso extraordinário pressupõe, além do sucumbimento em causa decidida em última ou única instância por Tribunal, a verificação de uma das hipóteses enunciadas na alínea deste item” (refere-se às alíneas do inciso III do artigo 119, CF então vigente) (Cfr. *Comentários à Constituição Brasileira*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 479).

A área jurídica representada pelo recurso extraordinário permitiu que Waldemar Martins Ferreira afirmasse, quanto à atuação do STF, que:

“Exercita este, em casos tais, a sua grande função jurisdicional, de cunho eminentemente político, como guarda indefectível do federalismo, pugnano pela supremacia da Constituição e das leis federais” (Cfr. *História do Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Editora Max Limonad, 1954, p. 351).

Admitia-se, sem maiores torneios teóricos, a existência de funções estritamente técnicas e de funções mistas dentro da órbita competencial do STF.

Era natural que o STF tivesse como uma de suas funções a guarda da Constituição, uma vez que é o órgão de cúpula do Judiciário. Essa missão de guardião da Constituição é exercida, basicamente, pela declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos.

Defende a mesma tese Pinto Ferreira:

“Característica é, pois, a missão do STF, um verdadeiro guarda da Constituição (...). Incumbe-lhe esta missão importante de declarar a inconstitucionalidade das leis; é o supremo revisor das leis, pois as interpreta de acordo com as suas convicções, já que, no fundo, o nosso direito constitucional é o que o STF diz que ele realmente o é” (Cfr. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, 1ª vol., p. 112).

O STF, ao lado do controle de constitucionalidade das leis, exercia uma outra função ligada à defesa do direito federal: interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (artigo 119, inciso I, alínea 1).

Cabia ao Procurador-Geral da República pedir a interpretação da lei ou do ato normativo federal ou estadual, interpretação essa que se fazia *em tese*, isto é, independentemente de conflitos concretos envolvendo a lei ou o ato normativo objeto da interpretação. Sustentou-se que essa interpretação teria função preventiva quanto a eventuais demandas.

José Frederico Marques, por outro lado, enxergou nessa função do STF uma "atribuição bastante anômala" (Cfr. *A Reforma do Poder Judiciário*, 1ª vol., São Paulo, Saraiva, 1979, p. 325).

Procurou-se estabelecer alguns critérios que balizassem esse pedido de interpretação a fim de evitar que o STF fosse transformado em órgão consultivo, o que naturalmente lhe deformaria a feição jurisdicional.

O citado José Frederico Marques, por exemplo, entendeu que o STF somente deveria proceder a essa interpretação da lei ou ato normativo, federal ou estadual,

"quando sua aplicação jurisdicional, por qualquer motivo, o estiver exigindo. Nesse caso, haverá interesse legítimo em ser apresentada a representação, pois com isto se antecipa e se provoca uma função que o Supremo Tribunal exerce quando atua sobretudo na área recursal: o de uniformizar a aplicação da lei e a jurisprudência" (ob. cit., p. 344).

Michel Temer, de seu turno, sustentou que:

"o Supremo Tribunal Federal apenas conhecerá os pedidos de interpretação se, em razão da aplicação da lei ou ato normativo, puder resultar lesão à segurança, à saúde, à ordem e às finanças públicas. Ou, ainda, se o enunciado legal representar abalo aos princípios regentes do sistema constitucional" (ob. cit., p. 38).

Após a edição da Constituição Federal de 1988 houve uma espécie de concordância no sentido de que, finalmente, o STF havia sido transformado em corte constitucional. Com o respeito devido às posições contrárias, assim não penso.

É verdade que o controle do direito nacional e do direito federal mereceu maior atenção em razão da criação do Superior Tribunal de Justiça que, precipuamente, tem como missão cuidar do direito federal. Cabe ao STF controlar o direito nacional.

O controle abstrato de constitucionalidade ganhou nova feição com a introdução da ação direta de declaração de inconstitucionalidade por omissão e com a criação da ação declaratória de constitucionalidade.

Preservou-se, naturalmente, a importante função de guardar a constituição contra eventuais distorções cometidas pela legislação infraconstitucional. O modelo importado dos Estados Unidos, em essência, restou intocado.

Por outro lado, também não existe dúvida de que houve a redução da competência do STF

para *matéria constitucional*, cabendo-lhe precipuamente a guarda da Constituição.

A questão, entretanto, consiste em se saber se essa mudança no leque de competência do STF a fim de que ela diga com *matéria constitucional é suficiente para qualificá-lo como Corte Constitucional*.

Tenho para mim que não. Cito no particular José Afonso da Silva que também não concebe o STF como verdadeira Corte Constitucional pelas seguintes razões:

"Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da *prejudicial de inconstitucionalidade*, por via de exceção. Segundo porque o modo de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades." (Cfr. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., 4ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 484.)

Existem, portanto, dois óbices à caracterização do STF como Corte Constitucional: o controle de constitucionalidade difuso e a forma de recrutamento de seus membros.

5. *A necessidade de um Tribunal Constitucional*

A primeira modificação que se faz necessária é a relativa ao controle difuso da constitucionalidade. Se se pretende ter uma Corte Constitucional, a ela deverá caber toda a competência que diga com esse tema, de modo concentrado.

Comungo com o autor citado no que diz com a inexecutabilidade de se ter uma Corte Constitucional concomitantemente com o sistema difuso de controle da constitucionalidade das leis. E isto é assim porque, neste caso, haverá impossibilidade de convivência normativa de um juízo pertencente à Corte Constitucional com outro advindo de uma jurisdição inferior.

Poder-se-á objetar que a existência da ação declaratória de constitucionalidade resolve o

problema. Isto, entretanto, não corresponde à realidade pela singela razão de que só haverá vinculação se o STF julgar procedente, no mérito, essa ação. Logo, antes desse julgamento positivo a jurisdição inferior estará livre para exercer o controle difuso. Onde, então, a solução do problema? Certamente que na criação de uma Corte Constitucional.

A idéia, apesar de fundamental, não é nova no Brasil. José Luiz de Anhaia Mello, por exemplo, em 1968, bateu-se pela criação de uma Corte Constitucional que tivesse competência para dizer de toda a matéria constitucional. A originalidade de sua tese consiste no fato de essa Corte Constitucional não integrar o Judiciário, mas sim ser uma espécie de *quarto poder* do Estado.

Tal concepção toma por base o tipo de julgamento proferido por uma Corte Constitucional, que o autor entende diferente do julgamento de um determinado caso concreto, o que o faz sustentar que:

“Entendemos ser mais lógico que esse tipo de julgamento seja proferido por órgão fora do Judiciário e fora dos três poderes clássicos. Dai a idéia do Poder Moderador.

Esse tipo de atividade, por ser muito mais completo e insinuante, aproxima-se mais dos poderes que têm o governo e o legislador. É uma atividade discricionária ligada à Constituição e equitativa, presa ao ambiente político, o que não se coaduna bem com as atribuições e competências do Poder Judiciário, ainda que se necessite, como se reconhece sempre, dos ritos e dos atos comuns à justiça em geral” (Cfr. *Da Separação dos Poderes à Guarda da Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 232).

O direito comparado mostra que em muitos países existe uma Corte Constitucional e isto não criou problemas na área jurisdicional. Pelo contrário, os problemas foram minimizados em razão da divisão do trabalho resultante da competência dessa Corte.

Tendo-se presente que o julgamento envolvendo inconstitucionalidade de uma lei efetivamente é misto, no sentido de comportar valorações técnicas conjugadas com políticas em sentido amplo, o que interessa às funções estatais e não apenas ao Judiciário, entendo que a composição e o modo de recrutamento dos seus membros deveria merecer atenção.

Defendo uma composição com pessoas ligadas às funções estatais – Executivo, Legislativo e Judiciário – de modo proporcional, ou

seja, o mesmo número para cada uma dessas funções. Assim, por exemplo, quatro indicados pelo Executivo, quatro pelo Legislativo e quatro pelo Judiciário.

Isto se explica em razão de um julgamento constitucional interessar ao Estado e não apenas a determinado setor estatal. Dai a participação das três funções estatais.

Os representantes do Executivo seriam indicados pelo Presidente da República; os do Legislativo deveriam ser eleitos pelo Congresso Nacional e posteriormente indicados pelo seu Presidente. Finalmente os representantes do Judiciário seriam eleitos entre os juizes do STF, ou de Tribunal equivalente, sendo igualmente indicados pelo Presidente desse Tribunal.

O mandato seria de três anos, proibida a recondução. Impede-se o vício comum de autoridades pretenderem se eternizar nos cargos que ocupam como se isto não fosse transitório.

Não haveria retribuição pecuniária como contraprestação do serviço prestado. Seria ele uma espécie de *munus publico*. Isto afastaria aqueles que são incapazes de pensar no bem-estar do país, de forma desinteressada.

Entendo, com Anhaia Mello, que a Corte Constitucional não pode estar inserida dentro da estrutura de nenhuma das funções estatais. Deverá ela ser autônoma sob pena de ser sufocada por alguma estrutura administrativa assazmente conhecida no Brasil.

Finalmente seus julgamentos que produzam pronunciamentos positivos ou negativos deverão vincular a todos, sem distinção.

Anote-se, ainda, que a existência de uma Corte Constitucional não briga com o controle prévio de constitucionalidade feito pelo Legislativo, uma vez que esse tipo de controle apanha apenas projetos de lei e não lei formalmente acabada.

6. Conclusão

1. A função jurisdicional, no Brasil, implica também em *mister misto*, isto é, julgamentos que não são exclusivamente técnicos.

2. Tais julgamentos dizem com a guarda da Constituição e devem ser de competência de uma Corte Constitucional.

3. A Corte Constitucional deverá ser constituída por doze membros, sendo quatro do Executivo, quatro do Legislativo e quatro do Judiciário.

4. O mandato será de três anos, vedada a recondução.

5. Não haverá remuneração pela prestação do serviço.

6. A Corte Constitucional não pertencerá à estrutura administrativa de nenhuma das funções estatais.

7. O controle difuso de constitucionalidade das leis deverá sumir do sistema jurídico brasileiro.

8. As decisões da Corte Constitucional vincularão indistintamente as funções estatais.

Reprografia e reprodução em massa

NEWTON PAULO TEIXEIRA DOS SANTOS

SUMÁRIO

1. O problema. 1.1. Introdução. 1.2. A reprografia. 1.3. Reprodução e representação; reprodução em massa. 1.4. Utilização comercial e utilização em massa. 1.5. O fax e a modernidade. 1.6. Conclusão. 2. A Solução. 2.1. Arrecadação. 2.1.1. Onerar o usuário. 2.1.2. Onerar a máquina ou o suporte. 2.2. Distribuição. 2.2.1. Fundo de cultura. 2.2.2. Autores e editores (de livros e de jornal), produtores de cultura, titulares de direitos conexos. 2.3. Conclusão.

1. O problema

1.1. Introdução

É de notar que a área do direito onde vêm ocorrendo maiores transformações seja a propriedade intelectual. Países que a desprezavam, dos Estados do Golfo à China Popular, agora a descobriram deslumbrados. Países da Europa Central e Oriental, e aqueles que compunham a antiga União Soviética reconheceram a propriedade intelectual rompendo com as antigas tradições. Por sua vez a Comunidade Comum Européia, o NAFTA, a APEC e o nosso Mercosul formam blocos e procuram estabelecer novas regras que se coadunem com os tempos modernos. A tecnologia é uma maré montante desafiando o legislador.

1.2. A reprografia

Ora, uma das questões mais controvertidas e que nos escapa das mãos a cada instante, é a reprografia.

Do que se trata? Se quisermos defini-la, é a reprodução de uma obra em exemplares tangíveis, reprodução essa obtida de maneira não manual nem tipográfica.

Essa reprodução inclui a confecção de exemplares que só podem ser usufruídos com o auxílio de aparelhos especiais. Por exemplo: é cópia reprográfica o registro de um filme que

Newton Paulo Teixeira dos Santos é Professor da Escola de Comunicação da UFRJ e Membro do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Palestra proferida no dia 11 de agosto de 1995, no 2º Seminário de Direitos Autorais, promovido pela Fundação Biblioteca Nacional, Rio de Janeiro.

pode ser lido unicamente por um dispositivo de leitura-vídeo. Mas reprografia não cobre utilizações que não dependam de exemplares materiais, tangíveis, como é o caso da retransmissão de um filme por TV a cabo. A forma mais perniciosa da reprografia talvez seja a fotocópia, esse vírus que não encontra remédio, e que no Brasil chegou a transformar um nome próprio em substantivo comum – a xerox.

1.3. Reprodução e representação; reprodução em massa

Sabe-se que os primeiros textos legais que protegiam o autor, no século XVIII, insistiam em distinguir o direito de reprodução, que se referia às formas materiais de exploração da obra, do direito de representação, preocupado com a exploração não-material, como o espetáculo teatral. Mas 200 anos depois essa distinção vai-se tornando cada vez mais difusa.

Agora então que a tecnologia permite que a reprodução se faça em massa, ela é tão fantástica que é como se fosse um espetáculo, se quisermos forçar um pouco o sentido das palavras.

Vejam: outrora uma empresa só podia distribuir um manual técnico a 100 empregados se comprasse no mercado cem exemplares impressos. Mas hoje a empresa pode comprar um exemplar e fotocopiá-lo à vontade. Pode até digitá-lo, armazená-lo numa base de dados para, quando quiser, recuperá-lo e transmiti-lo a seus empregados munidos de terminais, por meio de uma rede a cabo interna. Pode ainda comunicar a mesma obra por linha telefônica e até mesmo por satélite a seus empregados espalhados em diferentes lugares do mundo.

Tal disseminação pode não ficar limitada à empresa que comprou o primeiro exemplar do manual, pois que ela pode disseminá-lo a institutos de pesquisas, bibliotecas, escolas, e chegar à intimidade dos nossos lares. E quem capta essas mensagens digitadas pode novamente convertê-las em cópias de papel, e multiplicá-las.

Então a reprografia a que nos referimos de início (“reprodução em exemplares tangíveis”) e os espetáculos oferecem hoje características semelhantes, desfazendo aquela distinção que existia entre *reprodução* e *representação*.

1.4. Utilização comercial e utilização em massa

Por isso é que nos séculos XVIII e XIX o direito autoral preocupava-se em reger as utilizações *comerciais*. Era fácil para o autor descobrir reproduções não autorizadas. Se tais utilizações eram feitas com intuito de lucro,

valendo-se de exemplares piratas ou de exibições não autorizadas, elas eram comercializadas abertamente, e por isso os autores-proprietários sabiam com facilidade quando e a quem acionar.

Mas hoje as obras protegidas são objeto de utilizações em massa que escapam aos mecanismos do mercado. No computador já nem se paga a cópia em papel ou a entrada no espetáculo. Como controlar essa utilização não autorizada? Ao contrário da tradicional exploração comercial, as utilizações em massa ocorrem como que secretamente. Os usuários não são identificados, e como essa expansão é crescente em quantidade e insuspeitável em suas formas, cada vez é mais difícil ao autor saber onde começa a defesa de seus direitos.

Então é necessário que se mude o mecanismo de proteção desses direitos. Se em sua origem o direito autoral foi instaurado para controlar as negociações *comerciais*, as novas legislações devem introduzir direitos a uma remuneração que preveja essa utilização em massa, antes que ela ocorra. Assim é que merece especial cuidado aquele capítulo embutido nos textos vigentes que fala em “limitações ao direito do autor”. O chamado interesse social, o direito à informação e à difusão do saber precisam ser reconhecidos, mas sem prejudicar uma outra garantia constitucional que é a *exclusiva* propriedade do autor sobre sua obra. Inclusive os titulares de direitos conexos.

Algumas experiências pessoais: a Universidade onde um trabalho edita mensalmente uma publicação intitulada “Sumários correntes em ciência de informação” com o fim de “disseminar os periódicos de interesse para a área de ciência da informação e outras afins, adquiridos no período. Está organizado em ordem alfabética dos títulos dos periódicos, seguido de cópias dos índices e resumos, quando existentes. A relação dos índices arrolados na publicação antecede os sumários, sendo assinalados aqueles incluídos em cada fascículo. Com esse produto, espera-se estar contribuindo para a atualização dos profissionais da área de informação”.

Então você escolhe o artigo e solicita fotocópias, em troca de módica retribuição (4 centavos a folha).

Diga-se que essa prática é universal. Assim procedem as grandes bibliotecas do mundo, como a British Library, ou o Centro de Pesquisa em Propriedade Intelectual Henri Desvois, de Paris. Mas lá em cada cópia há referências a convenções protetoras e a indicação: “reprodução proibida”.

Tem mais: há poucos dias li nos jornais do Rio que o Consulado Americano acabara com um esplêndido serviço de remessa de textos fotocopiados de revistas técnicas. É que Washington está cortando despesas ditas supérfluas. O deputado Roberto Campos, certamente um usuário daqueles serviços, fez um enérgico protesto chamando a isso "economia de palitos".

É certo que já não podemos ter em casa bibliotecas como a de Rui Barbosa. Por sinal estive no Instituto dos Advogados e vi que a biblioteca do IAB está sendo inteiramente informatizada. Note-se que essa desenfreada divulgação das obras vem também solapar uma das premissas do direito ao autor, que é o controle do circuito de suas obras no mercado. O sentido de *best seller* está sendo esvaziado.

Recentemente precisei do texto de um poema de autor inglês protegido. Em lugar de telefonar para o livreiro, telefonei para uma instituição de ensino conhecida, e a solícita bibliotecária me disse:

– Pois não, eu posso enviá-lo por fax.

Realmente, 10 minutos depois o meu fax doméstico expelia o poema desejado. Imediatamente telefonei para agradecer a presteza, e a bibliotecária solícita me disse:

– Não fiz mais que a minha obrigação. Estou aqui para defender a cultura inglesa.

De posse do texto eu pude reproduzi-lo para meus 100 empregados – digo, para meus 100 alunos.

Como resolver essa questão? Como remunerar com justiça o autor, o editor, o distribuidor, o livreiro – todos aqueles que investiram talento e capital na fixação gráfica ou fonográfica de uma obra?

Essa pergunta vem sendo feita há mais de 20 anos pelo mestre Antônio Chaves, pelo mestre Antônio Carlos Bittar, e outros autoristas de renome.

1.5. *O fax e a modernidade*

Ora, um dos maiores responsáveis pela reprodução em massa de textos literários e técnicos, de partituras, de desenhos e fotografias é o fax.

Deixem-me lembrar que o fax (abreviatura de *fac-simile*) não pode ser tido como *tecnologia de ponta*. Ele foi inventado em 1907 por Édouard Belin, que chamou a sua invenção de *belinógrafo*, aparelho capaz de transmitir imagens fixas através do telefone.

Foi um fracasso. Até que os japoneses aperfeiçoaram a invenção, pois viram nela um meio ideal para transmitir seus ideogramas. Sua difusão foi espetacular. Tanto a vida das empresas como a vida social se transformaram. No Japão, os alunos já fazem o dever de casa e enviam um fax à escola; quando no dia seguinte chegam à escola o dever já está corrigido. E o fax recuperou, reabilitou uma coisa que estava desprezada – a expressão escrita, a letra manuscrita. E com ela a autenticidade da mensagem.

Também o fax vem desfazendo aquela fronteira que havia entre a vida profissional e a vida privada. Pois um fax doméstico permite que se tenha um escritório em casa. Onde se trabalha até nos fins-de-semana. Na Itália o sucesso é tão grande que a Igreja precisou anunciar que a confissão por fax não está autorizada.

1.6. *Conclusão*

Devemos frear essa explosão da tecnologia? Claro que não. Mas devemos administrá-la para que ela não prejudique interesses legítimos.

Passemos então à solução.

2. *A solução*

Podemos reduzir as soluções propostas ao seguinte quadro:

2.1 – Arrecadação

2.1.1 – Onerar o usuário

2.1.2 – Onerar a máquina ou o suporte

2.2 – Distribuição

2.2.1 – Fundo de cultura

2.2.2 – Autores, editores, produtores de cultura, titulares de direitos conexos.

Vejamos uma coisa de cada vez.

2.1. *Arrecadação*

Alguém há que fazer a fiscalização e a arrecadação. Ou o Estado, ou uma entidade privada, como é o ECAD, ou a SBAT.

Parece que a tendência moderna é privatizar, então nem vamos pensar em dar essa atribuição ao Estado. Seria uma entidade organizada pelos titulares de direitos de autor e direitos conexos, mais os editores, que teria essa função. Função monstruosa, do Oiapoque ao Chuí. Haveria naturalmente escritórios estaduais, centralizados talvez em Brasília.

Na França esse sistema vem crescendo em eficiência. Vejam o *Le Monde* de 20 de julho último:

“A luta contra a *photocopillage* dos jornais ganha força.

Pouco a pouco a luta contra a *photocopillage* se organiza: por 2 julgamentos datados de 27 de junho, o tribunal de comércio de Paris condenou 2 fotocopiadoras pela reprodução de obras que efetuaram sem autorização do Centro francês de exploração do direito de cópia (CFC). O tribunal proibiu que essas lojas pusessem seu material à disposição do público para copiar obras protegidas pelo direito autoral, sob pena de multa diária de 20.000 francos”.

E o artigo continua :

“Daqui a 4 ou 5 anos o CFC terá possivelmente 300 milhões de francos para repartir entre editores de livros e editores de jornais. Os jornalistas que cederam seus direitos de autor ao jornal que os emprega, poderão, graças à fotocópia não autorizada, ir atrás e recuperar uma parte desses direitos que eles tinham e ingenuamente abandonaram, pensando que não valessem nada ...”

Vê-se, portanto, que a coisa funciona (e a história da SBAT prova isso) quando se quer.

Mas quem pagaria? Há 2 vertentes.

2.1.1 – A primeira diz que é o usuário, e ouvimos o Desembargador Bittar formular mais uma vez o seu projeto de 1977, até hoje não concretizado. Parece-me um pouco utópico num país tão grande como o nosso.

2.1.2 – É mais fácil onerar a máquina ou o suporte (as fitas virgens e os fonogramas). No final quem vai pagar é o consumidor, pois os

fabricantes ou os importadores vão embutir a taxa nos preços. Mas o controle é mais fácil.

2.2. Distribuição

Também há 2 vertentes.

2.2.1 – A primeira seria a criação de um fundo de cultura, administrado possivelmente pelo CNDA, que deve ser ressuscitado.

2.2.2 – A segunda seria um delírio total: beneficiar individualmente os autores, editores, produtores de cultura, titulares de direitos conexos, enfim, cada um que visse sua obra reproduzida em exemplares tangíveis. Nem posso imaginar como isso funcionaria no Brasil.

2.3. Conclusão

Foi contado pelo Dr. Henrique Gandelman (o que dá veracidade ao fato) que num congresso de teologia um judeu perguntou ao rabino: por que vocês sempre respondem a uma pergunta com outra pergunta ?

E o rabino respondeu :

– Por que não?

Então eu pergunto, para concluir: levando em conta o tamanho do Brasil, suas diversidades culturais, a complexidade do problema – não será mais próprio onerar-se com uma taxa todos os instrumentos que permitam o processo reprográfico, e com o resultado criar-se um fundo que atenda às reivindicações que estão sendo feitas pelos titulares de direitos? É uma pergunta, mas é também uma resposta.

O estatuto civil da clausura real

LUIZ EDSON FACHIN

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O regime do "numerus clausus". 3. A propriedade como formulação político-jurídica. 4. A palavra das Constituições. 5. Linhas e horizontes da disciplina jurídica real.

1. Introdução

O estatuto jurídico dos direitos reais anda rente à realidade sócio-econômica que o cerca, e revela elementos essenciais dos valores nela consagrados que repercutem ordenamento jurídico.

Esses direitos designados "reais" (dentre eles, especialmente a propriedade) são governados por certos princípios fundamentais que dominam sua constituição, representativos de uma "determinada concepção de mundo e de vida", nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto¹.

Embora esse viés do tema passe despercebido no tratamento deferido ao assunto pelos manuais acadêmicos, é útil e oportuno (até por isso mesmo) insistir em indicar alguns traços para desenhar essa matéria.

2. O regime do "numerus clausus"

No sistema codificado brasileiro, a matéria foi posta sob a rubrica clássica "Direito das Coisas", na esteira da denominação consagrada pelo BGB de 1896, classificando-se, genericamente, sob duas tipologias básicas: direitos sobre coisa própria e sobre coisa alheia. Restaram, pois, enfeixados sob o princípio da criação exclusiva do legislador, num rol taxativo

Luiz Edson Fachin é Professor de Direito Civil da UFPR, da PUC/PR e do IBEJ. Doutor em Direito pela PUC/SP. Procurador do Estado do Paraná. Coordenador da Pós-Graduação em Direito na UFPR.

¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Direitos Reais*, segundo as preleções ao 4º ano jurídico de 1970-71. Coimbra, Livraria Almedina, 1971, p. 98.

(*numerus clausus*), atendendo, assim, as implicações sociais que o sistema leva em conta para excluir tal poder criador da vontade dos interessados.

Assim emoldurados sob o princípio da tipicidade, os direitos reais codificados vieram elencados pelo Código Civil (artigo 674), separando-se, de um lado, a propriedade plena, e de outro, os *iura in re aliena*, compreendendo a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, as rendas expressamente constituídas sobre imóveis, o penhor, a anticrese e a hipoteca².

Sem embargo dos limites impostos pelo *numerus clausus*, acrescenta-se entre nós, em face de criação legislativa via norma esparsa, mais os seguintes: a alienação fiduciária em garantia e o direito real de aquisição derivado de compromisso de compra e venda irrevocável.

De todos esses direitos reais, o regime jurídico da propriedade, que é indissociavelmente o mais relevante, é suficiente para espelhar aquelas diretrizes basilares desse estatuto civil da clausura real.

3. A propriedade como formulação político-jurídica

No que concerne à propriedade, o mais saliente dos direitos reais, fixou o legislador do Código Civil, no capítulo que principia o título II do Livro II que trata dos Direitos das Coisas, o ponto cardeal, ao estatuir, desde logo, numa formulação político-jurídica, que "a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua".

A orientação do projeto primitivo do doutor Clóvis Beviláqua era em sentido ligeiramente diverso, registrando-se, àquela época, que "os modernos Códigos vão se orientando no sentido de equilibrar o interesse do indivíduo com o da sociedade", e que o projeto de então "procurou traduzir essa tendência"³.

² O direito autoral, expressado na dicação do Código Civil sob a rubrica "da propriedade literária, científica e artística" (arts. 649 a 673), constitui hoje, máxime a partir da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, capítulo à parte e ramo especial, consoante anota, entre outros, o Professor ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro, Forense, 1980, 371 p. 3. V., a propósito também: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro, Forense, 6ª ed., 1978, p. 444.

³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direitos das Coisas*. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976, p. 134. O mesmo se observa na leitura do livro *Em defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro*, do mesmo projetista, publicado em 1906 através da Livraria Francisco Alves, especialmente à página 41.

É certo que o jurista "não pode desconhecer o que determinou e está a determinar, a par com outros fatores, sensíveis transformações nas instituições jurídicas"⁴, até porque, nas palavras sempre esclarecedoras, cabe a afirmação do Professor José de Oliveira Ascensão, segundo o qual "a ordem jurídica não é uma estrutura estática e acabada, mas uma ordem evolutiva, uma resposta diferente a cada nova situação social"⁵.

Coube, entre nós, apenas mais recentemente, ao legislador constitucional andar, de certo modo, rente às transformações sociais imbricadas com os valores de base dos direitos reais, nomeadamente a propriedade.

4. A palavra das Constituições

As Constituições brasileiras, desde 1824 até 1988, consagram, em suma, a propriedade como direito individual, embora com diferentes matizes.

A Carta imperial, moldada ao seu tempo, garantia o direito de propriedade em toda a sua plenitude (art. 179, inciso XXII), em linha com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁶.

Com o advento da República, a Constituição de 1891 apenas ressalvou expressamente os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública (art. 72, § 17). Foi na Carta Política de 1934, coerente com sua circunstância, que o princípio da função social da propriedade ingressa no texto constitucional, que não permitia o exercício do direito de propriedade contra o interesse social ou coletivo (art. 113, inciso XVII). Transcorrido o período de vigência da Carta de 1937, de inspirações notadamente diversas da anterior, é na expressão da Constituição de 1946 que se estatui o efetivo condicionamento da utilização da propriedade ao bem-estar coletivo, resguardando-se os pressupostos básicos do direito individual condicionado à supremacia do interesse público, preocupação que não teve eco no texto de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69.

⁴ GOMES, Orlando. "A função renovadora do Direito", conferência. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 12, Curitiba, PR, 1969, p. 39.

⁵ In: *O Direito - Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 504.

⁶ "Art. 17: Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização".

Aquela marca, todavia, exsurge na Constituição da República de 1988 ao colocar, no plano dos princípios da ordem econômica, a propriedade privada e ao seu lado a sua respectiva função social (art. 170, incisos II e III), numa dimensão um pouco mais moderna desse instituto.

Além disso, no título dos direitos individuais, assegurou o *caput* do art. 5º a inviolabilidade do direito à vida e à propriedade, num mesmo tratamento legislativo, garantindo o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII) e impondo que esta “atenderá a sua função social” (art. 5º, inciso XXIII).

O próprio legislador constitucional, recolhendo anterior experiência formal⁷, tratou de estabelecer (art. 186) que ligam-se à função social o aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho, e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores⁸.

É forçoso reconhecer os impactos que a nova Constituição da República impôs aos direitos reais, alcançando a função social da propriedade, à aquisição por usucapião (abrangendo inclusive a figura da usucapião-moradia), à política de reforma agrária, entre outros aspectos relevantes, inclusive a tutela possessória.

Nota-se que a idéia informativa dessa direção normativa já houvera, em certo sentido, repercutido na formulação do projeto de novo Código Civil, na formulação da “desapropriação judicial”

5. Linhas e horizontes da disciplina jurídica real

O que embasa uma formulação legislativa preocupada com esses conceitos não se reduz numa apreensão rígida de relações jurídicas formais.

É evidente que o Estado e a sociedade contemporânea apresentam um sensível horizonte diverso de exigência aos titulares de direitos subjetivos individuais.

Sem que haja a erosão de seus postulados fundamentais, denotam-se nesse âmbito do Direito Privado novos matizes, respondendo o legislador e o juiz ao modo de agir das pessoas, seus valores e instituições.

Cabe colher, nesse aspecto, a lição do Professor emérito Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual é preciso ter presente “as tendências sociais de nosso tempo, que vão imprimindo às construções jurídicas a marca de suas predominâncias”, reconhecendo que é a matéria atinente aos direitos reais, marcadamente o direito real pleno, “a província do direito privado mais sensível às influências da evolução social”⁹. E são suas palavras extraídas da recente edição atualizada de suas “Instituições”: enquanto que “a exaltação da propriedade imobiliária e o aviltamento da *res mobilis* fixou a técnica da construção jurídica do século passado” (...), “o combate aos privilégios assinala a tendência reformista de nossos dias”¹⁰.

Nesses horizontes assim emoldurados, por conseguinte, se apresentam, numa despretenhiosa síntese, os contornos e boa parcela da substância dos direitos reais imbricados na vida jurídica e sócio-econômica do Brasil contemporâneo.

⁷ Art. 2º da Lei nº 4.504, de 30.11.64 (“Estatuto da Terra”).

⁸ Sobre a função social da propriedade na legislação agrária brasileira, v. PORRU, Paola. *Analisi Storico Giuridica della Proprietà Fondiaria in Brasile*. Milão, Giuffrè, 1983, pp. 75 e seguintes; também sobre o tema, o nosso livro *A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*, Porto Alegre, Sergio A. Fabris Editor, 1988, p. 102.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 9ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1990, v. IV, p.6.

¹⁰ *Ib.*, p.7.

Responsabilidade por vícios nas relações de consumo

PAULO LUIZ NETO LÔBO

SUMÁRIO

1. Mudanças sócio-econômicas e insuficiência do regime jurídico tradicional. 2. Elementos da responsabilidade por vício. 3. Relação de consumo. 4. Vício oculto e aparente. 5. Impropriedade do produto ou serviço viciados. 6. Diminuição de valor. 7. Desconformidade com as indicações anunciadas. 8. Responsabilidade e solidariedade passiva do fornecedor.

1. Mudanças sócio-econômicas e insuficiência do regime jurídico tradicional

Nas últimas décadas do século XX, cresceu no mundo inteiro a convicção de que a proteção ao consumidor pelo controle difuso do mercado era uma falácia. O controle, mediante uma legislação protecionista que assegurasse ao consumidor um papel ativo na atividade econômica, passou a ser hegemônico. A Constituição de 1988 elevou a defesa do consumidor a princípio condicionante da ordem econômica.

Menos que um modismo, é a adequada resposta do Direito ao fenômeno crescente da oligopolização e globalização da economia, que tornou o consumidor um figurante passivo e hipossuficiente, afetando a própria noção atual de cidadania.

Neste quadro, o advento do Código do Consumidor, de 1990, não foi surpreendente, ao remodelar profundamente o sistema de responsabilidade por vícios. O regime jurídico dos vícios redibitórios, sem embargo de permanecer válido para as relações negociais comuns, revelou-se insuficiente como resposta às demandas de relações de consumo. Em trabalho premonitório¹,

Paulo Luiz Neto Lôbo é Doutor em Direito (USP). Advogado. Professor de Direito Civil na UFAL e no Curso de Doutorado da UFPE.

¹ "Responsabilidade Civil do Fabricante". *Revista de Direito Civil*, 32:12-21, abr./jun. 1985.

lembrou Orlando Gomes ser “manifesto que essas regras (arts. 1.101 e 1.105 do Código Civil), voltadas para contratos individuais e isolados que chegam ao acordo pelo êxito das tratativas, são totalmente inadequadas aos complexos fenômenos do consumo nos sistemas capitalistas dos dias de hoje, condensados juridicamente na contratação em massa”. O modelo da legislação civil da responsabilidade por vícios da coisa está orientado para o valor de troca e não para o valor de uso ou consumo², tratando igualmente relações desiguais, sem proteger a evidente vulnerabilidade e inferioridade jurídica do adquirente ou utente de bens de consumo.

As soluções alternativas, construídas pela jurisprudência dos tribunais, tampouco atendem ao princípio de proteção, porque ainda muito presas ao esquema contratual, de igualdade formal das partes, e ao princípio da autonomia da vontade. Daí uma forte tendência para buscar refúgio na responsabilidade objetiva.

Contudo, nem tanto ao mar nem tanto à terra. O regime da responsabilidade por vício adotado pelo Código de Defesa do Consumidor destravou as amarras que cerceavam os movimentos do tradicional instituto dos vícios redibitórios, flexibilizando os modos de exercitar as pretensões, admitindo o vício aparente e ampliando o alcance ao enlaçar os serviços prestados. Os princípios fundamentais de um e de outro são comuns, no entanto, tornando valiosa e fascinante a recepção da experiência antiga, desde os romanos, para que os esforços conjugados do antigo e do novo indiquem um regime jurídico apropriado às demandas de nosso tempo.

2. Elementos da responsabilidade por vício

O Código do Consumidor incluiu a seção (arts. 18 a 25) intitulada “Da responsabilidade por vício do produto e do serviço” em um capítulo mais amplo, destinado a tratar da “qualidade de produtos e serviços, da reparação e da prevenção dos danos”. Houve uma clara opção para en-

² Cf. Reich, cit. por João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 279. Calvão, ressaltando esta característica, diz que o caso típico hoje é o da negociação de coisas genéricas, de produtos fabricados em série, em cuja aquisição o adquirente se determina pelas características típicas (espécie e qualidade média) do gênero e não pelas qualidades que apresentam *uti singule* (p. 281). Em situações que tais, a ausência de vício entra no conteúdo da prestação.

quadrar a matéria no âmbito da responsabilidade civil, da qual seria espécie, ao lado da responsabilidade por *fato* do produto.

O novo instituto recepciona parcial ou totalmente os elementos essenciais dos vícios redibitórios, a saber:

- a) contrato comutativo;
- b) tradição da coisa (apenas para os vícios aparentes);
- c) preexistência ou contemporaneidade do vício à entrega da coisa (ou do serviço);
- d) gravidade do vício;
- e) brevidade do tempo para o exercício da pretensão.

O vício pode ocorrer em qualquer contrato comutativo³ de consumo, e não apenas no contrato de compra e venda, como já previra o Código Civil. O contrato há de ser oriundo de relação de consumo (fornecedor *versus* consumidor), como pressuposto da incidência do modelo legal.

O momento da entrega da coisa (tradição) ou do serviço (conclusão) é imprescindível para cômputo dos prazos preclusivos, quando o vício for aparente, mas também no caso do vício oculto, porque o *dies a quo* dele se desloca para o instante em que é revelado ou conhecido, normatizando-se o que a construção jurisprudencial já admitia.

A preexistência ou concomitância do vício, quando da entrega do objeto do contrato, não está explicitada no Código de Defesa do Consumidor (também o Código Civil não o faz), mas dele se infere, até porque é da natureza da garantia legal. O vício é oculto no momento da entrega; o que ocorre posteriormente é sua revelação. O vício é aparente também no momento da entrega, dela decorrendo o prazo para exercício das pretensões postas à disposição do comprador.

O grande passo que se deu, quanto à preexistência do vício, foi a transferência do ônus da prova do adquirente ou utente (consumidor) para o alienante ou prestador (fornecedor). Este princípio (art. 6º, VIII, do CDC) preside todas as relações de consumo. Cabe, pois, ao fornecedor comprovar que a coisa ou o serviço foram entregues sem vícios ocultos ou aparentes, e que tais

³ Cf. BENJAMIN, Antônio Hermen, in *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Coord. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1991, pp. 82 e seguintes.

defeitos são supervenientes e imputáveis exclusivamente ao consumidor, à culpa exclusiva deste. Este benefício busca sua etiologia no princípio da defesa do consumidor (art. 170, V, da Constituição); sem ele a garantia estaria praticamente inviabilizada, dada a natureza complexa, assimétrica e massificada da relação de consumo.

A gravidade do vício há de estar caracterizada. O Código do Consumidor manteve os elementos tradicionais dos vícios redibitórios, ou seja, a impropriedade ao consumo (o Código Civil refere-se a uso) a que se destina o objeto da prestação (coisa ou serviço) ou a diminuição do valor. Outra importante hipótese, no entanto, foi acrescentada, conforme melhor exporemos adiante: a disparidade com as qualidades ou quantidades anunciadas (rótulo, embalagem, propaganda), prevista nos artigos 18, 19 e 20.

O Código do Consumidor manteve a brevidade dos prazos preclusivos, para exercício das pretensões à responsabilidade por vício: 30 dias para os bens e serviços de consumo não-durável; 90 dias para os de consumo durável (art. 26). Os prazos são inexplicavelmente exíguos, menores que os previstos na legislação e códigos civis estrangeiros. Os problemas, enfrentados pela jurisprudência, persistirão, apesar do prazo interruptivo da reclamação ao fornecedor e da exigência de conhecimento para o vício oculto. Não se compreende por que se reduziu o prazo de seis para três meses, em relação aos imóveis (art. 178, § 5º, IV, do Código Civil), por que estes terminaram por ser incluídos nos bens de consumo durável, segundo a tipologia do CDC.

Estabelecidos os pontos de convergência com o instituto tradicional dos vícios redibitórios, passemos a analisar os demais elementos peculiares da responsabilidade por vício, nas relações de consumo, tomando-se por objeto de estudo o modelo do Código de Defesa do Consumidor⁴.

⁴ Não é por acaso a repulsa do legislador do Código do Consumidor à locução "vícios redibitórios". A insuficiência e quase inefetividade deste velho instituto, pelas razões que apontamos, induziram ao seu afastamento e à busca de caminhos que dele se desvinculassem. Preferimos entender que houve, mais que uma criação de algo novo, a metamorfose do antigo. A alteração do nome jurídico (de vício redibitório para vício de qualidade ou quantidade) não altera a natureza do instituto.

3. Relação de consumo

A relação de consumo não é requisito; é um pressuposto para incidência do modelo legal da responsabilidade por vício. Na relação contratual comum continua incidente o regime dos vícios redibitórios. Portanto, além de pressuposto, é linha divisória entre um regime jurídico e outro.

Dá-se a relação de consumo quando coisas ou serviços são fornecidos ao consumidor por quem exerce atividade econômico-jurídica permanente (fornecedor). Atividade é um complexo de atos teleologicamente orientados, tendo continuidade e duração dirigidos a um fim. A atividade deve sempre tender a um resultado, constituindo um comportamento orientado⁵. Em sentido mais estrito, é a ocupação de uma pessoa, evocando movimento, a virtude de agir (*vertu d'agir*)⁶. A doutrina vem apontando para a transmutação do cerne da comercialidade do ato para a atividade⁷.

É a atividade que qualifica o outorgante como fornecedor, para os fins legais, e converte a relação negocial em relação de consumo. Se o bem ou serviço foram entregues mediante ato que não se integra na atividade de quem entregou, a relação negocial é regida pelo direito comum, não se configurando o modelo de fornecedor previsto na lei (art. 3º do CDC).

Nas relações de consumo, a atividade obriga. Da mesma forma que a atividade obriga, mesmo inexistindo ilícito culposo, em face do dano (responsabilidade por fato do produto ou do serviço), ela obriga pela garantia de inexistência de vício (responsabilidade por vício do produto ou do serviço). A responsabilidade nasce não somente do exercício anormal do direito, mas também da liberdade e do exercício normal de sua atividade, quando provoca consequências desvantajosas para outrem (o consumidor).

⁵ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo, 1991, p. 58.

⁶ Cf. NANA, Gérard-Jérôme. *La Reparation des Dommages Causes par les Vices d'Une Chose*. Cit., p. 320.

⁷ Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo, 1987, para quem a atividade é a prática reiterada de atos negociais, de modo organizado e unificado, por um mesmo sujeito, visando a uma finalidade econômica unitária e permanente (pp. 23/24).

Ontologicamente, é difícil extrair das relações econômicas as figuras incontroversas de fornecedor e consumidor. Cabe à legislação de cada país defini-las, embora a doutrina se esforce em precisar um conteúdo conceptual uniforme.

Contudo, mesmo quando a legislação define a figura de consumidor, como fez o CDC brasileiro (art. 2º), a controvérsia persiste, repercutindo a velha lição dos antigos de que não deve a lei definir.

Para os objetivos deste estudo, não convém aprofundar a controvérsia entre minimalistas e maximalistas, mas impende lembrar que a definição do artigo 2º do CDC não esgota o conceito de consumidor adotado por esta lei brasileira. O artigo 17 do CDC equipara aos consumidores todas as vítimas do evento causador de dano oriundo de produto ou serviço objeto de relação de consumo (terceiros; *bystanders*). O artigo 29 do CDC equipara ao consumidor todas as pessoas "determináveis ou não" expostas às práticas comerciais, tornando para este fim irrelevante a distinção entre consumidor final e consumidor intermediário.

Por esta razão, é merecedora de aplauso a tendência da jurisprudência dos tribunais em aplicar o regime legal especializado a qualquer relação de consumo, designadamente quando exteriorizada em contrato de adesão. Como exemplo animador, cite-se decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AP. 134.886-7)⁹, em caso envolvendo compra e venda de duas máquinas de costura entre o fabricante e uma empresa de confecções, que apresentaram defeitos de funcionamento. Não sanado o vício no prazo de trinta dias, o fabricante foi condenado a devolver a quantia recebida mais perdas e danos, aplicando o tribunal o artigo 18, § 1º, do Código do Consumidor.

Seja qual for a dimensão que se adote para o consumidor, incluindo ou excluindo o consumidor intermediário, o Direito há muito afastou-se da idéia de hipossuficiência. Objetivamente, na relação de consumo, ele é sempre a parte mais vulnerável, mesmo quando de fato economicamente mais forte. O Código do Consumidor brasileiro, no art. 4º, I, inclui entre os princípios de regência o "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo". Vulnerabilidade não se confunde

com hipossuficiência⁹.

4. *Vício oculto e aparente*

O sentido de vício oculto é o mesmo que a doutrina construiu desde o Direito romano.

A novidade vem por conta do vício aparente que revoluciona o regime de responsabilidade por vício, distanciando-se do modelo tradicional dos vícios redibitórios. Com efeito, um dos elementos distintivos deste com outros modelos dogmáticos (erro, inadimplemento) sempre residiu no fato de ser o vício oculto a quem adquiriu a coisa. No sentido da lei brasileira, encaminha-se a legislação estrangeira sobre consumidor, como a lei espanhola de 19 de julho de 1984, cujo artigo 11 não exige que os vícios sejam ocultos.

Agora, mesmo que o vício seja aparente no momento da entrega do produto ou do serviço, cabe a responsabilidade do fornecedor. Muda apenas o termo inicial do prazo preclusivo para que o consumidor exerça sua pretensão contra o fornecedor: se aparente o vício, o do momento da entrega.

Como o ônus da prova é do fornecedor, a ele incumbe provar que:

- a) o vício não existe e nunca existiu;
- b) o vício não foi preexistente ou concomitante ao momento da entrega do produto ou do serviço;

⁹ MARINS, James (*Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo, 1993), embora admita um conceito flexível de consumidor, entende não ser possível tal extensão para o regime referente ao vício do produto, tratado nos arts. 18 e seguintes do Código do Consumidor, "que foi, de fato, valorado legislativamente como um *minus* em relação àquelas previsões legais que comportaram a exceção legal ao artigo 2º, cabendo apenas aos intermediários, nesta hipótese, a possibilidade de se utilizarem dos dispositivos do Código Civil (arts. 1.101-1.106) e do Código Comercial (arts. 191 e ss) [indica como apoiando esta tese NERY JUNIOR, Nelson *et alli*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio: Forense Universitária, 1991. p. 271] de acordo com a natureza civil ou comercial do negócio jurídico convolado, podendo, entretanto, lançar mão das normas do Código de Defesa do Consumidor referentes à proteção contratual e às práticas comerciais". Não comungamos desta interpretação restritiva, que a lei (o Código do Consumidor) não faz, especialmente em face do largo alcance do art. 29, que protege todo aquele que se encontre exposto às práticas comerciais, seja consumidor final ou intermediário. Nestas situações, a vulnerabilidade do adquirente ou utente é sempre presumida

⁸ RT 694/170.

c) o vício é imputável exclusivamente à culpa do consumidor.

A doutrina tradicional sempre entendeu que admitir o vício aparente seria cancelar a má-fé ou o dolo do adquirente, ou a falta de seu dever de diligência comum, considerando-se o contrato como o campo da equipolência ou da paridade individual. Até mesmo nas legislações civis que admitem o vício aparente, como é o caso do Código Civil português, o vício *conhecido* do comprador no momento da conclusão do contrato exclui a garantia, porque presume ter aceitado a coisa defeituosa com conhecimento de causa.

Todavia, nas relações de consumo modernas, mercê de seu caráter impessoal, desigual e massificado, a inclusão do vício aparente é necessária para que se efetive o princípio de defesa do consumidor. Se assim não fosse, o consumidor estaria a mercê de intermináveis discussões judiciais acerca de seu desconhecimento do vício.

Em suma, o conhecimento do vício por parte do consumidor, no momento do recebimento do produto ou do serviço, não modifica a responsabilidade do fornecedor. No entanto, o consumidor terá de ser diligente quanto ao exercício da pretensão, porque o prazo preclusivo iniciou-se em seu desfavor.

5. Impropriedade do produto ou serviço viciados

O Código de Defesa do Consumidor trata como sinônimos “impropriedade” e “inadequação”. No vocabulário comum, impróprio inclui o sentido de inadequado, e este o daquele (cf. verbetes do *Dicionário Aurélio*). O § 6º do artigo 18 inclui entre os produtos impróprios, ao uso ou consumo, os que “se revelem inadequados ao fim a que se destinam”.

Além da impropriedade genérica (inadequação ao fim a que se destina), o CDC prevê duas hipóteses especiais:

a) quando os prazos de validade do produto estiverem vencidos. Esta é hipótese de vício aparente. Pouco importa que o produto continue são e regularmente consumível. Basta o vencimento do prazo de validade, porque presume a impropriedade. O prazo é fixado em lei ou regulamento, ou pelo próprio fornecedor;

b) quando forem fornecidos produtos potencialmente perigosos ao consumo, embora não tenha havido dano, ainda. Havendo dano, incide cumulativamente a responsabilidade por fato do

produto. Dá-se o perigo virtual quando o produto estiver deteriorado, alterado, adulterado, avariado, falsificado, corrompido, fraudado, nocivo à vida ou à saúde ou em desacordo com normas regulamentares. São situações que se enquadram no conceito amplo de dolo, mercê de seu forte componente intencional. A regra comum do Código Civil (art. 1.103) aplica-se com adaptação, ou seja, o fornecedor é responsável por vício e também por perdas e danos, além das sanções administrativas e penais acrescidas pelo CDC.

6. Diminuição de valor

Não há necessidade de que o vício diminua objetivamente o valor, embora seja intuitivo que sempre assim aconteça. Contempla o princípio constitucional de defesa do consumidor que não se veja obrigado a alegar a diminuição do valor do produto ou do serviço prestado.

A alegação de redução do valor é suficiente para caracterizar o vício, dispensando o recurso às demais hipóteses (impropriedade ou desconformidade).

A lei brasileira não define o que considera diminuição de valor. Não se exige que seja substancial ou de grande monta. Neste caso associam-se os elementos objetivos e subjetivos de aferição. De qualquer forma, há de ter expressão pecuniária.

Ingressam no valor de uma coisa ou de um serviço elementos variáveis, segundo as circunstâncias, a destinação e as pessoas envolvidas. Ocorre mesmo quando o vício seja inestimável ou flutuante por força de carga de afetividade do consumidor destinatário. As regras da experiência comum são suficientes para o convencimento do julgador da existência ou não de diminuição de valor.

Dentre as pretensões que o consumidor pode exercer, apenas uma interessa para a determinação da proporcionalidade da diminuição do valor. É quando resolve manter o produto ou o serviço viciado. Neste caso dá-se o abatimento proporcional do preço que lhe incumbe, de acordo com critérios admitidos pela doutrina e pela jurisprudência.

7. Desconformidade com as indicações anunciadas

Esta hipótese de ocorrência de vício, prevista nos artigos 18 e 20 do CDC (sob a denominação de “disparidade”), não está prevista no sistema tradicional dos vícios redibitórios. Decorre da natureza peculiar da relação de consumo, oriunda de oferta ao público, sem embargo

de localizarmos sua etiologia no princípio fundamental da boa-fé.

Trata-se de boa-fé objetiva, ou seja, quando o fornecedor provoca no consumidor a representação, fundada na confiança¹⁰, de conformidade do produto ou do serviço com o modelo anunciado.

Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé tem por fito conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento.

O produto ou serviço fornecidos ao público anunciam-se de vários modos que induzem ao consumo como oferta ao público, a saber, no recipiente, na embalagem ou na mensagem publicitária de qualquer natureza. O direito do consumidor considera qualquer anúncio ou mensagem publicitária integrante da oferta ao público e, como tal, vinculante ao fornecedor (a respeito, cf. o art. 30 do CDC). O que antes (a informação, a publicidade) era considerada apenas *dolus bonus*, sem vínculo obrigacional a quem dela se utilizava, passou a configurar a oferta por excelência na relação de consumo, prevalecendo até mesmo sobre o contrato formalmente celebrado.

O vício de desconformidade pode ter sido provocado por anúncio ou publicidade enganosa de prepostos ou representantes autônomos do fornecedor. Este é solidariamente responsável pelos atos daquele.

O consumidor adquire ou utiliza o produto ou o serviço atraído pelas indicações anunciadas, confiante que são verdadeiras.

A desconformidade ocorre quando o consumidor constata que as qualidades ou quantidades anunciadas não correspondem à realidade do produto entregue ou do serviço prestado.

No caso de serviços, o vício de desconformidade é relativo à sua qualidade, na forma do que dispõe o art. 20 do CDC. A desconformidade entre a quantidade dos serviços efetivamente prestados e a constante do anúncio ou da mensagem publicitária importará inadimplemento contratual, aplicando-se as regras comuns de inexecução

das obrigações e a utilização, pelo consumidor, da exceção *non rite adimpleti contractus* (art. 1.092 do Código Civil, por extensão).

8. Responsabilidade e solidariedade passiva do fornecedor

No sistema do Código de Defesa do Consumidor, prevalece a solidariedade passiva de todos os que participam da cadeia econômica de produção, circulação e distribuição dos produtos ou de prestação de serviços. São todos fornecedores solidários.

Assim, o consumidor pode exercer suas pretensões contra qualquer um deles, que por sua vez se valerá da regressividade contra os demais. No caso de produto, ou o comerciante, ou o produtor, ou o construtor, ou o importador, ou o distribuidor. No caso de serviço, o contratante, ou qualquer subcontratante. Este é o sentido dos artigos 18, 19 e 20 do CDC, ao contrário da responsabilidade por fato do produto, que exclui o comerciante (art. 14), salvo em casos excepcionais.

No sistema tradicional dos vícios redibitórios, a pretensão (e a ação edilícia correspondente) é exercida apenas contra a pessoa que entregou a coisa.

A solidariedade passiva de qualquer fornecedor, integrante da cadeia econômica responsável pela colocação do produto ou do serviço no mercado, é ampla, porque alcança até mesmo os prepostos ou representantes autônomos.

O Código de Defesa do Consumidor abre uma única exceção à regra da livre escolha do fornecedor, que responderá pelo vício. É o caso de fornecimento de produtos *in natura* (art. 18, § 5º) quando não for possível a identificação do produtor: responsável será o fornecedor imediato, cessando a solidariedade passiva em face do consumidor. O fornecedor imediato, no entanto, não está impedido de exercer a pretensão de regresso contra o fornecedor originário.

As regras da solidariedade passiva são as mesmas dos artigos 904 a 915 do Código Civil, que se aplicam subsidiariamente. Como diz o artigo 896 do Código Civil, há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda.

É da natureza da responsabilidade solidária que a ação proposta pelo consumidor contra um dos fornecedores (por exemplo, o comerciante) não o inibe de acionar outro (por exemplo, o fabricante).

¹⁰ Para Menezes Cordeiro (*Da Boa-Fé no Direito Civil*, t. 2, Coimbra, 1984, p. 1.234) a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e tutela.

Do poder regulamentar

AFONSO CÉSAR

SUMÁRIO

1. O poder regulamentar nas Constituições republicanas. 2. Os constitucionalistas e o poder regulamentar. 3. As inovações da Constituição de 1988. 4. Quando inadmissível a sumária revogação do Regulamento. 5. Como a omissão presidencial impediu, durante 15 anos, a aplicação de uma lei. 6. Medidas capazes de suprir a falta da expedição de regulamento. 7. A solução proposta.

1. O poder regulamentar nas Constituições republicanas

Nasceria com a própria institucionalização da República nos termos da Constituição de 1891, a disciplinação do poder regulamentar, ratificado em nossa história republicana até os dias atuais pelo advento sucessivo de seis textos constitucionais.

Tal ordenamento ganhou as seguintes redações:

Constituição de 1891

“Art. 48 – Compete privativamente ao Presidente da República:

1ª – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução.”

Constituição de 1934

“Art. 56 – Compete privativamente ao Presidente da República:

1ª – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, e expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.”

Constituição de 1937

“Art. 74 – Compete privativamente ao Presidente da República:

Afonso César é Analista Legislativo do Senado Federal, aposentado e consultor técnico do IPEAC.

a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.”

Constituição de 1946

“Art. 87 – Compete privativamente ao Presidente da República:

I – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.”

Constituição de 1967

“Art. 83 – Compete privativamente ao Presidente:

II – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.”

Constituição de 1988

“Art. 5º –

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

“Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República:

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.”

2. Os constitucionalistas e o poder regulamentar

A necessidade da previsão constitucional do poder regulamentar que nos veio do Império (Constituição de 1824, art. 102, n.º 12) é decorrência do fato de que, pela sua própria natureza, a lei há de ser concisa por imperativo indeclinável da exata medida, da precisão e do apuro da norma ou como assinala Franco Montoro (*Introdução à Ciência do Direito*, Revista dos

Tribunais, S. Paulo, 1994, 22ª edição, p. 27) “as leis são formuladas em termos gerais e abstratos para que se possam estender a todos os casos da mesma espécie.”

Conseqüentemente, na maioria das vezes as leis não são auto-aplicáveis e depende sua exigibilidade da edição do respectivo regulamento. Daí a necessidade de atos normativos complementares de hierarquia infralegal já, então, não mais originários do Legislativo e sim a cargo do Chefe do Poder Executivo, e somente dele, destinados a explicitar o ordenamento jurídico originário, conferindo-lhe a indispensável eficácia.

Já Carlos Maximiliano (in *Comentários à Constituição Brasileira*, Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, Rio, 1918) assinalava:

“Não parece difícil descobrir a razão de ser da faculdade atribuída pelo Código Supremo ao Poder Executivo. Se as leis descessem a particularidade, o Congresso não teria tempo suficiente para votá-las; porquanto, com o sistema vigente, ainda adormecem no seio das Comissões Permanentes projetos utilíssimos. Teriam, além disso, o defeito de cercar a iniciativa do Presidente em face de circunstâncias várias, impossíveis de prever.”

Vale ressaltar que – como assinalamos antes, embora de natureza infralegal, tem o regulamento a mesma força coercitiva da norma legal, por isso que é editado para sua fiel execução.

É também de Carlos Maximiliano (op. cit., p. 493) esta enumeração das restrições ao poder regulamentar:

a) não cria direitos nem obrigações não estabelecidas implícita ou explicitamente em lei;

b) não amplia, restringe ou modifica direitos, nem obrigações. Apenas desenvolve e completa em particularidades as regras estabelecidas pelo Congresso;

c) fica inteiramente subordinado à lei. Não faculta, ordena ou proíbe senão o que ela, em termos amplos, facultou, ordenou ou proibiu;

d) não extingue direitos nem anula obrigações dos cidadãos em geral;

e) limita-se a desenvolver os princípios e a completar a sua dedução, a fim de facilitar o cumprimento das leis, não deve estabelecer princípios novos;

f) não cria empregos, nem fixa, eleva

ou diminui vencimentos, institui penas, emolumentos ou taxas, senão quando expressamente autorizado pelo Congresso;

g) não revoga nem contraria a letra nem o espírito da lei;

h) quando esta determina a forma que deve revestir um ato, o regulamento apenas indica a maneira de cumprir aquelas formalidades, não institui outras novas;

i) suspende ou adia a execução da lei somente quando esta o autoriza explicitamente."

Reveste-se, portanto, o exercício do poder regulamentar atribuído com absoluta exclusividade ao Presidente da República, de intransponíveis limitações de tal sorte que a expedição de regulamentos está adstrita tão-somente à edição de decretos destinados à fiel execução da lei, e nada mais.

Isto porque, assinala-o José Afonso da Silva (in *O Prefeito e o Município*, p. 180, Serphau, 1971):

"O poder regulamentar não é Poder Legislativo e, por conseguinte, não pode criar normatividade que inove a ordenação jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência administrativa onde se insere. Ultrapassar esses limites importa em abuso de poder, em usurpação de competência, tornando írrito o regulamento dele proveniente".

Entendimento idêntico é esposado por Oswaldo Aranha Bandeira de Melo (in *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 319, v. I, Rio, Forense, 1969):

"O regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada e a legislação em geral e as fontes subsidiárias a que ela se reporta".

Cabe, também aqui a advertência de Pontes de Miranda:

"Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos não há regulamentos — há abuso de poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo" (*Comentários à Constituição de 67*, Tomo III, Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1973, p. 314).

3. As inovações da Constituição de 1988

Releva, nesta altura, assinalar que os textos constitucionais de 1891 a 1967 não inovaram

do dispor sobre o exercício do poder regulamentar, exceto alterações não significativas de redação.

Inovou, entretanto, a Constituição de 1988 ao introduzir profundas modificações no que diz respeito à emissão de regulamentos e assim deve ter procedido em face dos desvios, descaminhos e abusos reconhecidamente ocorridos não só por omissão do Presidente da República em regulamentar numerosos e importantes estatutos legais, bem assim por sua determinação de sustar, pela revogação de atos regulamentares, a aplicação da própria lei ou, ainda, baixar decretos exorbitantes do poder regulamentar.

Até então somente mediante recurso ao Supremo Tribunal Federal poder-se-ia coibir abusos do Poder Executivo na regulamentação das leis.

De fato, já Rui Barbosa, em 1900 (in *Lei e Regulamento*, Editorial da Imprensa) mencionava:

"No Império, como na República, o Poder Executivo expedia regulamentos para a execução das leis; e se eles as excediam, eram abusos de autoridade, a que os Tribunais muitas vezes negavam execução, devendo negar-lha sempre".

Em seus *Comentários à Constituição de 1934*, Editora Guanabara, Rio, 1935, p. 570, Pontes de Miranda afirmava na mesma linha, enfaticamente:

"Se o regulamento se afasta da lei, é inconstitucional. O Poder Judiciário pode declará-lo, de acordo com os princípios do *Judicial Control*".

Simplificando tal procedimento e colocando nas mãos do próprio Poder Legislativo instrumento capaz de neutralizar a prática de "atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar", o constituinte de 88 deu competência exclusiva ao Congresso Nacional, nos termos do art. 49, V, para sustar mediante decreto legislativo a prática de atos contendo tais irregularidades.

Outra preocupação do constituinte objetivou quebrar a inércia do legislador determinante da inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade.

Como disse Pinto Ferreira, esse

"é o remédio processual que permite à pessoa exigir a garantia do exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à

nacionalidade, à cidadania e à soberania, na falta de norma regulamentadora” (*Comentários à Constituição Brasileira*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1ª v., p. 207).

Não se trata, portanto, no caso, de compelir a autoridade competente a exercer o poder regulamentar, ainda que a falta de regulamentos possa obstaculizar, não raro, a aplicação da lei.

4. Quando inadmissível a sumária revogação do regulamento

Vejam os que ocorreu em relação ao parágrafo único da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Foram os seguintes os estatutos legais que trataram da matéria:

Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991

“.....
Art. 130 – Os recursos interpostos pela Previdência Social, em processos que envolvem prestações desta Lei, serão recebidos exclusivamente no efeito devolutivo, cumprindo-se, desde logo, a decisão ou sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença.

Parágrafo único – *Ocorrendo a reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada.*” (Grifamos.)

Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (aprovado pelo Decreto nº 357, de 7 de dezembro de 1991).

“.....
Art. 265 – Os recursos interpostos pela Previdência Social em processo que envolva prestações deste Regulamento serão recebidos exclusivamente no efeito devolutivo, cumprindo-se, desde logo, a decisão ou sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença.

Parágrafo único – *Ocorrendo a reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada.*”

Novo Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (aprovado pelo Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992).

“.....
Art. 265 – Omissis sobre o assunto.”

Até onde vai o poder regulamentar ?

Sua órbita está gizada pelas normas constitucionais que deram competência privativa ao Presidente da República para expedir regulamentos, todos o sabem, para que a execução da lei se revista de absoluta fidelidade.

Por isso mesmo, ensinava Pontes de Miranda, com sua inquestionável autoridade de constitucionalista emérito,

“onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo” (*Comentários à Constituição de 1967*, Revista dos Tribunais, São Paulo, Tomo III, p. 314).

Estas considerações preliminares têm a ver com a desnecessidade da restituição do benefício recebido na hipótese do art. 130 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, direito explicitado pelo art. 265 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (aprovado pelo Decreto nº 357, de 7 de dezembro de 1991), mas surpreendentemente suprimido pelo Novo Regulamento de Benefícios, decorrente do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, que consoante seu art. 2º, substituiu o Regulamento anterior.

De fato, o Decreto nº 611, de 1992, referido, exorbitou, indevida e inconstitucionalmente, ao negar direito que a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, instituiu e fora objeto de regulamentação mediante o Decreto nº 357, de 7 de dezembro de 1991.

Podia, certamente, o Presidente da República, ao expedir o último decreto regulamentador da Lei nº 8.213, de 1991, dar tratamento diverso ao conferido pelo Regulamento precedente ao art. 130 da Lei referida. Era-lhe, entretanto, constitucionalmente defeso abolir direito instituído por lei e explicitado por ato regulamentar.

É de translúcida clareza que, na hipótese falece ao Presidente da República, no pretense uso do poder regulamentar (que lhe é conferido com limites claros e restrições expressas) falece, repitamos, ao Presidente da República competência para revogar sumariamente decretos que tais.

É que, no caso, o poder regulamentar atingiu os limites do seu campo de ação, exaurindo-se.

Não lhe é lícito, dessarte, retroceder na tentativa de anular os efeitos jurídicos de legislação já explicitada, mormente por intentar desconstituir direito definitivamente constituído, só passível

de revogação por nova lei dispondo em contrário.

Se assim não fosse a hierarquia das leis, pedra angular na qual repousa toda a ordenação legal, estaria irremediavelmente comprometida pelo Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, ao ousar desregular o art. 130 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com o inequívoco objetivo de anular seus efeitos, tentativa inadmissível, sob pena de transformarmos a ordem jurídica na desordem legislativa.

Aliás, para coibir ou melhor para anular tais práticas abusivas o constituinte de 1988 previu, inovando, ser da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar, mediante decreto legislativo os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V).

Desse modo a questão encontrou adequado equacionamento e definitiva solução.

5. *Como a omissão presidencial impediu, durante 15 anos, a aplicação de uma lei*

Vejamos o caso bastante ilustrativo do Decreto-Lei nº 7.526, de 7 de maio de 1945, de grande alcance social, promulgado por Vargas com a finalidade de instituir a Lei Orgânica dos Serviços Sociais do Brasil e instalar numa antecipação do que seria duas décadas depois, o Instituto Nacional de Previdência Social, hoje INSS, em 1966.

Logo após advento do Decreto-Lei nº 7.526, de 1945, Vargas nomeou, sob a esclarecida supervisão de João Carlos Vital, a Comissão Organizadora do ISSB incumbida, também, de estruturar seu regulamento.

Deposto Vargas pela sublevação de 29 de outubro de 1945, foram suspensas as atividades da citada Comissão Organizadora.

Com seu retorno à Presidência da República, em 1951, e acolhendo sugestão nossa sobre a matéria, proferiu Vargas o seguinte despacho (*Diário Oficial* de 30.1.54):

“Convém estudo mais detalhado do assunto a fim de se verificar a ampliação ainda maior dos benefícios da previdência social, atendendo aos justos reclamos da classe trabalhadora.

Designo Comissão composta dos Senhores Waldyr Niemeyer, Oscar Saraiva, Paulo Câmara e Afonso César, respectivamente, Diretor do Departamento Nacional da Previdência Social, Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Presidente do Instituto de Resseguros

do Brasil e Presidente do Instituto dos Industriários, sob a presidência do primeiro, para estudar a conveniência daquela ampliação, por meio da implantação gradativa da Lei Orgânica dos Serviços Sociais do Brasil, prevista no Decreto-Lei nº 7.526, de 7 de maio de 1945. Em 28.1.54.”

Em pouco tempo a Comissão desincumbiu-se de sua tarefa de modo a submeter diretamente ao Presidente Vargas o Regulamento Geral dos Institutos, composto de mais de duzentos dispositivos, aprovado afinal pelo Decreto nº 35.448, de 1º de maio de 1954.

Estava a partir de então, quase dez anos depois, regulamentado o Decreto-Lei nº 7.526, de 7 de maio de 1945, cuja aplicabilidade, desenganadamente, teria, entretanto, breve duração.

De fato, logo após, novo golpe militar, consumado em 1954 e que assegurou a ascensão de Café Filho ao poder, acarretou a revogação, pelo novo Chefe do Poder Executivo, do chamado Regulamento Geral dos Institutos, mediante o Decreto nº 36.222, de 24 de setembro de 1954.

Mais tarde, com o advento da Lei Orgânica da Previdência Social, de 26 de agosto de 1960, deixou afinal de vigorar após quinze anos de melancólica vigência, sem a mínima aplicação por falta do respectivo regulamento, a Lei Orgânica dos Serviços Sociais do Brasil.

A proposital e obstinada omissão do Executivo, dessarte, numa paradoxal inversão da hierarquia das leis, frustrou a exigibilidade de uma norma legal de alta significação social.

Este, embora bastante ilustrativo, é apenas um, entre numerosíssimos exemplos, em que a falta de mero decreto executivo impediu a aplicação de estatuto legal hierarquicamente, portanto, superior.

Dir-se-ia que a regulamentação da Lei do ISSB poderia ter sido compulsoriamente baixada se, à semelhança de outros estatutos legais, o texto daquela norma assinasse prazo para cumprimento dessa determinação constitucional.

Na verdade, grande número de leis *consignou prazo para expedição do respectivo regulamento* sem que se atingisse o esperado objetivo.

É que o Presidente da República porfiou, insistentemente, em negar aplicabilidade a tais leis, omitindo-se na sua regulamentação.

A inexistência de penalidade aplicável ao Presidente da República pela não-observância

do prazo para exercício do poder regulamentar tornou a exigência inócua, pela ausência de característica fundamental de que se reveste a lei, na medida em que "sem a sanção coercitiva, a norma jurídica não se pode considerar tal, pois só através dela se podem fazer valer os direitos objetivos que a norma garante" (Rubens Limongi França, *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*, Rev. Tribunais, S. Paulo, 1965, p. 17).

6. Medidas capazes de suprir a falta da expedição de regulamento

A falta de regulamentação de estatutos legais que dela dependem para que exerçam plenamente a função que lhe é própria de norma coercitiva pode frustrar, e não raro frustra, consoante já vimos anteriormente, a ação do legislador. E o faz, paradoxalmente, por omissão do Presidente da República na expedição do indispensável ato regulamentar, subvertendo, desse modo, a hierarquia das leis.

De longa data a necessidade da instituição de meios adequados e instrumentos eficientes, capazes de compelir o Presidente da República a regulamentar, em tempo hábil, leis cuja aplicação não seja bastante em si, vem desafiando a inteligência e a criatividade de nossos legisladores.

Durante muito tempo, e até recentemente imaginou-se que a lei poderia fixar prazo ao Executivo para editar o respectivo regulamento.

Numerosíssimos vêm sendo, de longa data, os estatutos legais que assinam prazo para expedição, por parte do Presidente da República, do necessário regulamento.

Essa determinação, reiteradamente descumprida, caiu sempre no vazio pela falta de que sempre se ressentiu de força impositiva.

7. A solução proposta

Na medida em que considerarmos ser o exercício do poder regulamentar não apenas prerrogativa do Presidente da República, mas, igualmente, obrigação constitucional que lhe é imposta, particularmente quando o regulamento for indispensável à fiel execução da lei, estaremos avançando na busca da solução por todos há tanto tempo reclamada.

Tal entendimento resulta de que não pode ser considerada lícita, nem a qualquer título admissível, a omissão presidencial no exercício do poder regulamentar quando sua ausência implique a ineficácia da lei que esteja revestida de todas as formalidades que lhe são próprias.

Em outras palavras, pode, por sem dúvida, o Presidente recusar sanção a projeto de lei que

entenda inconstitucional. Pode, demais disso, recusar-se a cumprir ou mesmo regulamentar lei que deixou de sancionar por considerá-la inconstitucional se estiver postulando perante o Supremo Tribunal Federal a declaração dessa inconstitucionalidade.

Não pode, entretanto, recusar-se a regulamentar lei sancionada pelo Executivo com o transparente e indisfarçável objetivo de impedir sua exigibilidade.

Aliás, as Constituições de 1891 a 1946 só consideraram crime de responsabilidade em matéria de descumprimento de normas legais a falta de observância da "lei orçamentária", a saber:

Constituição de 1891

"Art. 54 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra:

- 1º – A existência política da União;
- 2º – A Constituição e a forma do governo federal;
- 3º – O livre exercício dos poderes políticos;
- 4º – O gozo e exercício legal dos direitos políticos e individuais;
- 5º – A segurança interna do País;
- 6º – A probidade da administração;
- 7º – A guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;
- 8º – As leis orçamentárias votadas pelo Congresso."

Constituição de 1934

"Art. 57 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra:

- a) a existência da União;
- b) a Constituição e a forma de governo federal;
- c) livre exercício dos poderes políticos;
- d) o gozo ou o exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais;
- e) a segurança interna do País;
- f) a probidade da administração;
- g) a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos;
- h) as leis orçamentárias;
- i) o cumprimento das decisões judiciais."

Constituição de 1937

“Art. 85 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentem contra:

- a) a existência da União;
- b) a Constituição;
- c) o livre exercício dos poderes políticos;
- d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros públicos;
- e) a execução das decisões judiciais.”

Constituição de 1946

“Art. 89 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra:

- I – a existência da União;
- II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;
- III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV – a segurança interna do País;
- V – a probidade na administração;
- VI – a lei orçamentária;
- VII – a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;
- VIII – o cumprimento das decisões judiciais.”

Entretanto, nas duas últimas Constituições, de 67 e 88, não só atentar o Presidente da República contra a lei orçamentária como omitir-se no cumprimento das leis em geral passou a caracterizar a prática de crime de responsabilidade.

De fato, consta dos referidos textos constitucionais:

Constituição de 1967

“Art. 84 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentem contra a Constituição Federal e especialmente:

- I – a existência da União;
- II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;
- III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV – a segurança interna do País;

V – a probidade na administração;

VI – a lei orçamentária;

VII – o cumprimento das decisões judiciais e das leis.”

Constituição de 1988

“Art. 85 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

- I – a existência da União;
- II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV – a segurança interna do País;
- V – a probidade na administração;
- VI – a lei orçamentária;
- VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.”

Obviamente, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que definiu e enumerou os crimes de responsabilidade pelos quais responde o Presidente da República, não contemplou a hipótese, por isso que elaborada anteriormente, na vigência da Constituição de 1946, em 1950, como vimos.

Já agora, impõe-se a adaptação da Lei de Crimes de Responsabilidade à nova ordem constitucional, caracterizando-se, textualmente, como crime, a falta de regulamento de leis que fixem prazo para tanto, por isso que omissão de tal natureza revela o propósito de impedir o cumprimento da lei.

Para tanto, basta acrescentar ao art. 4º da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que em oito itens enumera os crimes de responsabilidade do Presidente da República, o item IX, o seguinte:

“Art. 4º – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e especialmente contra:

.....
IX – a aplicação de lei pela falta de sua regulamentação no prazo estipulado.”

A partir de então, sempre que o Poder Legislativo considere indispensável a regulamentação de qualquer lei para sua plena eficácia e exigibilidade, assinará prazo para tanto ao Poder Executivo, que deverá ser compulsoriamente observado sob pena de incidência na prática de crime de responsabilidade.

O quadro institucional da Comunidade Européia

WERTER R. FARIA

O Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia, denominação substituída pela expressão Comunidade Européia pelo Tratado da União Européia ou Tratado de Maastricht, atribui a realização das tarefas confiadas a essa organização ao Parlamento Europeu, ao Conselho, à Comissão e ao Tribunal de Justiça.

O Tratado da União Européia altera o quadro institucional com a inclusão de mais uma instituição: o Tribunal de Contas.

O quadro institucional da Comunidade não corresponde à divisão clássica dos poderes do Estado, baseada no princípio da separação ou tripartição entre legislativo, executivo e judiciário, em que este último é considerado por uns como apolítico, em virtude da sua função de assegurar o respeito das leis, e por outros tão fraco que nem poderia ser qualificado como poder. O quadro institucional da Comunidade não reproduz a tripartição dos poderes, posto que, na expressão de Ricardo Monaco¹, entre estes “se insere, não um quarto poder, mas um órgão especial de conexão, bem como de coordenação da ação comunitária com a ação estatal, enquanto esta última se dirige à consecução dos fins comunitários. Trata-se do Conselho de Ministros. Mas, posto de lado isso, não se poderia estabelecer um exato paralelismo entre os três outros órgãos, respectivamente o legislativo, o executivo e o judiciário, assim como se encontram no ordenamento constitucional do Estado”. Depois de observar que a Assembleia não tem o poder de elaborar leis e a Comissão não exerce sozinha a direção da comunidade, Monaco conclui que, “desse modo, o sistema torna-se híbrido, porém ao mesmo tempo lógico, dado que corresponde à

Werter R. Faria é Professor titular aposentado de Direito Comercial da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Membro Fundador e Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI). Membro do Conselho Técnico-Científico do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo (IBRAC).

¹ *Enciclopedia del Diritto*, VIII (“Comunit... economica europea”), p. 329.

exigência de ente no qual ainda não pode existir separação de poderes e no qual, necessário que a ação comunitária se desenvolva mediante o concurso da ação dos Estados-Membros”.

Pierre Pescatore² compara a estrutura institucional das organizações internacionais tradicionais com a comunitária. A estrutura das primeiras funda-se “no mesmo princípio de legitimidade, que é o da representatividade do Estado nas relações internacionais. A despeito da grande diversificação das tarefas cometidas às diversas organizações, a despeito de sua estruturação interna, que pode assumir proporções grandiosas, como é o caso da armadura impressionante das Nações Unidas, todos esses organismos, entretanto, inspiram-se num único e mesmo princípio de estrutura: o de que todo poder deriva dos Estados e que uma instituição internacional só exerce uma autoridade real com a condição de ser composta de representantes de Estados.

Em outros termos, o poder nas organizações internacionais, a *policy making*, está concentrado nas mãos de órgãos compostos de representantes de Estados, quer dizer, representantes de interesses nacionais. Para ficar no exemplo das Nações Unidas – protótipo de todas as organizações – quer se trate da Assembléia Geral, do Conselho de Segurança, do Conselho Econômico e Social ou do Conselho de Tutela, a fonte de sua legitimidade é idêntica, embora as missões sejam distintas: todos esses órgãos são compostos, invariavelmente, de representantes de Estados.

Do ponto de vista da estrutura, em que consiste, pois, a originalidade do direito da integração, tal como se materializou nas Comunidades Européias? Os Tratados de Paris e de Roma constituem a primeira tentativa, numa escala mais ampla e mais sistemática, de introduzir na estruturação de um conjunto interestadual novos princípios de representatividade, à parte daquele da representação dos Estados. Com efeito, afóra o Conselho, que ainda se assemelha aos órgãos internacionais representativos de Estados, a estrutura comunitária comporta três instituições que dão corpo, cada uma, a valores e a forças distintas: a Comissão como guardiã do interesse comum; o Parlamento como expressão das forças populares; por último, a Corte de Justiça como garantia dos valores jurídicos”.

Os autores do Tratado de Roma concebe-

ram a Assembléia como órgão de representação política, composto por representantes dos povos dos Estados reunidos na Comunidade, designados pelos Paramentos dentre os seus membros, segundo o processo estabelecido por cada um deles. Posteriormente, a Assembléia recebeu a denominação de Parlamento Europeu, e os seus membros passaram a ser eleitos por sufrágio universal e direto. O Parlamento exerce os poderes que lhe são conferidos pelo Tratado, principalmente o de participar no processo conducente à adoção dos atos comunitários, mediante a emissão de pareceres favoráveis ou a formulação de pareceres consultivos. Pode, ainda, solicitar à Comissão que submeta à sua apreciação todas as propostas adequadas sobre as questões que se lhe afigurem requerer a elaboração de atos comunitários para efeitos de aplicação do Tratado. A despeito do nome, é um órgão essencialmente consultivo.

O Conselho, constituído inicialmente por um representante de cada Estado-Membro, em nível ministerial, com poderes para vincular o respectivo Governo, passou a ser formado por delegados dos Estados, designados entre os seus membros. Sendo a instituição representativa dos Estados-Membros, classifica-se como órgão intergovernamental. Por ser composta de representantes dos Estados-Membros, na expressão de Pescatore, “do ponto de vista da sua legitimidade, esta instituição mantém-se, portanto, no quadro tradicional das relações interestatais”. Quanto à sua presidência, o autor entende que, sob determinados aspectos, as concepções internacionalistas estão ultrapassadas. A ação do Conselho insere-se num conjunto de disposições sobre competência e forma que contribuem para criar, no seio do Conselho, uma atmosfera de trabalho muito diferente da que se verifica em outras instituições internacionais.

O Conselho dispõe de poder de decisão e tem a atribuição de assegurar a coordenação das políticas gerais dos Estados-Membros. Pelo fato de dispor de poder de decisão, pertence à categoria dos órgãos deliberativos.

Os membros da Comissão, depois de aprovada a escolha pelo Parlamento Europeu, são nomeados pelos governos dos Estados-Membros, de comum acordo, em função da sua competência geral e garantia de total independência³. Segundo a expressão de

² *Le droit de l'intégration*, Institut Universitaire, Genève, 1972, p. 14.

³ Antes da designação, os governos consultam o Parlamento e o Presidente da Comissão.

Monaco⁴, a Comissão tem atribuições particularmente vastas e que superam o esquema usual das funções executivas. Dispõe do poder de velar pela aplicação das disposições do Tratado CEE, bem como das medidas tomadas pelas instituições, por força deste. Tem o poder de formular recomendações ou pareceres sobre as matérias objeto do Tratado de Roma, quando este o preveja expressamente ou considere necessário. É dotada de poder de decisão próprio e participa na formação dos atos do Conselho e do Parlamento Europeu, nas condições previstas no Tratado. Exerce, ainda, a competência que o Conselho lhe atribua para a execução das regras que estabeleça.

Jean Boulouis⁵ divide essas atribuições em dois grupos: umas relativas à elaboração do direito, em que só dispõe do direito de iniciativa, expresso na fórmula "o Conselho, sob proposta da Comissão... adota". Sem embargo, exerce um certo poder normativo ou de decisão próprio, quer seja investida diretamente por disposições particulares do Tratado, quer esse poder seja delegado pelo Conselho "para a execução das regras por ele estabelecidas".

A esse primeiro conjunto pode ser relacionado o papel da Comissão como negociadora dos acordos celebrados pela Comunidade.

As outras correspondem à sua missão de

Pescatore (ob. cit., p. 18) nota que as modalidades desta investidura e esta independência caracterizam a Comissão. Por isso, sua posição não é diferente da posição de qualquer governo num regime parlamentar baseado na separação dos poderes. "Com efeito, neste regime o governo recebe sua investidura de outro poder, porém, depois de instalado, apoiado na confiança que lhe foi outorgada, gere os negócios com uma apreciável medida de independência. Entretanto, tudo isso é dizer muito pouco para descrever a posição institucional da comissão: com efeito, ela se define tanto pelas funções atribuídas a este órgão como pelas modalidades da sua investidura. Em face do Conselho, profundamente impregnado pela qualidade de seus membros, como representantes nacionais, a comissão é a representante e a defensora do interesse comum. É no reconhecimento deste interesse que reside a razão de ser e o título de legitimidade desta instituição; negativamente, é da negação deste interesse e da sua dissolução no antagonismo dos interesses nacionais que procede o não-reconhecimento da verdadeira natureza da comissão".

⁴ Ob. cit., p. 332.

⁵ Droit institutionnel des communautés européennes, 4^a ed., Montchrestien, Paris, 1993, p. 84.

velar pelo respeito dos tratados, pelo que se chama "guardiã dos tratados". São as atribuições de controle do Conselho, dos Estados-Membros e dos "justiciables" das Comunidades.

O Conselho exerce o poder legislativo na Comunidade, ou no dizer de Pescatore⁶, "ele, o legislador ordinário, porque nas suas mãos se acha concentrado o poder de legislar, propriamente dito, assim como o exercício do poder de fixar as orientações políticas e legislativas, sob a forma de diretivas e de decisões. Quanto à Comissão, o seu papel, a esse respeito, é diferente: antes de tudo, o tratado reservou-lhe, de maneira assaz sistemática, o direito de proposição, no sentido de que, na maior parte das matérias, quase em todas, o Conselho somente pode estatuir sob proposta da Comissão. Cabe-lhe, portanto, tomar a iniciativa da legislação, elaborar os estudos preparatórios e, por esse meio, fixar os termos do debate legislativo. O Tratado estabeleceu as disposições de procedimento necessárias a fim de que o Conselho não possa, quer se dispensar de considerar as iniciativas da Comissão, quer, ainda, tentar usurpá-las; assinalaremos, a propósito, uma prática do Conselho que consiste em *convidar* a Comissão a apresentar-lhe certas proposições – manifestação de intenção que significa, da parte do Conselho, que uma proposição nesse ou naquele sentido tem assegurado bom êxito.

Eis aí, portanto, a realidade da partilha dos poderes, no que concerne ao exercício, na Comunidade, do poder de tomar as decisões políticas e legislativas: é a Comissão que propõe e dispõe o Conselho que ordinariamente...".

O Tribunal de Justiça é composto por juízes escolhidos dentre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e reúnam as condições exigidas, nos respectivos países, para o exercício das mais altas funções jurisdicionais, ou que, caso sejam jurisconsultos de reconhecida competência, são nomeados, de comum acordo, pelos governos dos Estados-Membros, por um período de seis anos.

Assinala Valerio Gremontieri⁷ que, "a propósito da nomeação, as garantias são mínimas: com efeito, os Estados designarão os juízes com base em acordos diplomáticos, acordos que se

⁶ Ob. cit., p. 61.

⁷ "Le statut des juges de la Cour de justice des Communautés européennes", *Revue trimestrielle de droit européen*, 3-1967, p. 822.

tornaram ainda mais complicados pela necessidade da unanimidade". O autor reputa "mais condizente com o caráter da Corte de Justiça que os juízes sejam nomeados pelos órgãos executivos da Comunidade, sob parecer do Parlamento Europeu ou, melhor ainda, pelo próprio Parlamento, talvez com base numa lista elaborada pelos Executivos comunitários, em colaboração com os Estados-Membros".

O artigo 167 do Tratado CEE estabelece duas condições para a nomeação dos juízes e advogados-gerais: garantia de independência e competência jurídica. "Por sua generalidade, a primeira condição", objeta Grementieri, "tem pouco valor e, inclusive, é quase incompreensível: com efeito, falar em garantia de independência de uma pessoa, antes que tenha sido nomeada juiz, resulta em exigir alguma coisa inexistente, o que pode servir de instrumento de veto de um Estado para se opor à nomeação como juiz de uma pessoa que não lhe apraz. A segunda condição, de competência jurídica, não apresenta problema de interpretação, dado que está suficientemente descrita pelo próprio Tratado; uma particularidade a ser observada é que a competência jurídica não é exigida num domínio específico, mas tem caráter geral, contrariamente ao que se passa a respeito da Corte Internacional de Justiça para a qual é exigida competência *em matéria de direito internacional*. Esta diferença nas condições de competência jurídica dos juízes é justificada pela diversidade da funções das duas cortes".

Dispõe a alínea 2 do artigo 167 do Tratado de Roma que "de três em três anos proceder-se-á a uma substituição parcial dos juízes, a qual incidirá alternadamente sobre sete e seis juízes".

Durante o período de duração do mandato os juízes são inamovíveis. A despeito disso, Grementieri pondera que:

"podemos deplorar, contudo, o atentado à independência do juiz pela brevidade do mandato, na medida em que o fato de este ser submetido a um controle político da sua atividade, após breve lapso de tempo, não é a melhor garantia de um julgamento sereno e verdadeiramente independente. Estas observações parecem ainda mais fundadas levando-se em conta o fato de que é prevista uma renovação parcial da Corte a cada três anos".

Depois de examinar outras possibilidades (vitaliciedade e mandato mais longo), o autor aduz que:

"a brevidade do mandato e sua renovação são dois aspectos inseparavelmente ligados: sobretudo por razão de ordem prática (orientação constante da jurisprudência), é necessário corrigir o primeiro elemento pelo segundo, e o único meio de eliminar a renovação seria dar uma duração mais apropriada ao mandato".

Segundo o artigo 6º do Protocolo Relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da Comunidade Económica Europeia,

"os juízes só podem ser afastados de suas funções ou privados do seu direito a pensão ou de outros benefícios que a substituam se, por decisão unânime dos juízes e advogados-gerais do Tribunal, tiverem deixado de corresponder às condições exigidas ou de cumprir os deveres decorrentes do cargo. O interessado não participa nestas deliberações". A decisão é comunicada aos presidentes do Parlamento Europeu e da Comissão e notificada ao presidente do Conselho. Conforme a alínea 3 da citada disposição, "em caso de decisão que afaste o juiz das suas funções, a notificação do presidente do Conselho determina a abertura de vaga no lugar".

Além da garantia de imobilidade, na forma do artigo 3º do Estatuto,

"os juízes gozam de imunidade de jurisdição. No que diz respeito aos atos por eles praticados na sua qualidade oficial, incluindo as suas palavras e escritos, continuam a beneficiar de imunidade após a cessação das suas funções".

Comenta Grementieri que:

"vemos claramente a importância da proteção prevista para os juízes que, não apenas durante o seu mandato, mas também, e sobretudo, após a cessação deste, não devem responder por sua atividade perante terceiros, nem em particular perante os seus eleitores. Se a proteção só estivesse prevista para o primeiro período, a sua eficácia seria gravemente diminuída; assim, em compensação, são evitadas as posteriores medidas de retorsão de caráter político".

A alínea 2 do artigo 3º do Estatuto permite que a imunidade de jurisdição seja levantada pelo Tribunal, reunido em sessão plenária.

A alínea 3 daquele mesmo artigo atribui ao juiz outra garantia: em caso de ação penal, o juiz privado da imunidade “só pode ser julgado, em qualquer dos Estados-Membros, pela instância competente para julgar os magistrados pertencentes à mais alta jurisdição nacional”.

O Tribunal de Justiça afirma que o tratado instituidor da Comunidade Européia dá origem a uma nova ordem jurídica de direito internacional, em benefício da qual os Estados-Membros limitaram, em domínios restritos, os seus direitos soberanos.

Para que a autonomia dessa ordem jurídica se imponha, sustenta Jean Boulois,⁸ duas condições devem ser cumpridas: “a primeira é que, para sua interpretação e aplicação, as normas que constituem essa ordem sejam submetidas a uma só instância, que lhe seja própria, e que julgue conforme as regras que estabelece. A segunda, que essa ordem baste a si mesma, de modo que não seja necessário recorrer a princípios ou a regras que o tratado não conteria”.

As atribuições do Tribunal resumem-se na missão geral de garantir o respeito do direito na interpretação e na aplicação do tratado que institui a Comunidade Européia, missão que se desdobra nas suas várias competências.

O Tratado da União Européia pôs em plano de instituição o Tribunal de Contas, cujos

membros são escolhidos dentre personalidades que pertençam ou tenham pertencido, nos respectivos países, a instituições de fiscalização externa ou que possuam uma qualificação especial para essa função. Uns e outros devem oferecer todas as garantias de independência. O Tribunal de Contas tem as seguintes incumbências: 1) examinar as contas da totalidade das receitas e despesas da Comunidade, bem como de qualquer organismo por ela criado, se o ato constitutivo não excluir esse controle; 2) examinar a legalidade e a regularidade das receitas e despesas e garantir a boa gestão financeira; 3) elaborar um relatório anual, após o encerramento de cada ano financeiro; 4) apresentar, se julgar necessário, em qualquer momento, observações sobre determinadas questões e formular pareceres a pedido de uma das instituições da Comunidade; 5) assistir o Parlamento Europeu e o Conselho no exercício da sua função de controle da execução do orçamento.

Dentro desse quadro institucional, a Corte de Luxemburgo ocupa um lugar de destaque, não só porque, de acordo com o artigo 164 do Tratado de Roma, garante o respeito do direito na sua interpretação e aplicação, como pela importância das suas atribuições consultivas e jurisdicionais. Autores, como Ricardo Monaco,⁹ consideram o Tribunal possivelmente o órgão de maior relevo da Comunidade.

⁸ “Le droit des Communautés Européennes dans ses rapports avec le droit international général”, *Recueil des Cours*, IV- 1992, p. 41.

⁹ *Enciclopedia del Diritto*, VIII (“Comunit... europea del carbone e dell'acciaio”), p. 342.

Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o Judiciário

FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal. 3. O controle difuso de constitucionalidade. 4. Conclusão.

1. Introdução

Os litígios cresceram assustadoramente. O cidadão, apesar de não acreditar na Justiça, não tem a quem recorrer, e, assim, a procura como última esperança, como aquele que joga na loteria, ou como aquele que não crê em Deus, mas, na hora do perigo, aflito, perdido, O chama, pedindo ajuda, ou como aquele que não crê em bruxas, mas afirma que elas existem.

Para o litigante, uma decisão rápida, ainda que desfavorável, é preferível a uma expectativa demorada. Como explica Cândido Dinamarco (in *A instrumentalidade do processo*, 3ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p. 161):

“psicologicamente, às vezes, a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminado este, desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social.”

Disto resulta não ocupar o Poder Judiciário, apesar de desacreditado, no arcabouço dos poderes do Estado, lugar secundário, antes, sua posição é de certa preeminência.

O povo clama por um Judiciário forte, ágil, por soluções rápidas. E o que vemos são decisões proferidas, de um modo geral, após cinco, seis anos. Questões simples, sem complexidade, sem colheita de prova demorada.

Os “processos” se avolumam num crescente aterrorizador. Não são mais contados, são

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

medidos por metro. O bom juiz, atônito, sente-se um *nada*, sente-se um grão de areia no universo, sem forças, sem poder, sente-se mero burocrata, nada resolvendo, um impotente.

As causas são várias, a começar pelo atuar letárgico de certa parte dos juizes — parece até doença. Existe o vírus da *preguicite*? A falta de juizes é também razão para a lentidão paquidérmica do Judiciário. A plethora de leis é outro fator. O Governo, perdido, a editar medidas provisórias cada vez mais. O Legislativo, a elaborar uma profusão de leis. Leis casuísticas, feitas ao capricho do momento. Leis sem sentido, confusas. Um emaranhado, um cipal de leis mal preparadas, mal discutidas. Leis que seus próprios elaboradores não sabem decifrar. Com precisão, disse Oscar Corrêa (in *A crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal*, ed. RT, 1986, p. 13):

“Na verdade, nosso mal, nosso grande mal, é que fazemos as leis (as vezes sem apreender bem a realidade, por falha do próprio processo de elaboração legislativa, ou da iniciativa do Executivo), nem sempre a aplicamos, e, ao primeiro desagrado, nos dispomos a revogá-la, como se a mudança legal operasse também a transformação dos fatos.”

Correto o entendimento. Os legisladores, em sua maior parte, e o Governo estão afastados do povo. Da realidade social quase nada sabem. Parece até que atuam contra o povo. Precisam lembrar-se, porém, do ensinamento de Jean Cruet: “Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade”.

É causa também do retardamento da solução dos litígios a quantidade de recursos. Há recursos contra tudo e por tudo.

2. *A jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal*

Observa Cândido Dinamarco (in ob. cit., p. 318):

“Fala-se em exigência de *justiça e celeridade*, ou de *celeridade e ponderação*, mas sempre o que se tem é isso; a necessidade de dotar o processo de meios que ele chegue o mais rapidamente a proporcionar a pacificação social no caso concreto (é seu escopo social magno), sem prejuízo da qualidade da decisão.”

Não se pode conceber que uma questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte mais alta do País, o Tribunal que dá a última

palavra, receba decisão diferente, em causas idênticas, nos tribunais e juizes inferiores, obrigando o vencido a interpor recursos, percorrendo um caminho difícil, penoso, demorado, para, depois de anos e anos, chegar ao Supremo, a fim de obter a reforma daquela decisão.

O Professor Nelson Sampaio, em 1981, em artigo publicado na Revista *Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 157, p. 85, intitulado “O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário”, dizia:

“O processo de julgar pelos precedentes talvez torne mais laboriosa a tarefa dos profissionais do direito, em virtude da massa imensa de casos”.

As decisões do Pleno do Supremo devem ter força vinculatória. Levaria isto à *ossificação* da jurisprudência?

Ora, atualmente, os recursos interpostos contra decisões proferidas de acordo com a jurisprudência do Supremo sequer são lidos pelos ministros. Submetidos, pelos assessores, a uma triagem, rotulados, com votos padronizados, são julgados. Julga-se, assim, *por atacado*. É a realidade. Diferente não podia ser. A única vantagem desses recursos é atrasar o desfecho do processo.

Fala-se que o efeito vinculante retira do juiz a liberdade de decidir, o manietá, o transforma em simples burocrata, sem criatividade. Nada disto é verdade. Não se deve, primeiro, confundir efeito vinculante com advocatória.

A causa para chegar ao Supremo, evidentemente, passa pelas instâncias inferiores. Decidida pelo Pleno da Corte Suprema, as demais causas idênticas não poderiam ser julgadas de maneira diferente pelos juizes inferiores. Seria pura perda de tempo.

Lembremos que juizes e tribunais, em milhares de questões, decidiram que os funcionários teriam direito à incorporação do reajuste de oitenta e quatro por cento em seus salários, contrariando decisão do Supremo. Qual o resultado? Centenas e centenas de recursos, a crença dos pobres dos desacreditados funcionários de que seriam vitoriosos, anos de esperança, para, afinal, o Supremo, sem mais estudar esses recursos, porque já analisara detidamente o caso, negar-lhes provimento. Tempo perdido, dinheiro gasto à toa, honorários advocatícios desembolsados sem necessidade. De antemão já se sabia qual seria o desfecho do julgamento.

Ledo engano imaginar que o Supremo decida hoje em certo sentido e logo amanhã venha a mudar. Se assim agisse, o mundo judiciário ficaria perplexo, o cidadão confuso. As decisões são tomadas após estudo acurado, amadurecido. Belo é dizer que cada juiz pode interpretar a lei como entender, decidindo, inclusive, contra o Supremo. Encantador. Nada prático, porém. Nem é justo inculcar no coitado do cidadão uma esperança vã, quimérica. Esquece-se que “o processo tem uma finalidade que interessa à comunidade. Essa finalidade de caráter público consiste em garantir a efetividade integral do direito” (Eduardo Couture).

O Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente do Supremo Tribunal Federal, em palestra proferida na Escola Superior de Guerra, disse o seguinte:

“Continuamos a viver uma ilusão; a de tratar os processos de massa como se fossem processos individuais de conflitos *inter partes*, como se fosse o desquite de João com Maria ou o homicídio de Antônio, que matou Joaquim”.

E fez a seguinte observação:

“...tem-se que questões decididas pelo Tribunal há três, quatro, cinco anos continuam a congestionar suas pautas, em homenagem à independência do juiz das instâncias inferiores, que não se vincula à decisão e pode, então, por amor a sua própria convicção, permanecer anos, anos e anos a decidir contrariamente à decisão absolutamente tranquilizada no Supremo Tribunal. Isso é o que chamo de uma *visão romântica* que se recusa a ver os mecanismos do processo e da jurisdição para as questões individuais. Pode haver acerto, consenso sobre esta ou aquela questão jurídica, mas a questão de fato é necessariamente única. Não se pode transplantar para esta litigiosidade de massa, sobretudo na área previdenciária que tem trazido, a cada ano, centenas de milhares de processos que nenhuma máquina judiciária comporta. O que chega ao Supremo – nesses números absolutamente astronômicos, indecentes – é uma parcela do que congestiona a Justiça Federal”.

Não é certo dizer-se que o efeito vinculante fossiliza a jurisprudência, a *ossifica*. O efeito vinculante não será instrumento do entorpecimento jurídico. Os estudos não param. Ai estão

os doutrinadores, os articulistas, os professores. As matérias são debatidas em congressos, em seminários, em palestras. Podem os juízes, apesar de julgarem de acordo com o Supremo, expor entendimento contrário, ressaltando seu ponto de vista. A mudança é que não pode ser rápida. Salientou Jean Cruet (in *A vida do direito e a inutilidade das leis*, Ed. Vendramin, Rio Grande do Sul, impressão histórica da Ibero-americana-Barcelona, 1939, p. 41):

“A lentidão da jurisprudência manifesta o seu cuidado de não ultrapassar os costumes e os usos e de não comprometer por um salto brusco a estabilidade, a segurança dos interesses privados”.

A jurisprudência evolui de forma lenta, apreendendo, com segurança, as transformações sociais, analisando os costumes, adaptando-se de maneira segura, abeberando-se no *gênio inconsciente do povo*, de modo que a segurança jurídica não seja destruída.

E ainda que mal pergunte, hoje, muitos juizes não julgam baseados na *jurisprudência pacífica*?

José Guilherme Villela, advogado conceituado, militante há mais de trinta e cinco anos, sobre o efeito vinculante e a criatividade do juiz, em entrevista ao *Jornal Voz do Advogado*, Brasília, abril de 1995, p. 5, disse:

“Isso não diminui juiz nenhum, isso libera o juiz para estudar questões ainda não estudadas. Em vez de o juiz continuar examinando questões sobre as quais o Supremo já se debruçou, vai estudar o que ainda não foi estudado”.

É verdade. Quantas e quantas questões o Supremo jamais apreciou? E juizes e advogados ficam à *cata* de precedentes. Observe-se como proliferam os livros de jurisprudência, os códigos e a interpretação jurisprudencial. É a lei do menor esforço. E a criatividade onde fica?

3. O controle difuso de constitucionalidade

Por que declarando o Supremo a inconstitucionalidade de uma lei, em controle difuso, a eficácia dessa decisão não pode ser *erga omnes*? Não se pode entender a razão de já tendo o Supremo declarado, em recurso extraordinário, a inconstitucionalidade de uma lei, a aplicação em casos posteriores dessa decisão tenha de passar pelo Plenário dos tribunais inferiores. Os órgãos fracionários não vão declarar a inconstitucionalidade da lei, essa declaração já foi proferida pelo Supremo. Vão eles apenas

declarar o que foi decidido pela Corte Suprema. Não há, pois, transgressão ao art. 97 da Constituição Federal. Não se pode também conceber por que essa decisão não possa ser obrigatória para todos os juízes e para a Administração. Explica Lúcio Bittencourt, in *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Forense, Rio de Janeiro, 1949, p. 143:

“Muito embora se discuta se os juízes e tribunais estão, no comum dos casos, obrigados a obedecer à jurisprudência dos órgãos judicantes superiores, essa dúvida não cabe quanto às decisões que declaram a inconstitucionalidade, pois o entendimento pacífico é no sentido de considerá-las plenamente obrigatórias”.

Estudando o controle difuso de constitucionalidade, disse Mauro Capeletti, in *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, Rio Grande do Sul, Fabris Editor, 2ª ed., 1992, p. 77:

“a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método americano de controle levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros contrastes de tendências entre órgãos judiciários de tipo diverso – que se manifestam, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa – ou entre órgãos judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens e, portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas, como, exatamente, verificou-se com notoriedade na Itália, no período de 1948-1956, e como, pelo que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante, no Japão. A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto poderia ser uma grave

situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado”.

Chama a atenção o ilustre jurista (ob. cit., pp. 85-86):

“muito embora o método americano seja o de um controle *difuso* que pertence a todos os juízes, inferiores e superiores, estaduais e federais, é também verdadeiro, no entanto, que, praticamente, a última palavra através do sistema das impugnações acaba por competir às Cortes Superiores e, definitivamente, à *Supreme Court* federal (pelo menos no que concerne à conformidade com a Constituição Federal), cujas decisões, por força da regra do *stare decisis*, são, depois, vinculatórias para todos os outros juízes, e não apenas no caso concreto em que a questão tenha surgido”.

Devemos aplicar o princípio do *stare decisis et non quieta movere* (ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso).

Carlos Maximiliano, também, lembra que (in *Hermenêutica e aplicação do Direito*, Freitas Bastos, 6ª ed., 1957, p. 234):

“sem estudo sério, motivos ponderosos e bem examinados, não deve um tribunal superior mudar a orientação dos seus julgados; porque da versatilidade a tal respeito decorre grande abalo para toda a vida jurídica da circunscrição em que ele exerce autoridade. É preciso que os interesses privados possam contar com a estabilidade: *judex ab auctoritate rerum perpetuo similiter judicatarum, non facile recedere debet* – não deve o juiz com facilidade afastar-se da autoridade dos casos constantemente julgados de modo semelhante”.

E Alberto dos Reis pondera (in *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, Coimbra, 2ª ed., 1929, p. 688):

“Antes jurisprudência errada, mas uniforme, do que jurisprudência incerta. Perante jurisprudência uniforme cada um sabe com o que pode contar; perante jurisprudência incerta ninguém está seguro do seu direito”.

Há Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo, de nº 3.804, de 1993, dispondo sobre o julgamento das questões idênticas. Altera o

Projeto o art. 479 do Código de Processo Civil, dando-lhe a seguinte redação:

“Art. 479 – Quando várias ações envolverem a mesma questão de direito, o relator, de ofício, a requerimento da parte ou do Ministério Público, ou qualquer juiz, por ocasião do julgamento, poderá propor o pronunciamento prévio do tribunal ou do órgão competente a respeito dessa questão.

§ 1º Acolhida a proposição, serão suspensos os processos pendentes no tribunal e relativos à mesma questão de direito, fazendo-se comunicação aos seus órgãos.

§ 2º Findo o prazo de quinze dias para manifestação do Ministério Público, será designada data para o julgamento.

§ 3º Quando adotada a decisão pelo voto da maioria absoluta dos membros do órgão competente, este fixará em súmula o entendimento a ser observado, por seus órgãos, em todos os julgamentos relativos a idêntica questão de direito.

§ 4º Sumulada a tese:

a) será defeso, aos órgãos de qualquer grau de jurisdição, subordinados ao tribunal que proferiu a decisão, a concessão de liminar que a contrarie;

b) cessará a eficácia das liminares concedidas;

c) o recurso contra a decisão que contrarie a súmula terá sempre efeito suspensivo;

d) nos processos pendentes e nos processos posteriores, com pretensão fundada na tese da súmula, poderá ser concedida a antecipação da tutela, prosseguindo o feito até final julgamento”.

4. Conclusão

Lentidão não significa prudência. O Judiciário não está correspondendo aos anseios populares. A prestação jurisdicional está de ruim para péssima, grande parte da população não tem acesso à Justiça, e os que a ela se dirigem são mal-atendidos. Num mundo veloz, dinâmico, competitivo, onde o cidadão clama abertamente por seus direitos, onde a coletividade luta por um meio ambiente melhor, onde as minorias se levantam, a Justiça não pode ser lenta, arcaica, omissa, não pode manter-se fora da realidade, sem criatividade, não pode ser neutra diante dos valores jurídicos, não pode ser formalista, artesanal. O Judiciário há de remodelar-se, transformar-se, estabelecer escalas de prioridades, para ser atuante e poder bem servir à coletividade, ao povo, ao cidadão, caso contrário, será apenas um Poder decorativo, um Poder só no nome, um Poder faz-de-conta. É preciso, com urgência salvar o Poder Judiciário. É difícil: “Mas tudo o que é belo é tão difícil, como raro” (Spinoza).

Reforma administrativa e direito adquirido ao regime da função pública

PAULO MODESTO

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Regime estatutário da função pública.* 3. *Eficácia imediata e eficácia retroativa das normas constitucionais.*

1. *Introdução*

O direito adquirido tem sido argumento freqüentemente invocado pelos opositores da reforma constitucional do aparelho administrativo do Estado. Nesse debate, entretanto, este argumento é completamente destituído de validade técnica. Dizer que a reforma constitucional não pode alterar o regime jurídico de servidores públicos (o estatuto jurídico da estabilidade, disponibilidade, remuneração etc.) é incorrer em completo equívoco. As razões dessa incompreensão decorrem do desconhecimento de no mínimo dois tópicos relevantes encartados no tema, a saber: (a) a natureza do regime jurídico que vincula o servidor público civil à Administração; (b) a distinção entre eficácia imediata e eficácia retroativa das normas constitucionais.

2. *Regime estatutário da função pública*

Houve tempo em que a função pública era objeto de contrato, o *contrato da função pública*, tempo em que os postos públicos eram comprados por particulares, doados pela nobreza decadente, transferidos por herança ou negócio privado, eram bens integrados no patrimônio econômico e jurídico dos indivíduos, que gozavam por isso de direitos subjetivos às competências e prerrogativas do cargo, e, conseqüentemente, de garantias especiais contra a alteração ou supressão unilateral desses postos pelo Estado. Os agentes públicos eram então vistos como *proprietários dos respectivos cargos* (Cf. *Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. II, Forense, 1969, pp. 357-8).

Paulo Modesto é Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

No presente, no entanto, o regime jurídico dos servidores públicos é *legal*, vale dizer, objetivo e impessoal, e não garantia subjetiva, individual, apropriável pelo servidor público e integrante de seu patrimônio jurídico. No *regime legal ou público da função pública*, ao contrário do que ocorria na *concepção patrimonial da função*, as alterações normativas têm aplicação imediata, alcançando de forma geral e impessoal os servidores em atividade, ficando ressalvados os atos, direitos e fatos consumados no tempo (os denominados *facta praeterita*, como as gratificações devidas *pro labore facto*). Esse limite decorre do princípio da irretroatividade das leis, não do princípio do direito adquirido – garantias distintas e inconfundíveis. É dizer: as leis administrativas não podem retroagir, para desconstituir no *passado* vantagens, prerrogativas e direitos exercitados pelos servidores estatutários; mas podem alterar, com eficácia imediata, no *presente e para o futuro*, quando couber, a situação jurídica geral e impessoal, estatutária, dos servidores públicos civis.

O servidor ocupante de cargo público não se apropria do seu regime jurídico, este não lhe pertence, não é incorporado ao seu patrimônio jurídico, não é *adquirido* como qualquer outra comodidade, prestação de ordem patrimonial ou vantagem individual. A disciplina jurídica do seu cargo encontra a definição de seus limites e condições fixadas pela lei e pela Constituição e não por contrato individual personalíssimo. Com efeito, o regime jurídico dos servidores não é algo consumado e intangível no tempo, mas conjunto de normas mutável, impessoal, objetivo, definido e alterado *unilateralmente* pelo Estado em vista do interesse público. Por isso também a sentença tantas vezes repetida na jurisprudência dos tribunais: não há direito adquirido ao regime jurídico para os servidores públicos (“Lei nova, ao criar direito novo para o servidor público, pode estabelecer, para o cômputo do tempo de serviço, critério diferente daquele determinado no regime jurídico anterior. Não há direito adquirido a regime jurídico” – STF RE nº 99.522, Rel. Ministro Moreira Alves, In: RDA nº 153/110-113); “O funcionário tem direito adquirido a, quando se aposentar, ter seus proventos calculados em conformidade com a lei vigente ao tempo em que preencheu os requisitos para a aposentadoria. Não possui, contudo, direito adquirido ao regime jurídico relativo ao cargo, o qual pode ser modificado por lei posterior (...)” – STF RE nº 92.638, Rel. Ministro Moreira Alves, In: RDA nº 145/56-61);

e recentemente: “Vencimentos: reajuste: direito adquirido. Inexistência. Segundo a jurisprudência do STF – que reduz a questão à inexistência de direito adquirido a regime jurídico –, as leis ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade – que modificam sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos são aplicáveis desde o início de sua vigência. Ressalva do entendimento do relator, expresso no julgamento do MS 21.216 (Gallotti, RTJ nº 134/1.112)” (RE nº 185.966-1, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, In: DJU de 22.09.1995, Seção I, p. 30.632); “(...) Recentemente, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE nº 146.749, decidiu que, não havendo direito adquirido a vencimentos nem a regime jurídico, o artigo 1º, *caput*, do Decreto-Lei nº 2.425/88 é de aplicação imediata, tendo os funcionários direito apenas ao reajuste, calculado pelo sistema do artigo 8º, § 1º, do Decreto-Lei nº 2.335, com relação aos dias do mês de abril anteriores ao da publicação daquele Decreto-Lei (...)” (RE nº 179.956-1, Rel. Ministro Moreira Alves, DJU de 22.09.1995, Seção I, p. 30.633).

No Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no RE nº 82.881, em 5 de maio de 1976 (RDA nº 130, out./dez., 1977, p. 156), o Ministro Bilac Pinto teve oportunidade de afirmar:

“O reconhecimento de direito adquirido em matéria estatutária contraria a sistemática de direito administrativo. Tenho sido intransigente na inadmissão do direito adquirido nas relações estatutárias entre o servidor – ativo e inativo – e as pessoas jurídicas de direito público interno, porque a extensão desse instituto ao regime estatutário colocará a administração pública na impossibilidade de empreender reformas nos seus quadros”.

A aplicação imediata da lei nova às relações jurídicas continuadas, no entanto, não é fenômeno restrito à regulamentação da situação jurídica dos servidores públicos estatutários. De regra tampouco existe direito adquirido à aplicação de regra processual, inexistindo direito de quem quer que seja à permanência de certo rito processual ou à inalterância de normas de competência de órgãos e juízos, salvo disposição expressa em contrário. Aqui também, como noutras matérias de *ordem pública*, o princípio da imediatidade eficaz incide. Nessas hipóteses, a regra nova aplica-se de imediato, alterando a situação jurídica regente até então, mas não desfaz os “efeitos passados de fatos passados”, alterando apenas os direitos e as

obrigações existentes para o presente (*facta pendentia*) e para o futuro (*facta futura*). Nessas hipóteses, descabe falar em *direito adquirido*, pois este existe apenas quando se coloca o tema da ultratividade da norma revogada, isto é, a “sobrevivência”, no presente e no futuro, de efeitos jurídicos desencadeados por norma suprimida.

Questão diversa impõe o princípio da irretroatividade das leis. Retroagir (*retro agere*) é incidir sobre o passado, é atribuir nova valoração jurídica a fatos resolvidos no tempo. É verdade que, no Brasil, a Constituição não proíbe de forma absoluta e genérica a retroeficácia da lei. Proíbe a retroatividade da lei penal incriminadora (art. 5º, XL) e prescreve que a lei não poderá retroagir para ferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Não impede a retroação feita para beneficiar, mas, ao contrário, a admite expressamente (“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” – art. 5º, XL) e implicitamente (“Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III – cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” – art. 150, III, a e b). Tampouco repele a retroação de lei quando não estiver em causa dano a direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. Ressalte-se ainda que a Constituição abre autorização expressa à retroação, quando se tratar de inovação jurídica promovida por medida provisória não convertida em lei, pois neste caso a alteração promovida com força de lei perde a eficácia, desde a edição da medida provisória, devendo o Congresso Nacional *disciplinar as relações jurídicas das decorrentes* (art. 62, parágrafo único). E, ademais, para algumas questões, permitiu a retroação inclusive para prejudicar o beneficiário de direito (art. 51 do ADCT):

“Serão revistos pelo Congresso Nacional, através de comissão mista, nos três anos a contar da data da promulgação da Constituição, todas as doações, vendas e concessões de terras públicas com área superior a três mil hectares, realizadas no período de 1º de janeiro de 1962 a 31 de dezembro de 1987”.

Essas disposições deixam claro, porém, que a vedação à retroeficácia da lei é princípio diverso em substância e alcance do princípio da garantia do direito adquirido, inexistindo

coincidência ou superposição dos referidos princípios.

3. Eficácia imediata e eficácia retroativa das normas constitucionais

Se inexistente direito adquirido à persistência de regime jurídico da função pública em face da lei, muito menor razão assiste aos que afirmam *direito adquirido a regime jurídico em face da Constituição*.

Contra a Constituição inexistente o princípio do direito adquirido e, tampouco, o princípio da irretroatividade. As normas constitucionais não apenas incidem imediatamente (o que se presume, salvo inequívoca disposição em contrário), como é-lhes permitido retroagir, para alcançar “efeitos passados de fatos passados”, nesse último caso desde que se faça a ressalva mediante declaração expressa. A regra é a imediatidade eficaz das normas jurídicas constitucionais. Se se deseja manter no tempo, ou por certo tempo, a aplicação de normas anteriores contrárias a novo mandamento constitucional, exige-se norma de transição expressa. Se o objetivo é a aplicação do novo dispositivo constitucional também para alterar no passado efeitos jurídicos já consolidados, a mesma exigência de explicitude é feita.

Essas conclusões são quase um truismo, quando observados princípios elementares do direito. Se a Constituição é a norma fundamental do sistema jurídico, base de validade de todas as demais normas, é evidente que não pode admitir a existência de qualquer direito sobranceiro, anterior ou superior a ela mesma, sob pena de perder a condição de norma inicial e fundante do sistema jurídico nacional. A legislação infraconstitucional permanece válida apenas se não confronta com o estatuto constitucional (princípio da recepção). Se a legislação conflita, prevalece a Constituição, norma hierárquica superior do sistema jurídico (princípio da supremacia). Por isso a eficácia da Constituição é imediata, e se presume tal, salvo disposição expressa em contrário constante da própria Constituição (princípio da eficácia imediata da Constituição).

Contra a Constituição inexistente a garantia de imutabilidade de direitos adquiridos específicos, concretos, em face do princípio da supremacia e da eficácia imediata das normas constitucionais. Nisso é concorde amplamente tanto a *doutrina especializada* (Carlos Maximiliano, *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, Rio de Janeiro, p. 325, item

280; Bento de Faria, *Aplicação e Retroatividade da Lei*, Rio de Janeiro, 1934, n.º 8, pp. 25 e ss; Wilson de Souza Campos Batalha, *Direito Intertemporal*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 438; Cármen Lúcia Antunes Rocha, "O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional", Separata da *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, n.º 103, jul./set., 1989, p. 156; Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, v. 2, p. 191; Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1989, v. 1, pp. 148-9, entre outros) quanto à jurisprudência dos Tribunais, especialmente do egrégio Supremo Tribunal Federal ("...Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do poder constituinte derivado. Precedentes no STF" - STF, Pleno, RE n.º 94.414, Rel. Ministro Moreira Alves, In: RDA n.º 160/144-151; "(...) O direito adquirido, garantido no § 3º do art. 153 da Constituição Federal, somente é oponível à lei. Contra a própria Constituição não há direito adquirido. (...)") (STF, Pleno, Representação n.º 895, Rel. Ministro Djaci Falcão, In: RTJ n.º 67/327); "(...) Contra preceito constitucional não é invocável o direito adquirido" (STF, 2ª Turma, RE n.º 14.360, Rel. Ministro Edgar Costa, In: *Rev. Forense*, abril, 1951, p. 423); "(...) O § 3º do art. 153 da CF impede que a lei prejudique o direito adquirido, mas não que a própria Constituição regule, como lhe parecer, a eficácia temporal de concursos futuros ou já realizados, inclusive mediante emenda, como aconteceu, no caso, a de n.º 8, de 1977, ao acrescentar o § 3º do art. 97" (STF, Pleno, Ação Rescisória n.º 1.212, Rel. Ministro Sidney Sanches, In: RDA n.º 174/183); "*Acumulação de cargos públicos. - Proibição. Não há direito adquirido contra o disposto na Constituição*" - (STF, 1ª Turma, RE n.º 35.491, Rel. Ministro Luís Gallotti, In: RTJ n.º 5/194). Confira-se, ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os acórdãos publicados em RDA n.º 24/57, RDA n.º 34/205, RDA n.º 38/259, RDA n.º 54/215, RDA n.º 108/65, RF n.º 134/423, RTJ n.º 68/9-15, referidos recentemente no Mandado de Segurança n.º 22.332-DF, Rel. Ministro Celso Mello (DJU n.º 147, de 2 de agosto de 1995). Após o advento da Constituição de 1988, confira-se ainda a decisão unânime do Tribunal Pleno na ADIN n.º 248-RJ, In: RTJ 152, maio/95, pp. 341-352 ("...A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. Doutrina e Jurisprudência"), e a decisão da Primeira Turma

no RE n.º 157.538-RJ, RTJ n.º 51, março/95, pp. 992-996 ("...Não há direito adquirido contra a Constituição").

A Constituição muitas vezes faz retrotrair suas normas, para alcançar relações jurídicas no passado (conferir, na atual Constituição, por exemplo, o art. 18 do ADCT: "Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo poder público"). Outras vezes autoriza inclusive a repulsa expressa à invocação de direito adquirido quanto a certa matéria na esfera administrativa e judicial (assim o fez, por exemplo, no art. 17, caput, do 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").

Na matéria, doutrina o mestre Pontes de Miranda:

"As Constituições não têm, de ordinário, retroeficácia, porque estejam adstritas a isso. O respeito dos direitos adquiridos, da coisa julgada e dos negócios jurídicos perfeitos resulta de regra jurídica constitucional, que o estabelece, e não de princípio a que a Constituição tenha de atender. As Constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou como aquele em que começaria a incidir. Para as Constituições, o passado só importa naquilo que ela aponta ou menciona. Fora daí, não" (...)

E, adiante, acrescenta:

"As Constituições podem retirar direitos, pretensões e ações que, no momento da sua incidência, existam; mas, para que isso se dê, é preciso que a regra jurídica constitucional, de que resulte tal retroeficácia, colida com regra jurídica que no passado incidiu". (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, pp. 392 e 394).

Estão em tela, assim, em resumo, duas questões distintas: (a) a aplicação direta e imediata da norma constitucional sobre relações jurídicas nascidas no regime anterior e que permanecem sob a vigência da nova Constituição e (b) a aplicação da nova disposição constitucional a fatos e relações jurídicas resolvidas ou consumadas antes da vigência da nova disposição. Na primeira questão trata-se de indagar sobre a manutenção no novo regime constitucional de direitos adquiridos no regime anterior. Na segunda, interroga-se pela aplicação retroativa da norma constitucional. As soluções técnicas, vimos, são distintas. Para a primeira indagação, basta apurar a compatibilidade da regra precedente infraconstitucional com a nova regra constitucional. Havendo compatibilidade, o direito precedente é recepcionado pela nova ordem constitucional. Havendo contrariedade lógica, prevalece a norma constitucional, pois trata-se de norma que ocupa posição hierárquica superior e, ademais, inaugural do sistema jurídico. A revogação, a supressão do direito precedente, nesse caso, independe de declaração expressa da norma constitucional. A revogação pode ser implícita, por simples constatação do conflito lógico das referidas normas na regulação do mesmo instituto. Na segunda questão, de revés, a solução depende de existir ou inexistir declaração expressa na norma constitucional autorizando a retroeficácia do preceito constitucional. Havendo a autorização, a retroação é possível; não havendo, deve ser recusada, pois não se presume e é medida excepcional.

Do exposto deflui, pois, que a garantia da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada cumpre uma função de bloqueio em face do legislador infraconstitucional. O texto constitucional é claríssimo a este respeito:

Art. 5º, XXXVI – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Na mesma senda, com precisão, dispõe o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942):

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

O direito adquirido, assim, ao contrário do que equivocadamente tem-se sustentado, não é garantia dirigida ao poder constituinte, originário

ou reformador. É garantia do cidadão frente ao legislador infraconstitucional, e utilizável apenas para conter a eficácia derogatória da lei nova para situações jurídicas constituídas no passado por leis ordinárias ou leis complementares e garantidas a determinado e concreto grupo de indivíduos. Nesta medida, não é garantia individual utilizável para impedir a modificação de institutos jurídicos pela lei, menos ainda pela Constituição, mas instrumento apto tão-somente a barrar, bloquear ou refrear a aplicação, os efeitos da lei nova, no presente e para o futuro, em relação a fatos, situações ou atos cobertos por disposições legais anteriores mais favoráveis para certo e determinado grupo de pessoas.

É logicamente incompatível com a própria concepção do direito adquirido a tese de que esta garantia constitui um dique absoluto para a reforma legislativa (ou, ainda, por equívoco maior, para qualquer reforma constitucional). O direito adquirido, mesmo quando reconhecido em face da lei ordinária, não impede a modificação abstrata de institutos jurídicos, pois é garantia de permanência de situação jurídica pessoal de certo e determinado grupo de indivíduos exatamente em face de alteração legislativa posterior. A reforma legislativa, a modificação da norma jurídica, ocorre no plano abstrato da normatividade – plano lógico distinto e inconfundível com as situações jurídicas concretas individuais. Ao se alterar a norma abstrata não se fere direito adquirido, menos ainda a norma de sua garantia, salvo se a nova norma abstrata recusa expressamente a garantia do direito adquirido a certo grupo de indivíduos que a titularizem na espécie. O direito adquirido apenas se manifesta no plano concreto, pois, e em face da interferência inovadora do legislador. É garantia que prolonga no tempo a eficácia de certa regulamentação, não em abstrato, mas para certos indivíduos. E garantia tutelar de situação jurídica individualizada, instituída para preservar no tempo direito subjetivo individual, não o direito objetivo, pois não se presta a manter intocada a ordem jurídica vigente. Por isso, como bem acentuou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence na ADIN nº 1161-8-DF, traduz questão que

“não é suscetível de deslinde na via do controle abstrato: salvo quando a própria lei determina sua incidência sobre situações anteriores” (DJ de 2 - 1-95, p.446).

Assim, bem vistas as suas conseqüências, a garantia do direito adquirido não atende à função conservadora e imobilizante que lhe querem atribuir. *A garantia do direito adquirido não se opõe a idéia de mudança normativa; pelo contrário, supõe logicamente a mudança, pressupõe necessariamente a existência de alteração normativa para incidir.* Em resumo, para frisar o óbvio: função específica do princípio do direito adquirido é prostrar no tempo o regramento favorável anterior, já revogado por lei sucessiva, para certo e determinado grupo de indivíduos, e não bloquear a própria alteração normativa, aprisionar o legislador, ou o poder constituinte, originário ou reformador.

O poder constituinte reformador está, é certo, impedido de suprimir a garantia do direito adquirido, ou alterá-la, por força do § 4º, inciso IV, do art. 60 da Constituição. É-lhe vedado suprimir ou modificar o dispositivo grafado no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição. Não detém competência, ainda, para autorizar o legislador infraconstitucional a desconsiderar a referida garantia, como modo oblíquo ou indireto de esvaziamento desse preceito constitucional. Nada obstante, a referida garantia não

impede o poder reformador de impor, por si, e diretamente, alterações em direitos e obrigações constitucionais, pois a garantia visa obstar a eficácia imediata de inovação introduzida pelo legislador infraconstitucional, não pelo constituinte, originário ou derivado (no mesmo sentido, cf. José Eduardo Martins Cardozo, *Da Retroatividade da Lei*, São Paulo, Ed. RT, 1995, pp. 313 - 4). Entendimento diverso, admita-se por absurdo, importaria em deferir ao legislador ordinário a competência para estabelecer "cláusulas pétreas" para certo grupo de situações e indivíduos, regras imodificáveis pelo próprio poder reformador e, ademais, sem número certo e sem limitação material definida - forma indireta de tornar completamente inútil a delimitação das cláusulas pétreas constante do § 4º do art. 60 e inverter completamente a hierarquia das normas no sistema jurídico nacional. Não se presume, no entanto, que o constituinte estabeleça absurdos, dislates, ou regras inúteis. Nem tampouco que tenha aderido ao delírio autoritário de estabelecer um sistema jurídico tendente ao imobilismo, à inércia, à fixidez, apoiado em direitos adquiridos irreformáveis, e alheio ao dinamismo da história e às urgências sem conta do mundo da vida.

Direito argentino e Direito brasileiro

SILVIO MEIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Direito argentino anterior aos códigos. Breve estudo. Os antecedentes históricos. 3. Os Códigos Comerciais brasileiro e argentino. 4. A elaboração do Código Civil. Antecedentes históricos.

1. Introdução

Já tivemos a oportunidade de sugerir, em congressos internacionais, um deles na Universidade Nacional Autónoma do México, em 1972, e outro na Universidade de Sassari, Itália, em 1974, sejam realizados estudos específicos a respeito da projeção do Direito Romano na América, através das codificações.

A idéia parece tomar corpo, agora, com a iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa da Itália, através da Universidade de Sassari, com a organização deste colóquio, que visa justamente ao que havíamos proposto, isto é, coordenar pesquisas em torno das obras de três grandes codificadores sul-americanos: Augusto Teixeira de Freitas, do Brasil (1816-1883); Dalmacio Velez Sarsfield, da Argentina (1800-1875); e Andrés Bello, filho da Venezuela e autor do Projeto de Código Civil do Chile (1781-1865).

Na verdade, essas três figuras de juristas representam os cumes mais altos do panorama cultural do século passado na América do Sul. Homens de formação humanista, bem informados de tudo o que se escrevia e se pensava na Europa, conseguiram trasladar para as suas nações doutrinas jurídicas européias, cristalizando em seus projetos não apenas concepções alienígenas, mas, também, idéias próprias, que constituem valiosas contribuições para a ciência universal.

Silvio Meira é Professor Catedrático de Direito Romano. Membro do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Trabalho apresentado em colóquio perante a Universidade de Sassari, Itália.

A matéria é vastíssima. Cada um desses codificadores reuniu subsídios que vêm sendo objeto de reflexão por mais de um século. Os comentários de outros escritores em torno de seus projetos vêm-se avolumando através dos anos, de tal forma, que há necessidade de dividir em setores os campos a devassar, levando em conta, não apenas a vastidão dos horizontes, mas a procura em profundidade.

Por tais razões, vamos restringir esta contribuição apenas ao relacionamento entre *Esboço* (anteprojeto de Código Civil), de Augusto Teixeira de Freitas, do Brasil, e o projeto de Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield, da Argentina, com alguns comentários preliminares.

Não pretendemos, de forma alguma, esgotar os assuntos. Tentaremos apenas pôr em evidência as semelhanças, as possíveis adaptações, as vias de comunicação por onde passou o Direito Romano para o Código argentino através da letra e do pensamento do juriconsulto brasileiro.

2. O Direito argentino anterior aos códigos. Breve estudo. Os antecedentes históricos

As nações sul-americanas, no século XIX, lutavam por sua independência, tentando libertar-se das metrópoles européias. O sentimento nativista explodia por todos os lados.

Argentina e Brasil conseguiram finalmente lançar fora o jugo de Espanha e Portugal, respectivamente, em 1816 e 1822. Nações irmãs, com origens no mundo ibérico, deveriam preparar o seu futuro sem esquecer as vinculações que as uniram no passado: a ancestralidade latina.

Em contato com o Novo Mundo, os povos ibéricos como que prosseguem na sua destinação histórica, caminhando lado a lado, criando novas nações com características marcantes herdadas das que lhes serviram de matrizes.

Raymundo M. Salvat, eminente jurista argentino, fazendo um retrospecto histórico do direito em seu país, divide-o em três fases ou períodos: 1^ª) o colonial; 2^ª) de emancipação e de organização política; 3^ª) o da codificação. Faz ver, todavia, que se poderia antepor um outro período, que chama "do direito indígena", observando, no entanto, que este não teria exercido nenhuma influência sobre as normas jurídicas atuais. Por essa razão prefere prescindir desse período, que lhe parece desvinculado do amplo panorama cultural da nação. Passa, então, ao estudo de cada um dos três indicados.

Na fase colonial, ainda como Vice-Reinado do Rio da Prata, desde o descobrimento até a data da independência, a 25 de maio de 1810, o direito em vigor na Argentina possuía duas grandes fontes: 1^ª) o direito espanhol; 2^ª) a legislação especial ou Lei das Índias. O primeiro, vigente na Espanha, era integrado pelo *Fuero Juzgo*, o *Fuero Viejo de Castilla*, o *Fuero Real*, o *Especulo*, as *Sete Partidas*, as *Leis de Estilo*, o *Ordenamento de Alcalá*, as *Ordenanzas Reais de Castela*, as *Leis de Toro*, a *Novissima Recompilação*, promulgada em 1805. Essa "Nueva Recompilación de las Leyes de España" não chegou a ser comunicada à audiência de Buenos Aires antes de 1810 e, embora fosse aplicada, não dispunha de força legal. Refere ainda uma célebre *Ley de Citas*, que pretendia estabelecer critérios prioritários, mas nunca chegou a ser observada.

Quanto à segunda fonte, a recompilação da *Lei das Índias* era dividida em nove livros, subdivididos em títulos e leis, com material heterogêneo: Direito Público e Direito Privado, iniciando-se o livro primeiro com uma prolixa regulamentação da Igreja. E entre as disposições de Direito Civil se inseria uma regulamentação da escravidão; a do trabalho e pessoas dos índios, a proibição para contrair matrimônio imposta a certos funcionários públicos, a *del juzgado de bienes de defuntos*, referente à arrecadação, administração e venda dos bens dos falecidos na colônia e ainda normas sobre sucessão testamentária e legítima. Reproduzindo opinião de J. A. Garcia (*La ciudad indiana*, 4^ª ed. B. Aires, p. 35), Salvat assim se manifesta a respeito dessa legislação original e típica:

"En todo lo que se refiere a la América Española el estudio de la ley escrita es el menos importante e ilustrativo: el derecho, bueno o malo, crece y se desarrolla a raíz del suelo, en el conflicto de pasiones e intereses, amparando a los más hábiles y fuertes; generalmente rastrero, estrecho y cruel, animado por sentimientos bajos y egoísmos feroces. Por encima está la ley, una cosa puramente decorativa de la armazón social fuera del radio de influencia de las aspiraciones públicas, de las necesidades del grupo, elemento perfectamente extraño, preparado en el Consejo de Indias, uniforme para todo un continente en el que no hay dos provincias análogas. Las cédulas se repiten sin que se calme un dolor e repare una injusticia. El derecho vigente es el

derecho primitivo de la conquista, por el que las personas y bienes de los vencidos quedan a merced de los vencedores". (Vd. SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Lib. y Casa Editora de Jesús Menendez, Buenos Aires, 1931, vol. 1, p. 67.)

Em outro passo de sua obra, Salvat, referindo-se ao Direito espanhol, apresenta os seus caracteres gerais, sintetizando-os nos seguintes pontos: 1ª) falta de unidade: os diversos códigos e recompilações se sucediam uns aos outros, mas sem revogar os anteriores; 2ª) confusão e insegurança do direito aplicável, não só porque em cada caso era preciso começar por indagar qual era a lei vigente, como também porque a aplicação de certos códigos estava legalmente subordinada à prova de seu uso; 3ª) obscuridade na redação de numerosas disposições. E remata:

"Estos inconvenientes, graves en España, tenían forzosamente que hacer sentir en la colonia con mayor intensidad, porque al lado de ellos, teníamos la falta de garantías en la organización de la justicia" (ob. cit., p. 66).

Nação nova, descoberta e desbravada pelos colonizadores europeus, o encontro dos elementos nativos com o reíno haveria de produzir atritos físicos e morais de toda ordem. Mas dessa luta, desse entrelaço de forças, alimentado pelos costumes e pela necessidade de construir uma nova nação, começaram a surgir normas jurídicas adaptadas ao meio social.

Já os romanos diziam, em sua alta sabedoria: "Ergo omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo" (D. 1.3.40). Todo direito surgiu do consentimento, ou se constituiu da necessidade, ou se consolidou através do costume, ensinava a sabedoria de Modestino.

O meio ambiente argentino não poderia fugir às determinantes históricas que regem todas as sociedades humanas. A amálgama de contingentes autóctones e europeus, a evolução e progresso que culminaram com a independência, reclamavam a sistematização do seu direito, que não poderia livrar-se, como nenhum outro se livrou, de influências culturais externas.

São os próprios historiadores do Direito argentino que reconhecem somente surgir, com características nacionais, um novo direito, a partir de 25 de maio de 1810, quando cessou o domínio espanhol.

Não se operou, é evidente, uma transformação total, imediata. A data de 25 de maio de 1810 (revolução) serve de marco a duas etapas históricas como, no Brasil, o 7 de setembro de 1822. As transformações políticas, embora decididas em dias, horas ou minutos, não se efetivavam todavia de repente. As fases históricas, em todas as nações, não são estanques. Há sempre um período intermediário de adaptação às novas idéias, aos novos princípios, às novas maneiras de viver e de sentir.

As três fases apontadas por Salvat são desdobradas por outros autores em quatro: 1ª) direito castelhano; 2ª) direito indígena; 3ª) direito indiano; 4ª) direito argentino propriamente dito (vd. CARRIQUIRY, Abelardo Alonso. *Historia del Derecho Argentino*, Ed. Perrot, B. Aires, 1953, p. 13; MARTINEZ PAZ, Enrique. *Introducción al estudio del Derecho Civil Comparado*, Imp. de la Univ. Córdoba, 1934, p. 191).

Dois grandes codificações marcam, sem dúvida, a autonomia da República Argentina no campo do Direito Privado: o Código Comercial e o Código Civil. Da mesma forma que no Brasil, teve ela o seu Código do Comércio antes do Civil. Durante o governo de Las Heras, em 1824, foi nomeada uma comissão, sob a presidência do Ministro Garcia, e da qual faziam parte Pedro Somellera, Mateo Vidal, Mariano de Sarratea e José Maria Rojas, para organização de um Código Comercial. Em sua mensagem ao Legislativo do ano de 1825, Las Heras prometia para esse mesmo ano a apresentação do projeto definitivo, o que não pôde cumprir. Durante muito tempo ainda se desenrolaria a pré-história do Código Comercial.

Em 1831 eclodiu novamente a questão. Uma quebra famosa (Armstrong) fez ressurgir a idéia de aplicar-se, ao caso concreto, o Código Espanhol (*História de Velez Sarsfield*, de Abel Cháneton, Ed. Universitária, B. Aires, 1969, p. 322). Passando da intenção à realidade, no dia 8 de agosto de 1831 o Deputado Garcia Zúñiga apresenta projeto visando aproveitar o Código da Espanha, mediante exame de uma comissão. A agitação da matéria serviu para alertar o Governo, e no dia 17 de outubro de 1831 foi autorizado o Executivo a nomear uma comissão "que proponga las reformas, adiciones y supersiones del código vigente de comercio, según las luces de la experiencia... y as los trabajos que a dicho objecto han tenido lugar en la Provincia".

Finalmente, a 2 de junho de 1832 é nomeada comissão constituída de Mateo Vidal, Nicolas Anchorena e Faustino Lezica. Não conseguiu

realizar seu intento. O assunto voltou à baila em 1852, quando Urquiza, a 24 de agosto, baixa decreto para reforma da legislação civil, penal e comercial. Para a legislação comercial foram indicados, em comissão, José B. Gorostiaga, Vicente Lopes e Francisco Pico, advogados; José Maria Rojas e Francisco Balbin, comerciantes.

As agitações políticas, com a queda de Urquiza, não permitiram que o seu propósito codificatório fosse levado a bom termo. Só em 1856 surgem novos rumos. O destino haveria de encaminhar a tarefa para Dalmacio Vélez Sarsfield, Ministro em 1856. Por instâncias de Domingo Sarmiento, Vélez vê-se na obrigação de enfrentar a obra legislativa mercantil. Para esse fim convoca um eficiente colaborador: Eduardo Acevedo, filho do Uruguai, mas com longa vivência na Argentina. Jurista eminente, com larga experiência, estaria em condições de cooperar na elaboração do desejado Código de Comércio.

Vélez Sarsfield e Eduardo Acevedo meteram mãos à obra, em reuniões periódicas. Acevedo preparava a primeira redação dos títulos, que Vélez revia semanalmente. E assim trabalharam durante dez meses, conforme relata o codificador argentino:

“El dr Acevedo concurría infaltablemente a mi casa todos los sábados, llevando en la mano un cuaderno de los títulos proyectados. Yo lo esperaba con todos los estudios hechos en el título que me había entregado el sábado anterior, regularmente también, con un pliego de adiciones y rodeado de los libros que debía mostrarle, de los cuales tomaba la doctrina...” (Formación del Código de Comercio, en *El Nacional*, nº 3.054, de 2.9.1862).

Tal era a paixão de Vélez pela nova codificação que, segundo escreveu seu amigo Sarmiento, falava do código com entusiasmo e “desgraciado del amigo, si no era aficionado, que le cayese a mano”. Isso porque tinha prazer em discorrer sobre os temas da codificação, que “estaban ordenándose en su cabeza antes de pasarlos en limpio” (Cháneton, cit., p. 326).

Trabalhado assim por dois entusiastas, o projeto foi finalmente apresentado ao Governo a 18 de abril de 1857, dez meses depois de iniciados os trabalhos, em junho de 1856.

Referiremos, sem maiores comentários, que Vélez Sarsfield foi muito contestado entre argentinos e uruguaios quanto à sua co-parti-

cipação no preparo do Código Comercial, salientando-se, entre seus grandes opositores, Manuel Quintana: “Discutir Vélez, negar a Vélez, era el cauce habitual por donde desahogaban aquellos flamantes doctores ese furor incooclasta, característico de todas las juventudes” (A. Cháneton, cit., p. 327). Vélez não gozava das simpatias de algumas gerações saídas da Academia de Jurisprudência no período de 1852 a 1860, segundo informam escritores argentinos. Seus opositores acusavam-no de apoderar-se do trabalho de Acevedo. Em plena Câmara dos Deputados, Quintana afirmava que Vélez não havia redigido um só artigo do Código de Comércio e se seu nome constava em notas de remissão, isso se devia à “condescendência de Acevedo”.

Não nos cabe apreciar, em minúcias, essa campanha. Pensamos todavia que nenhum homem de alto merecimento escapou a ataques e diatribes de alguns de seus contemporâneos. A história está cheia de exemplos, desde Sócrates, na Grécia, e Cícero, em Roma. Vélez contestou as acusações, através do *El Nacional*, (nº 3.051, de 28 de agosto de 1862), em trabalho intitulado “Formación del Código de Comercio”. Quintana alegava que provaria suas alegações com testemunhas e cartas do próprio Vélez (*Tribuna* de 30 de agosto de 1862), ao que Vélez retrucou em publicação “precisa, clara, terminante, rotunda, desafiándolo a que presentara el testimonio y las cartas prometidas, y anticipando que non las presentaría nunca, pues non existían” (*El Nacional* de 2 de setembro de 1862, nº 3.054).

Com tantas peripécias (esse parece ser o destino dos códigos), e com tantas discussões, é finalmente aprovado o Código Comercial em sessões realizadas nos dias 28 de setembro e 6 de outubro de 1859, convertendo-se em lei a 7 de outubro de 1859.

3. Os Códigos Comerciais brasileiro e argentino

O Brasil possuía Código Comercial desde 1850.

A influência do direito comercial brasileiro ao lado de outras influências, especialmente européias, fez-se sentir de maneira pronunciada na elaboração do Código Comercial argentino. E quem o diz, com muita clareza, é Lisandro Segovia, em sua obra *Explicación y crítica del Nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, Editorial Lajouane, vol. 1, p. XVIII, B. Aires, 1892.

“Este código ha suministrado la tercera parte de la materia al del nuestro, puesto que se han inspirado en sus disposiciones más de trescientos de las que constituyen los dos primeros libros del Código argentino, igual número de prescripciones sobre el comercio marítimo y una cincuenta de artículos del libro sobre quiebras”.

Através do Código argentino repercutiu a projeção brasileira no Código do Uruguai, de 1866, e no do Paraguai, de 1870.

O velho Código Comercial brasileiro fora promulgado no ano de 1850, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1851. Organizara seu projeto uma comissão nomeada pelo Ministro da Justiça em 1831 e constituída de dois juristas-consultos, dois comerciantes e o cônsul da Suécia. Divide-se nas seguintes partes: pessoas comerciantes, contratos mercantis e comércio marítimo e das quebras. Seus autores, além de se nutrirem da experiência nacional, buscaram inspirações nos Códigos de Comércio da França, de 1807, da Espanha, de 1829, e de Portugal, de 1833.

Utilizando em parte a legislação comercial brasileira para confecção do novo Código de Comércio, Dalmacio Vélez Sarsfield abriu uma via larga de comunicação cultural para o futuro entre as duas nações, conforme se verá na análise do seu projeto de Código Civil.

Longa fora a gestação do Código de Comércio argentino. Debates memoráveis se realizaram, muitos deles de caráter político ou pessoal. Alguns visavam a pessoa de Vélez Sarsfield, homem de forte personalidade, muito estimado por uns e muito combatido por outros. Mas o empenho de Domingo Sarmiento lograra êxito. Cumprira-se, assim, parcialmente, o decreto de Urquiza de 20 de agosto de 1852, que em seu artigo 1º afirmava:

“Queda establecida una comisión encargada de preparar un proyecto de nuevos Códigos, Civil, Penal, de Comercio e de Procedimientos”.

No artigo 2º consignava que a comissão se dividiria em quatro seções, destinadas a redigir, respectivamente, o Código Civil, o Penal, o de Comércio e o de “Procedimientos”. Pelo artigo 3º, a Seção Civil, a Penal e a de Procedimientos se comporia, cada uma, de três juristas-consultos, funcionando um como redator e dois como consultores.

Nesse decreto ambicioso de Urquiza toda a legislação seria renovada. Em sete anos teve o

Estado de Buenos Aires o seu Código de Comércio. Para o Código Civil, Urquiza, em seu decreto, indicava para integrarem a comissão, como redator, Lorenzo Torres e como consultores Alejo Villegas e Marcelo Bamboa. Funcionaria como presidente Juan Garcia de Cossio.

Essa comissão chegou a instalar-se a 4 de setembro de 1852, com discursos de Urquiza e Garcia Cossio. Mas, sendo fruto de um governo ditatorial, a idéia, embora nobre, não vingaria. Tratava-se de um governo “huérfano de opinión popular” (Cháneton, ob. cit., p. 337). Lorenzo Torres recusou o encargo alegando enfermidade. Em seu lugar foi nomeado redator Dalmacio Vélez Sarsfield, por decreto datado de 3 de setembro de 1852. Ainda não seria desta vez que Vélez redigiria o Código Civil. Oito dias depois a revolução derrubaria o Governo de Urquiza, levando de cambalhada a idéia de um novo Código Civil.

No ano seguinte, a 1º de maio de 1853, a nova Constituição, em seu artigo 24, firmou:

“El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurado”.

E no art. 67, inciso 11, que determinou que competiria ao Congresso Nacional “dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería”. Deixara de lado, essa Constituição, a codificação do processo, que antes fora prevista no decreto de Urquiza. Tinham os “Procedimientos” como matéria de competência provincial e não nacional. Nova lei, de 30 de novembro de 1854, autorizou o Executivo a nomear uma comissão para elaborar os códigos nacionais.

Motivos variados, inclusive os de ordem financeira, concorreram para protelar o empreendimento, como se pode verificar pela mensagem de 25 de maio de 1855. A matéria vinha sendo sempre adiada, quer na “Confederación Argentina”, quer em Buenos Aires. A Revista *El Plata Científico y literário*, surgida em 1854, sob a orientação de Miguel Navarro Viola, pregava a necessidade imediata de elaborar-se a codificação:

“Ha llegado, sobre todo, la época para los Estados del Plata, de formar sus leyes...”

Pregavam alguns autores, como Federico Pinedo, a codificação integral:

“El Estado necesita una codificación completa que responda a su grado de cultura y a la importancia de su riqueza”.

Enquanto Domingo Sarmiento propunha a adoção de um dos códigos já elaborados em Estados vizinhos, deixando que a experiência aconselhasse as correções, Dalmacio Vélez propugnava por uma nova codificação, uma vez que as existentes apresentavam seus defeitos (*El Nacional* – 22.1.1856: Sarmiento, Obras, t. XXVII, p. 368, Cháneton, cit., p. 339).

Em setembro de 1857 o Governo encaminha ao Legislativo mensagem propondo a codificação geral.

Desde 18 de abril de 1857 Dalmacio Vélez Sarsfield e Eduardo Acevedo haviam encaminhado ao Governador de Buenos Aires o projeto de Código Comercial, através de Exposição de Motivos, que vale a pena reproduzir parcialmente, pela riqueza de informações que concentra:

“Ao Excmo. Señor Gobernador del Estado de Buenos Aires

Buenos Aires, abril 18 de 1857.

Excmo. Señor.

Tenemos la satisfacción de presentar a V. E. el proyecto de un Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires que el gobierno se sirvió encargarnos en junio del año pasado. Lo hemos concluido felizmente para la época que V. E. deseaba, consagrando a este trabajo una asiduidad incesante. Sus imperfecciones serían menores si el tiempo de que podíamos disponer nos hubiera permitido ocuparnos más de su redacción o consultar nuestros trabajos en puntos o materias verdaderamente difíciles.

No nos es posible exponer ahora la jurisprudencia que nos ha guiado en la composición de cada título, y los fundamentos en que nos hemos apoyado para resolver muchas y diversas cuestiones que estaban indecisas en el Derecho Comercial; pero podremos hacerlo en el examen que V. E. ordenase del Código que le presentamos. Ahora nos limitaremos a dar al gobierno una ligera idea de nuestros trabajos y de las fuentes del derecho que nos hemos servido.

En el estado actual de nuestros Códigos Civiles era imposible formar un Código de Comercio, porque las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas, y parten de antecedentes ya prescriptos en el derecho común. No podíamos

hablar, por ejemplo, de consignaciones, sino suponiendo completa la legislación civil sobre el mandato; era inútil caracterizar muchas de las obligaciones mercantiles como solidarias, sino existían las leyes que determinasen el alcance y las consecuencias de ese género de obligaciones. Pero estas y otras diversas materias no estaban tratadas en los Códigos Civiles, o la legislación era absolutamente deficiente respecto de ellas, guiándose los tribunales solamente por la jurisprudencia general. Hemos tomado entonces el camino de suplir todos los títulos del derecho civil que a nuestro juicio faltaban para poder componer el Código de Comercio.

Hemos trabajado por esto treinta capítulos del derecho común, los cuales van interpolados en el Código en los lugares que lo exigía la naturaleza de la materia.

Llenando esa necesidad, se ha hecho también menos difícil la formación de un Código Civil, en armonía con las necesidades del país.

Podemos decidir que en esta parte nada hemos innovado en el derecho recibido en Buenos Aires. La jurisprudencia era uniforme en todas las naciones respecto a las materias legisladas en esos treinta capítulos, y no hemos hecho sino formular como ley el derecho que ya existía.

En la formación de legislación, felizmente contábamos con la jurisprudencia recibida en los tribunales en falta de leyes expresas, tomada de los juriconsultos franceses y alemanes, y no teníamos que destruir costumbres y usos inveterados que fueran disconformes al derecho usado en los pueblos en que la ciencia estuviera más adelantada. Nuestro único Código Mercantil, las Ordenanzas de Bilbao, habían sido tomadas de las Ordenanzas de Luis XIV; y éstas en mucha parte se trasladaron al Código Mercantil de la Francia publicado en los primeros años de este siglo. Ese código había sido el modelo de los códigos mercantiles que después se han publicado en diversas naciones. Podíamos desde entonces hacer el estudio de la legislación comparada en los primeros Estados del mundo, aprovecharnos de los adelantos que en ellos hubiese hecho la ciencia, pues marchábamos sobre el

mismo campo, nuestra legislación comercial tenía el mismo origen y podía mejorarse con iguales progresos.”

A esta altura da Exposição de Motivos os seus autores fazem referência aos principais códigos das nações civilizadas, entre eles ao do Brasil de 1850. Prosseguem:

“El primero de todos los códigos, el Código francés, fuente de todos los otros, no correspondiendo ya al estado del derecho, ni a las exigencias del comercio, había sido sucesivamente mejorado y reformado, principalmente por el Código español, por el de Portugal, por el de Holanda, por el Código de Gutemberg, y por el del Imperio del Brasil. Nosotros hemos hecho lo mismo que hicieron los jurisconsultos de esas naciones al formar sus códigos, con la ventaja de que hoy el estudio de la legislación comparada abraza mayor extensión, como puede hacerse en mayor número de leyes comerciales sobre una misma materia. Sólo el que se consagre a este género de estudio puede medir el tamaño de las dificultades que en él se encuentran, para conocer en cada capítulo las leyes de diversas naciones, porque los títulos en los códigos no siempre se corresponden, o están esparcidos en diversos lugares, y parten las más veces de un antecedente que puede quedar inapercibido.

Nosotros, Señor, hemos tenido, podemos decirlo, pleno conocimiento de las leyes respectivas que se hallan en ocho o diez códigos de las principales naciones, y hemos podido así levantar nuestra obra ayudados de la experiencia y de la ciencia de los pueblos en que estaba más adelantada la jurisprudencia comercial. Nuestro trabajo ha tenido además otros elementos muy importantes. Los códigos publicados han sido examinados y criticados por grandes jurisconsultos, y nos hemos aprovechado mil veces de sus doctrinas y hasta de su letra al apartarnos de los textos que estudiamos.”

A franca revelação das fontes de onde extraíram recursos para o projeto, antes eleva em nosso conceito os dois signatários da Exposição. Não poderiam criar um direito todo argentino, antes aproveitar o que a ciência universal lhes oferecia de prático e útil.

Sua preocupação de “atualidade” é respeitável:

“No nos hemos dispensado así trabajo alguno que el código de Comercio de Buenos Aires correspondiera al estado actual de la ciencia.

En otras ocasiones, y en materias las más importantes en el derecho comercial, nos hemos guiado por las doctrinas y observaciones de grandes jurisconsultos de la Alemania, apartándonos totalmente de todos los códigos existentes, y hemos proyectado las leyes por una jurisprudencia más alta, nacida de las costumbres de algunas naciones, que felizmente eran también las costumbres del Comercio de Buenos Aires. En la legislación, por ejemplo, de las letras de cambio, el Código francés tenía por fundamento la jurisprudencia entonces recibida, que esos papeles de crédito entonces se formaban y se transmitían por los contratos conocidos en el derecho romano. Los códigos subsiguientes, aunque hicieron grandes novedades en la legislación de cambio, dejaron sin embargo la esencia de las cosas bajo la antigua jurisprudencia. Pero en los últimos años aparecieron nuevas doctrinas propagadas por los sabios jurisconsultos Einert, Wildner y Mittermayer, variando absolutamente los principios del derecho de cambio. Esas doctrinas eran precisamente los usos de la Inglaterra y Buenos Aires, y el carácter que ellos daban a la letra de cambio estaba también confirmado por los usos y las leyes de los Estados Unidos. Fijada la naturaleza de la letra de cambio en fundamentos tan sólidos, y aceptando el texto de la ley americana, el desenvolvimiento de la legislación que debía regirla era ya fácil, y la lógica del jurisconsulto fácilmente también descubriría los elementos complejos de cada una de las fórmulas de ese título. Concluimos esa materia valiéndonos en mucha parte de la ley general de la Alemania de 1848 discutida y sancionada en un congreso de sabios reunidos como representantes de casi todos los gobiernos del norte de Europa.”

A exposição de motivos prossegue, referindo que às vezes se encontrou em situações especiais, em que não havia precedentes legislativos, como nos casos das sociedades anônimas e em comandita. Buenos Aires se encontrava como a Inglaterra, com a lei geral, não

distinguiu umas sociedades das outras e iguala as obrigações de todos os associados "si un acto del Cuerpo Legislativo no incorporaba a cada determinada sociedad en el número de las sociedades privilegiadas".

Ponderam mais que os códigos de outras nações eram insuficientes para evitar os males que os povos da Europa sofriam pela má composição dessas sociedades, até que nos últimos anos uma consulta de letrados e comerciantes ocorrida em Paris, propôs as leis que deviam adotar-se.

Salientam mais que às vezes tiveram de afastar-se, não apenas das leis comerciais das diversas nações, como também dos usos e costumes judiciais de Buenos Aires, como ocorreu com os procedimentos nos casos de quebra.

Rematando afirmam:

"Hemos tenido el cuidado especial de no crear un derecho puramente ideal, sino el que fuese conforme al estado actual de la sociedad y a los progresos y desenvolvimientos ulteriores del comercio..."

Essa exposição, como vimos, está datada de 18 de abril de 1857. A 2 de maio de 1874 endereçava Velez Sarsfield ao Ministro da Justiça longa missiva, publicada sob o título "Nota sobre las reformas hechas al código de comercio" (vd. *Dalmacio Velez Sarsfield, politico y jurista*, Editorial América, Buenos Aires, Biblioteca de Estudios Históricos, vol. 4, s. d.).

É interessante salientar que, no Código de Comércio de 1862, concentrou-se grande contingente de Direito Civil, com a finalidade, assinalada por Salvat, de suprir as deficiências da legislação da época (ob. cit., p. 71).

Assim, por exemplo, dos artigos I a XVIII (a teoria geral da lei); várias disposições sobre contratos e a teoria geral das obrigações, no livro II, título I, e os modos de extinção das obrigações, no livro II, título XV.

As afinidades entre o direito comercial e o civil repercutiram nesse diploma legal e, mais tarde, foram constante preocupação de Augusto Teixeira de Freitas no Brasil.

4. A elaboração do Código Civil. Antecedentes históricos

Dispondo a República argentina de seu Código de Comércio aprovado desde 1859, restava-lhe outra tarefa árdua: a elaboração do Código Civil.

Desde setembro de 1857, a matéria fora agitada com a remessa da mensagem do Executivo

ao Legislativo, propondo a elaboração da codificação geral, a que já aludimos.

Concebida a autorização legislativa, a 10 de novembro de 1857, baixa o Executivo decreto nomeando comissão para redigir o Código Civil, o Penal e o Militar. A inclusão do Código Militar fora mais uma alteração nos planos anteriores.

A elaboração do Projeto de Codificação Civil coube a Marcelo Bamboa e Marcelino Ugarte. Ao que parece, não foi bem aceita a escolha, porquanto Dalmacio Velez Sarsfield, em artigo publicado no *El Nacional* de 4 de setembro de 1892, criticava:

"Duraron seis meses las comisiones... El Gobierno gastó quinientos mil pesos papel en sueldos de los codificadores sin obtener en cambio un solo artículo de ninguno de los tres Códigos".

A 6 de junho de 1863 o Congresso Nacional aprovou a outra lei autorizando a nomeação de novas comissões para redação dos "Código Civil, Penal, de Minería y de las ordenanzas del ejército". Estabeleceu a quantia de vinte e cinco mil pesos fortes para pagamento dos integrantes das referidas comissões.

Somente a 20 de outubro de 1864, sendo Presidente Bartolomeu Mitre e Ministro da Instrução Pública Eduardo Costa, é baixado decreto designando Dalmacio Velez Sarsfield para elaborar o Projeto de Código Civil argentino.

Pelo exposto, verifica-se como foi longo e repleto de acidentes o caminho percorrido pela nação para atingir a meta visada. Quantas peripécias, discussões, marchas e contramarchas antecederam a escolha do eminente homem público e juriconsulto para a pesadíssima tarefa! Não faltaram dissabores, agravos, ofensas, porquanto Velez, como todo homem público de alto merecimento, também colecionava os seus detratores. Os jornais polemicavam. *El Nacional* divulgava artigos nesse sentido:

"El Gobierno nacional debe pensar en otra cosa que en las fronteras de la República, gastando en su salvación el tiempo y los esfuerzos que se iban a consumir en hacer códigos de que non estamos necesitados".

Apesar das oposições terríveis, Velez era um espírito vigoroso, ajudado pelos bons fados.

Enfrentando a sua nova missão, recolheu-se à sua Quinta de Verão (Quinta del Ounce), afastado de funções públicas e de qualquer outra atividade, dedicando as horas do dia às tarefas da codificação. Escreveu certa vez:

"Las 24 horas del día al estudio y redacción de las leyes, ya que me he metido en una obra superior a lo que yo podría hacer".

Afastou-se de outras preocupações. Não lia sequer os jornais de Buenos Aires. Desligado do mundo exterior, assoberbado pela responsabilidade que assumira, lia e escrevia os dias inteiros.

Sua remuneração foi majorada consideravelmente. Deveria receber quatro mil pesos por ano, sem prejuízo da compensação que o Congresso Nacional achasse por bem conceder. Posteriormente, uma lei de 28 de setembro de 1869 estabeleceu "100.000 (cem mil) pesos del fondo publico del 6 por ciento" como compensação pelos trabalhos de elaboração do novo código.

Findava o ano de 1864. Velez Sarsfield, recolhido à sua "Quinta del Once", sem outras preocupações, dispunha de condições favoráveis para conceber excelente projeto. Homem de largos recursos financeiros, já tendo ocupado altos postos na vida política e administrativa argentina, quer no Legislativo, quer no Executivo, advogado e ex-ministro, tinha a auxiliá-lo sua filha Aurélio e, como escreventes, Eduardo Diaz de Vivar e Victorino de la Plaza, este ainda estudante e que, mais tarde, haveria de tornar-se eminente jurista e Presidente da República argentina.

Nesse mesmo período, no Brasil, Augusto Teixeira de Freitas, sozinho, sem escreventes, sem quintas, com remuneração modesta, dedicava-se à sua afanosa missão, aliada ainda a compromissos com sua banca profissional e às atividades de advogado do Conselho de Estado. Somava-se a esses encargos uma família numerosa, que deveria assistir e sustentar.

Há de comum entre os dois codificadores o terem realizado sua tarefa individualmente. A soma de trabalhos exigiria, sem dúvida, uma comissão bem numerosa, como aconteceu com outras nações. Justiniano, no passado, nomeara variadas comissões na elaboração de seu Digesto, da Institutas e do Código. Na França, o chamado Código Napoleão, também fora obra de um grupo de juristas.

Teixeira de Freitas ainda foi mais solitário do que Velez. Este teve a coadjuvá-lo dois auxiliares competentes. Victorino de la Plaza, embora estudante, era espírito lúcido e seus êxitos posteriores isso demonstraram. Aurélio, filha dedicada, prestava-lhe permanente assistência.

Teixeira de Freitas não contou, sequer, com escreventes. Todos os seus trabalhos eram redigidos do próprio punho, não apenas os artigos do projeto, mas os pareceres, numerosíssimos, que emitia freqüentemente.

Talvez seguisse o conselho de Descartes, quando se isolava em um quarto aquecido, durante todo o dia, para ocupar-se com os seus pensamentos.

"Entre estes, um dos principais foi o considerar que não há freqüentemente tanta perfeição nas obras compostas de muitas peças e feitas pela mão de vários mestres como naquelas que são trabalhadas por um só" (*Discurso do Método*, Descartes. Ed. J. Olympio, Rio, 1960, p. 56).

A 21 de junho de 1865 Velez Sarsfield encaminha ao Governo o primeiro livro de seu Projeto de Código Civil, referente às *personas*.

Nessa mesma quadra, Teixeira de Freitas enfrentava, no Rio de Janeiro, a numerosa e aguerrida comissão revisora de seu "Esboço".

A entrega dos originais de Velez se fazia parceladamente. Não lhe foi exigido todo o projeto de uma só vez. As seções 1 e 2, do livro segundo, foram publicadas ainda em 1866; a 3ª seção desse mesmo livro se estampou em princípio de 1867; em janeiro de 1868 saiu o terceiro livro e em agosto de 1869 imprimiu-se o quarto e último livro (vd. Jorge Cabral Texo, *Historia del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1920).

Velez consumira cerca de quatro anos na tarefa ingente. A missão foram cumprida, e bem cumprida.

Seu projeto, todavia, estava ameaçado por alguns censores, mais inimigos do que críticos no verdadeiro sentido. Mas eram opositores vigorosos, homens de cultura e muita combatividade. Entre eles Vicente F. Lopez, Alfredo Lahitte e Juan Bautista Alberdi lançaram-se desabridamente contra o projeto. Alguns críticos apresentaram comentários serenos, com intenção construtiva, como José F. Lopez e Manuel A. Sáez.

As principais censuras ao projeto de Velez foram reunidas em volume por Jorge Cabral Texo, intitulado "Juicios Criticos sobre el Proyecto de Código Civil", publicado em 1920 (J. Menendez Ed., Buenos Aires, imprenta de José Tragant, 1920), contendo as opiniões de Manuel Garcia, José F. Lopez, Manuel A. Sáez, Juan

Bautista Alberdi (com a resposta de Dalmacio Vélez Sarsfield), Vicente F. Lopez, Alfredo Lagitt e Victorino de la Plaza.

Jorge Cabral Texo, na *Advertência*, abrindo o livro, escreve:

“Fué la crítica, como se verá, partidista e inferior, sin duda alguna, a la obra criticada; mas del número y calidad de los censores no deberá inferirse que la época en que se codificó nuestro derecho civil, no fuera propicia. Gran parte de las observaciones además de su falta de fundamento, fué formulada por personas parciales, enemistadas o distanciadas por actuar en bandos políticos opuestos al del auctor del proyecto” (ob. cit., p. 5).

Observa-se, dessa forma, que tanto na Argentina, como no Brasil, as paixões se repetiam: adversários e até inimigos dos codificadores agrediam a obra, visando a pessoa do autor. Com a diferença, porém, que os opositores de Vélez mostravam-se inimigos declarados, atacavam em campo aberto; os de Teixeira de Freitas eram embuçados, disfarçados, os “Papinianos de ciência guardada”, na expressão sardônica do próprio Freitas.

Antes a luta franca, em campo raso, como a que enfrentou Vélez, que teve todavia a prestígio-las duas grandes figuras da história argentina: Bartolomeu Mitre e Domingo Sarmiento. Freitas contava apenas com o apoio de José Thomaz Nabuco de Araujo e, assim mesmo quando este se encontrava no exercício da Pasta da Justiça. Daí, talvez, a diferença dos resultados nas duas nações irmãs.

A aprovação do Código argentino se fez sem longas discussões parlamentares, a *libro cerrado*, por imposição do Governo, que enxergava nos opositores propósito protelatório.

Escreve, a respeito, com muita propriedade, Abel Cháneton:

“La lectura de aquellas críticas patentiza en forma tan evidente el desnivel entre la cultura jurídica de la época y la del autor del Código, que aun los más reaccionarios tendrán que reconocer la patriótica

previsión de los dos presidentes argentinos, cuyos nombres se vinculan a la obra de Vélez: la de Mitre, confiando a la sola inteligencia de aquél su redacción, y la de Sarmiento imponiendo la sanción del Código a libro cerrado. Si los “competentes” desbarraban en esa forma, es fácil presumir lo que hubieran hecho senadores y diputados, cuya escasa preparación jurídica (patrimonio de muy pocos de ellos) se agravaba en el caso, con el encono de las pasiones políticas del momento”.

Bibliografía

CARRIQUIRY, Abelardo Alonso. *Historia del Derecho Argentino*, Ed. Perrot, B. Aires, 1953, p. 13.

CHÁNETON, Abel. *Historia de Vélez Sarsfield*, Ed. Universitaria, B. Aires, 1969, p. 322.

Dalmacio Vélez Sarsfield, *Político y Jurista*, Editorial América, Buenos Aires, Biblioteca de Estudios Históricos, v. 4, s. d.

DESCARTES. *Discurso do Método*, Ed. J. Olympio, Rio, 1960, p. 56

El Plata Científico y literario, 1854.

“Formación del Código de Comercio”, en *El Nacional*, nº 3.054, de 2.9.1862.

PAZ, Enrique Martínez. *Introducción al estudio del Derecho Civil Comparado*, Imp. de la Univ. Córdoba, 1934, p. 191.

SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Lib. y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1931, v.1, p. 67.

SEGOVIA, Lisandro. *Explicación y crítica del Nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, Editorial Lajouane, v. 1, p. XVIII, B. Aires, 1892.

TEXO, Jorge Cabral. *Historia del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, 1920.

_____. *Juicios Críticos sobre el Proyecto de Código Civil*, J. Menéndez Ed., Buenos Aires, imprenta de José Tragant, 1920. *Tribuna* de 30 de agosto de 1862.

MERCOSUL – minilateralismo e metaconstitucionalismo

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. A integração de blocos econômicos e o seu direito. 1.1. Histórico da integração. 1.2. As formas de integração de blocos econômicos. 1.3. O Direito da Integração. 2. Aspectos doutrinários relevantes. 2.1. Soberania e integração. 2.2. Constituição e integração. 2.3. Federação, autonomia e integração. 2.4. Subsidiariedade e integração. 3. Mercosul. 3.1. Antecedentes e macroobjetivos. 3.2. Natureza jurídica. 3.3. Objetivos. 3.4. Órgãos. 3.5. Inter-relacionamento do Mercosul com outras organizações de integração econômica. 4. Conclusões: rumo ao metaconstitucionalismo.

1. A integração de blocos econômicos e o seu direito

1.1. Histórico da integração

As entidades políticas surgem como expressões de poder concentrado, dotadas de maior ou menor grau de autonomia, com a finalidade de aplicá-lo para a satisfação de interesses das sociedades, que o geram para organizá-las e dirigi-las.

O poder político que lhes corresponde resulta de fenômenos sinérgicos, que concentram o poder difuso sob a instigação da consciência da necessidade de atender a desafios que as demais associações secundárias da sociedade não teriam condições de enfrentar exitosamente. Por isso mesmo, tornou-se característica desse poder, o monopólio da *vis absoluta*.

Não obstante o processo histórico registre uma tendência mais expressiva à concentração do poder político, subsiste, em permanente tensão dialética, uma tendência antípoda à desconcentração do poder, como reação de auto-defesa das sociedades à lei da expansão e à hipertrofia da autoridade, na linha da dramática constatação de Georges Burdeau, de que *no*

Diogo de Figueiredo Moreira Neto é Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Público e Diretor do Instituto Atlântico.

*universo político, todo poder tende ao monopólio*¹.

A concentração responde pelas grandes organizações políticas, como as alianças, as confederações e os impérios, ao passo que a desconcentração age em reforço das entidades políticas de menor porte, como as pólis gregas, os feudos medievais e, nos dias de hoje, impulsiona o federalismo, a autonomia de regiões e o municipalismo.

A *integração* é um fenômeno produzido por determinado tipo de concentração de poder político, que ocorre sempre que um grupo ou uma entidade política se une a congêneres para responder com maior eficiência a desafios comuns. Trata-se de um fenômeno benéfico, na medida em que, produzida sob várias formas e com distintos objetos, a integração representa a ascensão na ação coletiva e na solidarização social.

Ambos os movimentos – concentração e desconcentração – respondem às necessidades de buscar a eficiência do poder pela especialização.

Os variados modos de integração dos povos, como o da absorção dos vencidos pelos vencedores, como o da homogeneização cultural pela coexistência no mesmo espaço ou como o da busca consciente da convivência otimizada², têm em comum o problema da *legitimidade*, que é a medida da aceitação dos fatos. A integração pode ser até objetivamente útil ou necessária, mas o que a legitimará será sempre a *communis opinio necessitas*, que lhe proporciona a soldadura ética, sem a qual ela não subsistirá.

A integração decorre, portanto, da consciência política amadurecida de que hoje, como nunca, o mundo tende a se congregar em blocos, porque a conquista de territórios e de mercados pelas armas, sempre impugnada de radicalismo e de nacionalismo, cedeu espaço à competição pela eficiência, o que tem mais a ver com a redução dos custos de transação que com o aumento dos custos da confrontação.

Nesse novo mundo, que está se erguendo sobre os *escombros indeploráveis* das ideologias e das guerras totais, assoma a consciência

planetária de que as organizações internacionais tradicionais cumpriram um papel desbravador na construção dos modelos políticos do próximo milênio: cabe-lhes afirmar as regras do jogo e pavimentar a via de integração dos países-membros na forma de blocos econômicos homogêneos com objetivos comuns.

É a tendência denominada *minilateralismo*, no qual a integração se processa no quadro de relações multilaterais *restritas*, entre um número menor de parceiros e com regras próprias, bem definidas, sem que isso implique o desatrelamento dos blocos maiores, mundiais, continentais ou subcontinentais.

Essa tendência se revela com crescente pujança e nitidez na *integração de blocos econômicos*, sem dúvida o fenômeno mais importante da política nesta segunda metade do século XX.

1.2. *As formas de integração de blocos econômicos*

Os blocos econômicos vêm a ser o modo de integração de entidades políticas característico desse fim de século, assim como outros modos agregativos foram responsáveis pelo surgimento de outras formas históricas de organização política, desde os proto-Estados aos Estados modernos, passando pelos Estados unitários e pelas diversas experiências de uniões de Estado, como as federações e confederações.

Como a denominação evocativa do econômico já indica, a finalidade que agrega esses blocos, em todos os quadrantes do globo, não é outra que alcançar melhores resultados no campo da produção, da transformação, da circulação, da distribuição e do consumo das riquezas através de uma modalidade integrativa mais voltada à concertação finalística de ações que à fusão de entidades políticas.

Entre outras concausas que podem ser apontadas para essa busca de ampliação do espaço econômico pela integração de Estados, tanto grandes como pequenos, são lembradas: 1ª) a remoção do entulho protecionista, criado ao longo de muitos anos de conflitos comerciais e bélicos; 2ª) a afirmação prática da excelência do livre mercado, como o mais apto a propiciar o progresso dos povos³; 3ª) a necessidade de reduzir os custos de pesquisa e de produção de bens e de serviços, pelo benefício da economia de escala; 4ª) a necessidade de competição com países ou blocos de grande expressão

¹ BURDEAU, Georges. *L'État*, Ed. du Seuil, Paris, 1970, Cap. I, 2.

² V. EKMEKDJIVIAN, Miguel Ángel. *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano, con especial referencia al Mercosur*, Ed. Depalma, Bs. Aires, 1994, pp. 4 a 7.

³ V. SAMPAIO, Martim de Almeida. *Mercobusiness, in Mercosul*, Ed. Maltesa, São Paulo, 1994, p. 75.

econômica; e 5ª) a transformação qualitativa dos fluxos comerciais de comércio de matérias primas e de produtos para um comércio de fatores de produção⁴.

A forma mais simples de integração é a que cria as zonas de livre comércio, pelas quais se objetiva apenas a eliminação substancial de direitos alfandegários. Seguem-se em complexidade, as uniões aduaneiras, que acrescem o objetivo de homogeneização de tarifas e de política comercial de importação. No terceiro estágio é que são criados os mercados comuns, que além dos objetivos referidos, visam à livre circulação dos fatores de produção.

A forma de integração mais completa e, por isso mesmo, mais sofisticada e de difícil construção é a Comunidade Econômica, cujo único exemplo é a Comunidade Européia. Sua origem foi a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), criada em 1951, pelo Tratado de Paris, expandida nos dois Tratados de Roma, de 1957, que instituíram a Comunidade Econômica Européia (CEE) e a Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEA ou EURATOM)⁵. Sua forma atual resultou do aperfeiçoamento trazido pelo Tratado de Maastricht, em 1993, que retirou o adjetivo econômico na qualificação da Comunidade e ampliou aos campos políticos e social os objetivos integrativos, adotando, como guia, o princípio de subsidiariedade⁶, ocorrendo um "salto qualitativo em termo de transferência de soberanias" com a previsão da moeda única, "o mais tardar em 1ª de janeiro de 1999, para os Estados que cumpriram certas condições" de natureza econômica, marcando-se o máximo de centralização do tipo federativo "pelas transferências significativas de poderes para instituições supranacionais, como o Banco Central Europeu"⁷.

⁴ Somente atingido o estágio de *circulação de fatores de produção* há condições de surgir a *integração econômica*, em razão do intercâmbio de fatores complementares em regime da competitividade, bem como a criação de comunidades econômicas.

⁵ BORCHARDT, Klaus Dieter, em erudito estudo, popularizado em sucessivas edições, *A Unificação Européia. Criação e Desenvolvimento da Comunidade Européia*, (Serviço de Publicações Oficiais da CE, Luxemburgo, 1990, p. 5).

⁶ Sobre o princípio da subsidiariedade discorrer-se-á adiante, ao tratar dos aspectos constitucionais do Direito da Integração e, particularmente, do Direito Comunitário.

⁷ NEVES, José Paulouro das. "O Tratado de Maastricht e a Construção Européia", in *A União Européia*, Coimbra, 1994, p. 165.

1.3. O direito da integração

Temos que a criação de institutos de integração econômica definidos como zonas de livre comércio, uniões aduaneiras, mercados comuns e comunidades econômicas exige a produção de correlatos instrumentos jurídicos em plano metanacional, embora não necessariamente supranacional, que podem receber, genericamente, a denominação de Direito da Integração, como ramo disciplinar especialmente voltado à realização dessas modalidades integrativas e a seu desenvolvimento.

Até a experiência da Comunidade Econômica Européia, esse Direito da Integração se continha exclusivamente no âmbito do Direito Internacional Público, como um produto consensual da vontade de países pactuantes que exerciam poderes decorrentes de seus respectivos direitos internos.

Existiam, em conseqüência, dois planos jurídicos: o interno, baseado na coerção, e o internacional, baseado na pactuação.

A partir da Comunidade Econômica Européia formou-se, com destaque do Direito de Integração, um ramo jurídico inteiramente novo que, embora também nascido da pactuação internacional, tornou-se um prosseguimento do direito interno, supra-ordinado às ordens jurídicas nacionais que o geraram: o *Direito Comunitário*.

Dotado de autonomia disciplinar, em razão da especificidade de seus princípios e métodos, o *Direito Comunitário* ostenta como sua característica mais marcante o fato de não ser nem um ramo do direito interno nem, tampouco, do direito internacional, mas ser "um direito próprio dos Estados-Membros, tanto quanto seu direito nacional", coroando a hierarquia normativa de todos eles^{8 e 9}.

Além dessa importante e destacada característica, que sobrepára por sua originalidade, o *Direito Comunitário* apresenta certas características corolárias que lhe dão fisionomia própria e inconfundível no mundo jurídico: a

⁸ V. EKMEKDJIVIAN, Miguel Ángel, op. cit., pp. 65 e 66.

⁹ O Tribunal de Justiça da Comunidade, na sentença proferida no caso COSTA versus ENEL, assim conceituou o *Direito Comunitário*: "Distintamente dos tratados internacionais, o Tratado da CEE instituiu um ordenamento jurídico próprio, integrado ao sistema jurídico dos Estados-Membros"... "um corpo de direito que vincula a seus nacionais e a eles próprios" (TJCE, sentença de 15 de junho de 1964, A. 6-64).

aplicabilidade imediata, que vem a ser a desnecessidade de que sobrevenha uma norma nacional adotando norma comunitária; a *aplicabilidade direta*, que é sua capacidade de gerar direitos e obrigações para os cidadãos e entidades de direito privado dos Estados-Membros; a *aplicabilidade pelos juizes nacionais*; pois todo o juiz nacional torna-se, também, ao mesmo tempo, um juiz do Direito Comunitário; e a *supremacia normativa*, que vem a ser a supra-ordinação do Direito Comunitário ao direito interno dos Estados-Membros.

Em suma: o *Direito da Integração* pode ser conceituado tanto pelo que é como pelo que tende a ser. É um ramo didático do Direito Internacional Público, extremamente permeado por disposições administrativas, tributárias, trabalhistas, civis e comerciais, que se aplicam por recepção do direito interno dos Estados que compõem zonas de livre comércio, as uniões aduaneiras ou as comunidades econômicas incipientes. Tende a ser o embrião de um *Direito Comunitário*, na medida em que a integração econômica prossiga e atinja níveis mais elevados, configurando-se uma *Comunidade*, dotada de direito próprio com características supra-nacionais.

Como não poderia deixar de ocorrer, tanto o Direito de Integração, ainda doutrinariamente atrelado ao Direito Internacional Público, como sua peculiar manifestação contemporânea do Direito Comunitário, dotado de autonomia, tanto frente ao direito interno quanto ao internacional, apresentam inúmeras interseções com conceitos tradicionais, como o são a soberania, o constitucionalismo e o federalismo. Vale a pena dedicar-lhes um breve exame para melhor entendimento das características e da problemática jurídica do Mercosul.

2. Aspectos doutrinários relevantes

2.1. Soberania e integração

Está-se diante de um conceito em contínua transformação, desde seu surgimento; para alguns, ainda no século XI, quando apareceu num mapa de S. Vitor de Marsilla, mas, para a maioria dos autores, no século XVI, na obra de Jean Bodin, com o sentido de *summa potestas*, ou seja, "poder absoluto e perpétuo"... "não limitado, nem em poder, nem em responsabilidade, nem no tempo", não reconhecendo autoridade superior salvo a de Deus¹⁰.

Bodin, como outros autores da época, desenvolveu o conceito como fundamento para

¹⁰ *Les six livres de la Republique*, Paris, 1583, L. I, Cap. XI.

afirmar a incontestabilidade da autoridade real, tanto em face do Papado como sobre os senhores feudais, buscando instrumentá-lo como ferramenta do rei para lograr a integração nacional em torno de sua pessoa, superando o medievalismo e criando condições de governabilidade legítima sobre grandes espaços geográficos na Europa renascentista. Em pouco tempo a soberania tornou-se uma espécie de dogma político, embora viesse a saber certa atenuação em Santo Tomás, Hugo Grócio e Vattel, que a adotaram com reserva do campo próprio do Direito Internacional¹¹.

Em quatro séculos, a titularidade da soberania migrou do rei para o Estado e deste para a Nação, chegando-nos, hoje, um conceito muito modificado, quase denegatório do que se teve como aceito: já não é mais absoluto, porque tornou-se relativo ao poder real dos Estados; nem perpétuo, porque sofreu mutações e até desapareceu em certos casos; nem ilimitado, pois o Direito Internacional forçou sua restrição e seu condicionamento diante de valores universais, entre os quais a *legitimidade*, que ressurgiu, mais afirmativa do que nunca, na segunda metade deste século.

Não é necessário chegar-se ao Direito da Integração para constatar-se a passagem da supremacia da ordem nacional para a ordem internacional, detectada em inúmeras áreas da convivência humana em que valores universais estão em jogo¹². De qualquer forma, a perda de sentido próprio da expressão *soberania* tem levado autores de renome a varrê-la do léxico juspolítico e substituí-la por *autonomia* ou *independência*, que apresentam sentido mais preciso¹³.

As organizações internacionais, desde sua criação e por todo o correr do século, também foram notáveis instrumentos de integração, concorrendo para a diluição do conceito de soberania e, em contrapartida, para a criação de uma responsabilidade internacional dos Estados.

¹¹ GRÓCIO, Hugo. *De jure belli ac pacis*, L. III.

¹² Tome-se como eloquente exemplo o desenvolvimento do chamado direito internacional da integração comunitária, tratado em autores de vários países e aplicado por cortes nacionais de vários Estados. A respeito, as menções de Miguel Ángel Ekmekdjian à obra de Raúl Vinuesa, Thomas Buergenthal e Alfredo Verdross e a arestos de cortes federais norte-americanas, argentinas etc.

¹³ É o caso de Georges Burdeau, in *Traité de Science Politique*, L.G.D.J., T. II, pp. 305 e ss., que prefere o termo "independência" dos Estados.

Ainda assim, as organizações internacionais serviram mais como instrumento de integração política e, em alguns casos, social, que de integração econômica. A História recente veio demonstrar que esse tipo de integração ainda não pode ser alcançado em nível mundial, necessitando-se certas condições geo-sócio-econômicas propícias para a formação de blocos especificamente devotados à ampliação do espaço econômico.

Em outros termos: não decorreu de um Direito de Coordenação tradicional, proporcionado pelo Direito Internacional, mas de um Direito de Integração, que veio superá-lo, possibilitado apenas em quadros geo-políticos mais restritos.

O desenvolvimento das modalidades dos blocos de integração econômica exigiu a correlata instituição de instrumentos jurídicos adequados – um Direito da Integração, como se examinou – que, nascido através do instrumental do Direito Internacional Público, vem assumindo identidade própria como conjunto de princípios e regras aptas para a constituição desses espaços político-econômicos, ao mesmo tempo solidários, internamente, e competitivos, externamente, no contexto específico do unilateralismo.

2.2. *Constituição e integração*

Novamente faz-se aqui necessário distinguir o Direito da Integração, como gênero, do Direito Comunitário, como espécie, embora com apenas um exemplo atual, mas inegavelmente com extraordinário apelo contemporâneo.

Por um lado, o *Direito da Integração*, enquanto espalhamento do Direito Internacional Público aplicável aos sistemas pactuais de integração entre Estados, oferece poucos problemas de intersecção com Direito Constitucional, praticamente concentrados nos aspectos de competência para celebração de tratados e de recepção na ordem jurídica interna do direito deles resultantes; ambos temas amplamente trabalhados pela doutrina. Assim é que se pode exigir previsão explícita ou implícita de instituição de tratados de integração ou exigir, pelo menos, a inexistência de vedação, ainda que implícita, nas Constituições dos Estados candidatos à associação em blocos econômicos.

Por outro lado, o *Direito Comunitário*, como um passo qualitativo adiante no Direito da Integração, exigirá previsão constitucional mais explícita, já que se necessita de uma delegação de poderes para instituir-se uma ordem jurídica supranacional e, em consequência, um

Direito Metaconstitucional, capaz de produzir normas e atos concretos com eficácia não só sobre os Estados-Membros como sobre as pessoas físicas e jurídicas a eles sujeitas.

Esse Direito Comunitário, com a extensão, que lhe é hoje reconhecida, totalmente original em Direito Comparado, tem sido objeto de contínuo aperfeiçoamento doutrinário produzido por autores especializados de vários países e, sobretudo, de aperfeiçoamento jurisprudencial contido em importantes decisões judiciais do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia¹⁴.

Não obstante tal avanço, a maioria dos estudiosos ainda reconhece no Direito Comunitário uma *ordem jurídica delegada*, que, por isso, tem sua exclusiva base de validade nas Constituições dos Estados-Membros. Dessa afirmação, todavia, já se começa a discordar com certa frequência, e a chamada *teoria da delegação*, que a tem suportado, passa a ser contestada com fundamento em inúmeros indícios que parecem convergir para afirmar a tese oposta, ou seja, do *poder próprio*, em que se reconhece uma certa autonomia do Direito Comunitário uma vez criada a entidade supranacional que deverá legitimamente produzi-lo.

São exemplos mencionados desses indícios de um direito autônomo, e não meramente delegado: a reivindicação jurisprudencial de superioridade, autonomia e unidade do ordenamento comunitário por parte do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia; a aplicação direta da norma comunitária; o caráter comunitário e não delegado do Parlamento Europeu; a teoria dos poderes comunitários implícitos e a ação de incumprimento, pela qual se submete o Estado refratário às normas da Comunidade, além de outros que se vêm afirmando¹⁵.

De qualquer forma, é indiscutível que tudo se inicia por uma delegação, pelo menos em sua origem, abstraindo-se as discutíveis metamorfoses jurídicas da ordem metaconstitucional

¹⁴ V., a respeito, EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, op. cit., pp. 71 a 73.

¹⁵ Uma lista mais completa, com quatorze argumentos, inclusive os mencionados, selecionados por seu impacto, recebeu um exame acurado e erudito de Francisco Lucas Pires, no artigo intitulado “União Européia. Um Poder Próprio ou Delegado”, in *A União Européia* (obra coletiva, Coimbra, 1994, pp. 149 a 156), concluindo que a nova dinâmica integrativa criada no Tratado de Maastricht e na convergência em curso para a constituição da moeda única da Comunidade Européia, é um reforço da tese do poder próprio.

assim criada. Isso ressalta a importância da existência de *previsões constitucionais* autorizativas da delegação, como a da Alemanha (Lei Fundamental, art. 24); a da França (Constituição de 1949, art. 55); a da Itália (Constituição de 1947, art. 11) e a da Espanha (Constituição de 1978, arts. 93 e 96).

Mas mesmo no contexto da teoria da delegação, persistem inúmeros problemas, como o referido ao controle de constitucionalidade adotado pelo Estado-Membro, se concentrado, se difuso ou se prévio, e, como o relativo à repartição de competências entre unidades federadas ou atributivo de poderes exclusivos a certas regiões autônomas, peculiares a certos Estados. Sobre esses últimos cabe uma breve digressão.

2.3. *Federação, autonomia e integração*

O problema federativo e, até certo ponto, o das autonomias regionais, em face do Direito da Integração e do Direito Comunitário, pode equacionar-se da seguinte maneira: quais as competências constitucionais que admitem ser negociadas (Direito da Integração) ou delegadas (Direito Comunitário) através de tratados de integração?

As respostas são diversas, uma vez que cada sistema constitucional apresenta suas peculiaridades: há os que são explícitos a respeito e os que exigem do intérprete complicadas construções doutrinárias.

No caso da Espanha, o art. 93 de sua Carta Magna autoriza expressamente que se *transfiram* a uma instituição supranacional, a Comunidade Européia, as "competências derivadas da Constituição", não distinguindo as competências do Estado espanhol das competências autonômicas. Se se entender que a autorização constitucional se refere a ambas, poder-se-á concluir que "a incorporação da Espanha à Comunidade Européia supõe a concentração, em dita instância supranacional, de um importante conjunto de competências que antes se exerciam pelo aparato do Estado ou pelas instituições autonômicas". Desde este ponto de vista, poderia deduzir-se que a adesão do Estado espanhol à Comunidade Européia causou uma efetiva perda de poder a suas comunidades autônomas "ao menos, em todo caso, no que respeita à disponibilidade de matérias que passaram a ser atribuídas à Comunidade Européia" ¹⁶.

¹⁶ MACHADO, Santiago Muñoz. *El Estado, El Derecho Interno y la Comunidad Europea*, Ed. Civitas, SA, Madri, p. 28.

No caso da Alemanha, para mencionar um exemplo de arraigada tradição federalista, tem-se entendido que a delegação feita pelo poder central à Comunidade Européia produziu uma descompensação no equilíbrio interno entre os poderes da União e os dos *Länder*, beneficiando o centripetismo naquele país, ao ponto de certos autores já renunciarem a perda da própria *essência federal* do sistema¹⁷.

No caso do Brasil, como último exemplo, a intersecção do Direito da Integração com o Direito Federativo propõe o debate sobre a suficiência da norma do art. 4º, parágrafo único, que prevê a integração latino-americana, para que a União negocie competências que possam estar adscritas às demais entidades federativas de natureza política, como os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios e, até, com mais razão, em futuro, para que transfira poderes a uma organização supra-estatal regional.

A partir de exemplos como esses, em que sobressai uma nova concentração de poderes constitucionais, que já estavam antes diluídos, num órgão internacional supra-estatal, alguns autores têm vislumbrado uma regressão da descentralização, seja ela federativa ou autonômica que, por consequência, poria em xeque não só a boa aplicação do princípio da subsidiariedade como, por decorrência, os direitos individuais, tanto pela eventual possibilidade de redefinição restritiva como pela dificuldade de participação, dado o distanciamento entre o indivíduo e o nível decisório supra-estatal.

Agregue-se, finalmente, e não menos ponderavelmente, o impacto do que hoje já se convencionou de denominar de *tendência expansiva* do Direito da Integração, do tipo comunitário, por se tratar de um direito construído sobre objetos a serem alcançados e não sobre um rol de competências taxativas, e ter-se-á debuxado um quadro que, decididamente, produz inquietantes colisões de interesses nos Estados Federados e naqueles que contêm regiões constitucionalmente autônomas.

No caso da Comunidade Européia, o seu Direito Comunitário, em plena e dinâmica elaboração por seus próprios órgãos, já apresenta, pelo menos, dois poderosos vetores de expansividade em ação: a *doutrina do efeito útil*, pela qual, por um método teleológico, deduzido

¹⁷ R. MORAWITZ. *Die Zusammenarbeit von Bund und Länder bei Vorhaben der Europäischen Gemeinschaft*, Bonn, 1981, pp. 85 e ss.

dos objetivos da Comunidade, se fixa (e se amplia) o alcance dos respectivos poderes, e a *doutrina dos poderes implícitos*, pela qual os juizes expandem continuamente, por via interpretativa, as atribuições da Comunidade¹⁸.

Como se pode observar, são delicadas as situações que esses Estados apresentam, abrindo um leque de alternativas doutrinárias que ora restringem os poderes de negociação (e de delegação) da União ou Estado Central, em benefício dos princípios federativo e autônomo, ora, ao revés, ampliam-nos, com vista à realização dos objetivos metanacionais de integração.

2.4. Subsidiariedade e integração

A experiência histórica da Suíça, o acolhimento na Lei Básica de Bonn e, mais recentemente, no Tratado de Maastricht¹⁹, puseram em primeiro plano de evidência no cenário juspolítico o princípio da subsidiariedade.

Aplicado com a flexibilidade que se lhe reconhece, embora bem claro e definido em seu essencial, o princípio provê a chave para a racionalidade e a transparência na repartição de competências hierarquizadas ou, de qualquer forma, verticalmente dispostas, como é a hipótese de autonomias regionais, de autonomias municipais, de autonomias federativas ou de uma estrutura pluriestatal de integração.

Este princípio, que sob certo aspecto remonta a Aristóteles, foi retomado por Santo Tomás²⁰ e tornou a emergir no Renascimento, na voz de Dante, quando assinalou que não cabia ao Imperador decidir de imediato "todos os pequenos assuntos de cada cidade", pois "as nações, reinos e cidades têm características diversas, que têm que ser consideradas em leis especiais"²¹. A doutrina social da Igreja o absorveu e o desenvolveu, como se lê na obra do Bispo Ketteler²² e, em sua plena expressão, nos documentos pontifícios de Leão XIII²³ e Pio XI²⁴. Este Papa foi ainda o primeiro a definir o princípio: "É necessário, portanto, que a autoridade suprema do Estado deixe às associações inferiores resolver aqueles assuntos e questões de

importância menor", pois "desta forma se logrará que leve a cabo com maior soltura, energia e eficácia todas aquelas tarefas que são de sua exclusiva competência: dirigindo, vigilando, urgindo, castigando, segundo o caso requeira e a necessidade o exija".

Ao considerar a sucessiva subsidiariedade a que devem submeter as organizações sociais e políticas, da ação individual à internacional, o princípio oferece não só a solução mais racional no trato do poder, como a mais legítima, por ser a mais consentânea com a necessidade da proteção das liberdades civis, sociais e políticas, como observa o autor espanhol Juan Vallet de Goytisoló²⁵. É precisamente neste aspecto, o reforço em cada instância decisória, social ou política, da *liberdade da pessoa humana*, que está, por certo, o superior fundamento de validade e a grande contribuição do princípio à sociedade do terceiro milênio.

O acréscimo do nível comunitário internacional à pirâmide decisória das organizações políticas foi um consectário lógico que Maastricht logrou pôr em evidência com inegável descortino à luz do princípio da subsidiariedade, elevando, em conseqüência, o Direito Comunitário a uma extraordinária dimensão humanística, que já se torna bastante visível no corolário da *aplicabilidade direta* de suas normas, de vez que todos os cidadãos dos Estados-Membros são também cidadãos da Comunidade.

Neste sentido, a Comunidade Européia parece ter avançado com dinâmica própria, não apenas aquela oriunda diretamente dos seus Tratados fundamentais, mas de um impulso organizador original, dotado de consentida autonomia. Santiago Muñoz Machado registra essa tendência nas seguintes passagens de seu livro *O Estado, O Direito Interno e a Comunidade Européia*: "... a Comunidade tem penetrado paulatinamente em setores (como a matéria do meio ambiente ou a proteção dos consumidores, para usar os exemplos mais convencionais) que parecem escapar aos objetivos que primitivamente justificaram o nascimento da nova organização"²⁶.

Concorrem para essa construção, relativamente autônoma, do Direito Comunitário europeu, e por isso mesmo merecedora de atenta observação por parte dos políticos e dos

¹⁸ A respeito, a jurisprudência recolhida por BOULOIS et CHEVALIER, em *Les Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, I, Paris, 1983, pp. 231 a 244.

¹⁹ Art. 3º - B.

² *Política*, II, 15.

²¹ *Monarquia*, I, 14.

²² *Kettelers Schriften*, I, 103, e II, 162.

²³ *erum Novarum*, n.ºs. 6, 9, 10, 26 e 38.

²⁴ *Quadragesimo ANNO*, n.ºs. 36 e 80.

²⁵ *Tres Ensayos*, Ed. Speiro, Madri, 1981, pp. 147 e ss.

²⁶ MACHADO, Santiago Muñoz, op. cit., p. 36.

juristas, certas características que essa ordem jurídica apresenta e que o mencionado autor alinha com percuciência:

a) a competência de atribuição: os poderes comunitários não são descritos mas são dessumidos de objetivos concretos a serem atingidos;

b) os Tratados formadores não contém lista taxativa de competências;

c) por vezes não há sequer definição de objetivos;

d) é possível entender o conteúdo das competências comunitárias analisando a natureza e o alcance das ações previstas;

e) a fórmula empregada pela Comunidade Européia tem sido vincular atribuições a fins ou objetivos que são confiados à Comunidade, enquanto órgão responsável pela desejada integração²⁷.

Disso decorre a necessidade de recorrer-se, no Direito Comunitário, ao princípio da subsidiariedade, de uma maneira muito mais intensa que nos sistemas jurídicos construídos sobre definições taxativas de competência: não só ao legislador se destina o princípio e não apenas ele deve cumpri-lo, como também os órgãos administrativos e judicantes da comunidade, que devem construir o conteúdo de suas próprias competências à medida em que se desdobram em suas ações^{28 e 29}.

²⁷ Idem, ibidem, pp. 37 a 38.

²⁸ E diz MACHADO, Santiago Muñoz, em seu erudito ensaio: "Veremos imediatamente cómo el artículo 235 del TCEE las competencias comunitarias no se fijan conforme a un listado de materias concretas, por el contrario, si los poderes se usan para alcanzar los fines u objetivos que le Comunidad tiene confiados, cualquier materia puede ser atraída al ámbito de sus responsabilidades" (op. cit. pp. 41 e 42) e adiante "Es este, en verdad, un proceso de autodefinition del contenido material de la competencia, tecnica que contraria, desde luego, la idea de que las constituciones de los Estados miembros sólo autorizan una transferencia tasada de atribuciones" (op. cit. p. 42).

²⁹ Acrescenta Santiago Muñoz Machado: "Sobre esta técnica de delimitar el contenido de las competencias en atención e los fines u objetivos que se han señalado por los Tratados de la Comunidad, cfr. p. PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté économique européenne comme principes d'interpretation dans la jurisprudence de la Cour de Justice*", em Mel. Ganshof Van der Meersch, 1972, pp. 325 e ss. (op. cit. p. 41, nota 19).

Em suma, aí temos um princípio dinâmico para um direito dinâmico: um metaconstitucionalismo está no horizonte do Direito da Integração, como prenúncio e antecipação de um Direito Comunitário já em realização.

3. Mercosul

3.1. Antecedentes e macroobjetivos

À desintegração dos espaços coloniais hispano-americanos decorrente dos movimentos independentes fracionários, sucederam-se inúmeras tentativas de reintegração das unidades políticas resultantes, ora com ênfase no político, ora no econômico, quando não em ambos os aspectos.

Como é sabido, as peculiaridades histórico-culturais dos Estados resultantes das colonizações inglesa e portuguesa escaparam dessa atomização política, permitindo a criação de grandes países, como o Canadá, os Estados Unidos e o Brasil, de dimensões continentais.

Não obstante o esforço de notáveis precursores, como Simón Bolívar ou Francisco Morazán, este na América Central, somente a liderança dos Estados Unidos da América viria a deflagrar o processo integratório, com o Congresso de Washington, de 1889-1890, que levantou a bandeira da criação de uma união aduaneira continental; um esforço não totalmente frustrado porque nele se fincaram as raízes da futura Organização dos Estados Americanos - OEA.

Ocorre, como já foi lembrado, que nem esta e nem qualquer outra organização internacional de caráter eminentemente político apresentaram condições de conduzir a criação de mercados regionais e, por isso, em pouco tempo, começaram a surgir outros tipos de instituições voltadas precipua ou exclusivamente às necessidades de integração econômica na América Latina. Mencionem-se, por sua importância, a CEPAL - Comissão Econômica para a América Latina, em 1948; a ALALC - Associação Latino-Americana de Livre Comércio, em 1960; a CECLA - Comissão Especial de Coordenação Latino-Americana, em 1963; o INTAL - Instituto para Integração da América Latina, em 1964; o CARICON - Comunidade do Caribe, em 1973; o SELA - Sistema Econômico Latino-Americano, em 1975; e a ALADI - Associação Latino-Americana de Integração, em 1980.

Dentro dos objetivos dessa última instituição, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai iniciaram o processo que culminou com a assinatura do Tratado de Assunção, em 1991, visando à

instituição de um *Mercado Comum do Sul* – Mercosul. Deve-se registrar, em particular, os esforços preliminares desenvolvidos pela Argentina e Brasil, na moldura de suas relações bilaterais, que depois que se livraram dos respectivos regimes autocráticos, se sentiram estimulados para dilatar seus esforços econômicos e firmaram um protocolo de objetivos limitados até o ano 2000 (Alfonsín-Sarney) que, mesmo sem mencionar um mercado comum, é tido como a base do Tratado de Assunção, que não teria amadurecido tão rapidamente sem essa iniciativa.

Desde logo deve-se consignar que o objetivo perseguido pelos Estados associados do Mercosul não antagoniza nem afasta, senão que se harmoniza com o objetivo maior e o prepara, de criação de um *Mercado Comum Latino-Americano* ou continental, ainda porque sistemas integrativos semelhantes já vêm congregando outros países da região, como o Pacto Andino, que reúne Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, e o Nafta – North America Free Trade Association, que reúne Canadá, Estados Unidos e México³⁰.

Em todos os recentes exemplos de integração econômica americana, dos quais o Mercosul desponta como o mais ambicioso, pois pretende a criação de um mercado comum, sente-se a nítida influência da experiência da Comunidade Européia, como uma solução bem sucedida para acelerar o desenvolvimento econômico pela adoção do mercado livre e, em etapas posteriores, ampliar a integração a outros setores da vida humana, projetando-se para o futuro como matriz de megaorganizações políticas subcontinentais e continentais.

A consciência da necessidade de união de esforços é essencial; a busca e escolha dos modelos é decorrência. De qualquer forma, tudo indica que estamos diante de um processo irreversível em escala mundial. Hoje, a indagação que se impõe não é mais se se deve ou não adotar a prática do livre comércio e ampliar os mercados nacionais, mas como fazê-lo da forma mais rápida, ampla e eficiente possível.

³ O propósito maior está expressamente consagrado no Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, nos seguintes termos: “Conscientes de que o presente Tratado deve ser considerado como um novo avanço no esforço tendente ao desenvolvimento progressivo da América Latina, conforme objetivo do Tratado de Montevidéu, de 1980”.

3.2. Natureza jurídica

O Mercosul é, tanto quanto os demais exemplos existentes de integração, ao mesmo tempo, uma *meta* e um *caminho*. É o que se depreende do seu artigo 1º: pretende se estabelecer um *Mercado Comum*. Como elegantemente definiu Héctor Gros Espiell, um de seus subscritores, na qualidade de Chanceler do Uruguai, “Es un tratado que establece el camino, el procedimiento, la forma y contenido del proceso para llegar al objetivo de constituir el Mercado Común. No lo crea. Determina como se ha de llegar, necesaria e indudablemente, a él”³¹.

Pode-se afirmar, portanto, que o Tratado de Assunção é um *documento pactual preliminar de integração*, podendo, nessa qualidade, ser reconhecido como um diploma gerador de uma ordem jurídica de integração, sob o regime do *Direito Internacional Público*, que se supõe deva ser gradual e permanentemente construído sob sua égide.

Entretanto, se considerado sob a óptica mais dilatada da integração latino-americana, definida pelo mencionado Tratado instituidor da Aladi, o Tratado de Assunção também pode ser caracterizado como um *acordo parcial de integração econômica*, como tal regulado nos Capítulos II e III, daí sua expressa menção (art. 8º) aos compromissos firmados no âmbito maior daquela associação, e, em conseqüência, a aplicação dos dispositivos dos Capítulos II, III, IV e V daquele Tratado latino-americano, o que o torna aberto à adesão dos demais países membros da Aladi (art. 9º, inciso a)³².

3.3. Objetivos

Direcionados ao objetivo geral de constituir um *Mercado Comum*, o Tratado de Assunção define três conjuntos de objetivos específicos de integração:

1º) a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, restrições não tarifárias à circulação de mercado e de qualquer outra medida de efeito equivalente;

³¹ GROS ESPIELL, Héctor. “El tratado de Asunción y Algunas Cuestiones Jurídicas que Plantea”, in *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, Montevidéu, Ano II, nº 5, 1991, p. 9.

³² EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, in op. cit., p. 207, não deixa de chamar da atenção para os aspectos práticos, de índole diplomática, envolvidos na hipótese de adesão de outros países latino-americanos ao Mercosul, no âmbito da Aladi.

2º) o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum com relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estado e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;

3º) 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 transportes e comunicações e outras que se acordem –, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes³³.

Esses objetivos obedecem a um cronograma de realização que já teve concluída a sua primeira fase de implantação, em 31 de dezembro de 1994, com a adoção da tarifa zero e o desaparecimento de barreiras não-tarifárias³⁴, embora com as ressalvas consignadas nas listas de exceções, de mercadorias que serão desgravadas conforme cronogramas especiais, também negociados nas cláusulas de salvaguarda³⁵.

Surge aqui, com relação ao enunciado dos objetivos, uma primeira questão relevante a respeito do modelo de integração adotado – o *Mercado Comum*. Como se pretendeu ultrapassar os modelos mais simples – a zona de livre comércio e a união aduaneira – para constituir essa forma mais avançada e ambiciosa de integração econômica, “essencialmente porque não visa apenas à liberalização dos fluxos comerciais, mas sim à plena liberdade de circulação de bens, pessoas, serviços e capitais”, na expressão de José Ângelo Estrella Faria, esses objetivos são altamente demandantes em termos de mobilidade e dinâmica do processo integrativo, daí não bastar “a remoção de barreiras, sendo indispensável uma *administração permanente*”, objetivo operacional que faltou ao Tratado de Assunção, registrando, no particular, o seu corpo normativo, “vazios muito sensíveis”³⁶.

³³ Art. 1º do Tratado de Assunção.

³⁴ O Anexo I do Tratado de Assunção estabelece prazo mais dilatado para o Paraguai e o Uruguai para o desgravame comercial, até 31 de dezembro de 1991, de acordo com o previsto no art. 6º do Tratado.

³⁵ Essas cláusulas são objeto dos artigos 6º e 7º do Tratado de Assunção.

³⁶ As expressões citadas são de José Ângelo Estrella Faria, inclusive o grifo que ressaltou a *administração permanente*, salvo a última, que este autor tomou emprestado ao comentarista uruguaio Gustavo Magariños (v. *O Mercosul: Principios, Finalidade e Alcance do Tratado de Assunção*, MRE, Brasília, 1955, pp. 40 e 41).

De qualquer forma, fazendo coro com Avelino de Jesus, tais objetivos demandam “trabalhos exaustivos e sucessivos”, o que implica na constante utilização dos princípios que informam o Tratado: a flexibilidade, a gradualidade e equilíbrio, bem como o desenvolvimento de permanentes estudos, para que essa experiência se possa firmar como o único e real mercado comum no continente³⁷.

3.4. Órgãos

A orgânica do Tratado de Assunção prevista para implementar a integração econômica no âmbito do Mercosul seguiu os modelos já utilizados nos acordos de integração Argentina-Brasil, ou seja, uma estrutura reduzida e desprovida de personalidade jurídica própria.

Embora se houvesse previsto o aperfeiçoamento dessa estrutura após o período de transição, ou seja, após 31 de dezembro de 1994, ela não ocorreu, notadamente para dotá-la de personalidade jurídica, como em sua quase unanimidade reclamava a doutrina mais autorizada nos quatro países. Com efeito, a dependência do desenvolvimento de um direito da integração heterônomo, desenvolvido como um direito internacional, pactuado pela unanimidade dos países-membros, não permite o avanço célere e seguro que só poderia ser obtido se o Mercosul tivesse condições de produzir o seu próprio direito de integração, autonomamente, eficaz como um direito interno comum aos quatro países³⁸.

São, portanto, apenas dois os órgãos regedores do Mercosul: o Conselho do Mercado Comum e o Grupo Mercado Comum. Ambos, sublinhe-se, em decorrência do exposto, *órgãos do Tratado* e não, como deveriam sê-lo, *órgãos do Mercosul*, se este tivesse sido constituído com personalidade jurídica própria.

O *Conselho do Mercado Comum*, definido no artigo 10 do Tratado, é o órgão superior, que conduz politicamente e formula decisões para cumprir os objetivos e prazos estabelecidos. É

³⁷ JESUS, Avelino. *Mercosul. Estrutura e Funcionamento*, Edições Aduaneiras, São Paulo, 1993, p. 22.

³⁸ Neste sentido FARIA, José Ângelo Estrella, (op. cit., pp. 64 a 73, principalmente 72 e 73); EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (op. cit., p. 208); LIPOWETZKY, Jaime César, e LIPOWETZKY, Daniel A. (in *Mercosul: Estratégias para a Integração*, Ed. LTR, São Paulo, 1994, p. 156, excepcionando o período de transição esgotado em 1994) e MAGARIÑOS, Gustavo (*Uruguai en el Mercosur*, Montevideo, pp. 85 e 86).

formado pelos Ministros de Estado das Relações Exteriores e de Economia dos Estados-Membros, reunindo-se, pelo menos, uma vez por ano ampliado com a participação dos Presidentes das quatro Repúblicas associadas. Por ser um órgão do Tratado, é internacional mas não supranacional, o que vale dizer que suas decisões dependem sempre da unanimidade e não, como no caso da CE, da vontade da maioria das partes associadas.

O *Grupo Mercado Comum*, definido no art. 13, é o órgão executivo do Mercado Comum, cabendo-lhe velar pelo cumprimento do Tratado; tomar as providências necessárias ao cumprimento das decisões adotadas pelo Conselho; propor medidas concretas tendentes à aplicação do Programa de Liberação Comercial, à coordenação de política macroeconômica e à negociação de acordos frente a terceiros e fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do Mercado Comum. É constituído por quatro membros titulares e quatro suplentes de cada país e é coordenado pelos respectivos Ministérios das Relações Exteriores.

Como se observa, trata-se, também, de um típico órgão governamental misto dos Estados-Membros e não, como se deveria esperar, de agentes do Mercosul, investidos em atribuições próprias e autônomas para executar a vontade objetiva do Tratado.

Em se tratando de órgãos dessa natureza, torna-se juridicamente impossível falar-se em *decisões ou resoluções* com o valor de atos autônomos no sistema do Mercosul. São todos, como adequadamente observa José Ângelo Estrella Faria, meros "atos das partes contratantes", assimiláveis ao gênero dos tratados e acordos internacionais³⁹.

Em consequência, esses órgãos não produzem normas de eficácia imediata e direta sobre os Estados-Membros e sobre as pessoas privadas e, tampouco, podem recolher o benefício das construções doutrinárias e jurisprudenciais que vêm sendo desenvolvidas e aperfeiçoadas na experiência do mais completo mercado comum, que é o europeu, como, exemplificadamente, os *regulamentos* e as *diretivas*, no caso de poderes normativos, os *recursos prejudiciais*, por *incumprimento* e de *anulação*, no caso de poderes jurisdicionais, e as *decisões e recomendações*, no caso de poderes executivos. Sob esse aspecto, o Tratado de Assunção, embora o mais ambiciosamente pactuado do continente americano, é tímido e pouco inovativo.

Por certo, concorreram para esse apego ao tradicional, as próprias características histórico-culturais dos quatro países associados, aliadas também à inexperiência em temas de integração econômica e à frustração de experiências malogradas. A simples idéia de outorga ou transferência de soberania, conceito indispensável para o aperfeiçoamento juspolítico do Mercado Comum do Sul, ainda suscita perplexidade e receios numa geração formada sob a disciplina dogmática do positivismo jurídico, com um antiquado conceito de soberania e impregnada de exclusivismo nacionalista quando não, de traços de mesquinha xenofobia. Esta geração só recentemente se abriu para os valores liberais, reconhecendo o seu decisivo papel na construção da riqueza e do bem-estar nos países de vanguarda da civilização. Coincidentemente, nos quatro países do Mercosul a reconquista da liberdade política foi o acidente necessário para alcançar a liberdade econômica e reconhecer-se que o livre mercado é condição para subsistirem homens livres, verdadeiros cidadãos.

Se, como exposto, a soberania perdeu significação, a cidadania, ao contrário, enriqueceu-se, ao incorporar valores humanistas que de-passam as estreitas construções político-partidárias tradicionais, expandindo-se tão surpreendentemente que hoje pode-se ser, simultaneamente, cidadão de mais de um Estado ou de toda uma comunidade de Estados, como um claro prenúncio de um futuro *status* de cidadania mundial, que seria realmente plenificador de liberdade e das potencialidades da pessoa humana.

3.5. *Inter-relacionamento do Mercosul com outras organizações de integração econômica*

A primeira linha de relações do Mercosul é com a Aladi, criada em Montevidéu, em 1980. Embora haja herdado muito das fraquezas de sua antecessora, a Alalc, criada pelo Tratado de Montevidéu, de 1960, ela tem o indiscutível mérito de oferecer uma moldura a partir da qual é possível avançar-se na integração paulatina de grupos de países latino-americanos, ainda porque, a longo prazo, o objeto do Tratado da Aladi é a instituição de um *Mercado Comum Latino-Americano* (art. 1º).

Com efeito, este Tratado, realisticamente e com flexibilidade, reconhece a conveniência de progredir em direção à meta maior através da celebração de acordos de alcance parcial, como o do Mercosul.

Sob o aspecto jurídico, essas relações Aladi – Mercosul se regem pelo Direito Internacional

³⁹ Op. cit., p. 65.

Público e não por um direito próprio e, por isso, não apresentam problemas novos, ainda porque todos os membros do Mercosul também o são da Aladi e, com a exceção do México, que ao incorporar-se ao Nafta, afetou suas relações com os demais países latino-americanos no contexto da integração regional; o Tratado de Montevideu, de 1980, continua a ser uma referência de trabalho válido para o Continente.

Do mesmo modo, e até por motivo da defecção mexicana, não se pode deixar de considerar a redução da proposta da Aladi para estabelecer-se uma Área de Livre Comércio Sul-americana - Alcsa. Tal foi o teor de uma proposta brasileira em Buenos Aires, em 10 de março de 1994, visando contra-arrestar a crescente influência do Nafta e, com ela, da hegemonia econômica norte-americana, possivelmente com efeito mais moral que prático. Por outro lado, já existe firmado um pacto preliminar conciliatório de posições entre o Mercosul e os Estados Unidos - o Acordo Quatro mais Um, de julho de 1991, que instituiu um Conselho Consultivo (art. 1º) e uma Agenda de Ação Imediata (anexo), muito embora se tenha adstrito a problemas de subsídios agrícolas e de restrições sanitárias e fitossanitárias que afetam este comércio.

De escopo mais amplo e muito mais promissor, foi firmado em 29 de maio de 1992, em Santiago do Chile, um Acordo de Cooperação Internacional entre a Comunidade Européia e o Mercosul, com o objetivo de proporcionar apoio institucional, assistência técnica e formação de pessoal habilitado à administração dos instrumentos de integração econômica. No mesmo ano, durante a reunião de cúpula da Comunidade Européia, em Lisboa, expressou-se a necessidade de intensificar as relações entre os dois blocos, já que a Comunidade é o principal mercado do Mercosul, já absorvente de cerca de um terço do total de exportações dos quatro países-membros e dois terços das inversões da Comunidade Européia na América⁴⁰.

Finalmente, deve-se mencionar o relacionamento com o antigo GATT, o Acordo Geral de Comércio e Tarifas hoje Organização Econômica Mundial, que contém expressa previsão de constituição de uniões aduaneiras, desde que não concorram para agravar o protecionismo (5º, alínea a) e, como se sabe, demonstrou sua utilidade para a própria Comunidade Européia, ainda

porque coincidem as posições básicas desta, do Mercosul e do Gatt em favor da liberdade de comércio como fundamento do progresso dos povos.

4. Conclusões: rumo ao metaconstitucionalismo

A integração econômica, impulsionada neste final de século, está provocando profundas modificações nas estruturas políticas dos Estados na medida em que se adaptam para a formação de blocos econômicos. O exemplo parte dos próprios países desenvolvidos, que criaram a Comunidade Européia, o Nafta e lideram o *bloco informal do yen*, demonstrando aos países em desenvolvimento, sempre mais arredios às transformações modernizantes, que a integração econômica nada tem a ver com o antigo e surrado *imperialismo econômico*, mas é uma necessidade instrumental para estruturar o comércio mundial do próximo século.

Embora o mundo não esteja maduro hoje para um comércio global livre, certamente está no caminho, lento mas seguro, da liberalização gradual, por zonas, na medida em que pequenos e grandes blocos se apresentam em condições de negociar minilateralmente acordos parciais. Esta prática, do *minilateralismo*, em que se integram poucos Estados de cada vez, além de sua benéfica função intermédia, apresenta, como já se aludiu, alguns riscos: "poderá terminar em um mundo com maior número de conflitos comerciais e uma economia mundial mais fechada ou caminha em direção a uma maior cooperação entre estes mesmos autores. De qualquer forma, o minilateralismo passa a ser um dos aspectos mais relevantes da economia mundial"⁴¹. Embora exista esse risco de fechamento de megablocos, parece-nos que as tendências históricas apontam para uma função instrumental e intermédia dos acordos minilaterais em direção ao livre comércio em escala global.

Todos esses esforços organizativos, como qualquer disciplina de poder, devem ser submetidos ao Direito, a milenar técnica de convivência, única alternativa civilizada para compor os conflitos de interesse e, assim, o Direito Internacional Público emerge com um novo esgalhamento especificamente dirigido a esses fins: o *Direito da Integração*, que em pouco tempo superou-se a si próprio e produziu um *Direito Comunitário*, hoje ainda com um exemplo

⁴⁰ GUADAGNI, Alieto. "Argentina: integración en el Mercosur y integración en el mundo", in *Estudios Argentinos para la Integración del Mercosur*, MREYC, Buenos Aires, 1993, p. 26.

⁴¹ SILBER, Simão Davi. "Perspectivas Econômicas das Empresas no Mercosul", in *Mercosul*, Ed. Maltese, São Paulo, 1994, p. 17.

isolado mas, sem dúvida, dotado de poderosa significação juspolítica.

Esse Direito Comunitário é uma surpreendente evolução na Ciência Jurídica. Sua nota diferencial é a *autonomia* em relação aos Direitos nacionais⁴² e tem sido descrito como “um sistema jurídico completo em si mesmo”, no sentido de dispensar procedimentos nacionais ratificatórios ou justificativas externas.

É nessa evolução, do Direito da Integração para o Direito Comunitário, que se apresenta o fenômeno do *metaconstitucionalismo*, como superação simultânea, do Direito Constitucional baseado na soberania e do Direito Internacional Público, baseado na coordenação.

Hans Kelsen, o jurista do século, ao imaginar a *Grundnormen*, elaborando sobre a obsolescência do conceito de soberania e a primazia do Direito Internacional, anteviu o devir de uma ordem jurídica mundial e preparou as bases para reconstruir o constitucionalismo do futuro⁴³.

É sobre esse futuro que se está trabalhando ao desenvolver-se o Direito da Integração e o seu desdobramento aperfeiçoado, que é o Direito Comunitário. Nesse futuro, a organização política, em complexidade crescente, se extravasa no cenário internacional e reclama uma ordem jurídica própria sob o princípio da legalidade.

Mas, à diferença e mais além das tradicionais organizações internacionais, às quais basta a legalidade, às organizações internacionais de integração não basta a *legalidade formal*, pois aspiram à *legitimidade*. A ordem jurídica por elas desenvolvida se situa além das Constituições dos respectivos Estados-Membros. Mas, da mesma forma que as Constituições, essa ordem jurídica de características *metaconstitucionais* deve ser legal e legítima, pois não se destina a organizar apenas Estados, mas, sobretudo, pessoas.

Assim entendido, o metaconstitucionalismo não reduz nem minimiza o valor das Constituições, senão que, ao contrário, as mantém e

as reforça, da mesma forma que as Constituições servem de suporte de convalidação às leis, aos regulamentos e assim sucessivamente, na pirâmide kelseniana.

No caso do Mercosul, o metaconstitucionalismo não foi alcançado, mas tampouco está descartado, implícito que ficou em todo o Tratado, especialmente na cláusula que preconiza o “fortalecimento do processo de integração” (artigo 1º), bem como na consideração preambular que se dedica a estabelecer as bases “para uma união cada vez mais estreita entre seus povos” (Preâmbulo, último parágrafo), o que implica em ultrapassar os lindes do econômico e aspirar à integração social, cultural e política.

Sem um embrião de metaconstitucionalismo ou, pelo menos, sem certas concessões interpretativas no sentido da flexibilização das normas sensíveis da “soberania”, não se pode desenvolver um satisfatório Direito da Integração. Nem a negociação sobre esses termos nem, muito menos, a delegação seria plenamente possível⁴⁴.

A esse respeito, no Mercosul há duas situações: a Constituição mais antiga, como a da Argentina, não tem referência ao tema da integração. Embora alguns constitucionalistas entendam desnecessária a previsão, a posição majoritária dos juristas argentinos é pela necessidade de reforma constitucional que a inclua, ainda porque vêem, no artigo 27, um obstáculo intransponível à transferência de poderes soberanos a organismos internacionais, valendo citar, entre outros, Juan Carlos Casagagne, Miguel Ángel Ekmejdjian, Gualtiero Martín Marchesini, Alberto R. Dalla, Ernesto O’Farrel e Germán Bidart Campos⁴⁵.

As Constituições mais modernas, como as do Paraguai, do Uruguai e do Brasil, por outro lado, contêm dispositivos referentes à integração latino-americana: a do Brasil (1988), em seu artigo 4º (integração e comunidade); a do Paraguai (1967), em seus artigos 9º e 103 (integração) e a do Uruguai (1967), artigos 6º, § 2º, e 50 (integração). Não obstante, existem posições

⁴² Este aspecto, enfatizado por DEL PUZO, Carlos Molina, in *Derecho Administrativo y Derecho Comunitario – Las Fuentes*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 80, vem frequentemente invocado pelo Tribunal de Luxemburgo, mas não supõe isolamento entre o Direito Comunitário e os Nacionais, mas uma total integração, como se fossem prosseguimentos, o Comunitário do Nacional, e vice-versa.

⁴³ KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*, El Ateneo, Buenos Aires, pp. 97 e ss.

⁴⁴ Nas últimas décadas se tem intensificado o estudo dos aspectos constitucionais do processo de integração, valendo mencionar, *Los Problemas Constitucionales de la Integración Económica Latinoamericana*, Caracas, 1968, e o artigo de Juan Carlos Casagagne, “El Mercado Común del Sur, problemas jurídicos que plantea su creación”, in *El Derecho*, ed. 28 de novembro de 1991.

⁴⁵ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, op. cit., pp. 283, 284 e 285.

no sentido de exigir prévia e clara definição constitucional sobre transferência de poderes e entidades supranacionais, para que se institua, com boa base, um metaconstitucionalismo integrativo na região.

De qualquer forma, sob os influxos da internacionalização das relações econômicas, sociais, culturais, científicas, tecnológicas, artísticas e esportivas dentro dos blocos e megabloco constituídos e em surgimento, a própria Teoria da Constituição tende a se flexibilizar, como todo o Direito contemporâneo, provocando as reformas constitucionais que vierem a ser necessárias.

Ao que tudo indica, desenvolver-se-á, nessa transição, uma *principiologia metaconstitucional* apta a sustentar a flexibilização das Constituições dos Estados associados e a vertebração das entidades supranacionais de integração.

Os princípios, sem dúvida, ascenderão em importância nesse Direito que se construirá não sobre *competências* mas sobre *objetivos*, dependente da maleabilidade heurética e de sua vocação teleológica, mas, sobretudo, muito mais enraizados nos valores humanistas e cada vez mais distante das estruturas cerebrinas de gabinete, próprias dos positivistas jurídicos e dos ideólogos de antanho.

Para isso, concorrem as múltiplas funções hoje atribuídas aos princípios na construção de uma ordem jurídica valiosa, finalística e flexível. A *função teleológica*, orientadora da produção e da interpretação; a *função sistêmica*, ordenadora do conjunto normativo; a *função integrativa*, unificadora da ordem jurídica; a *função irradiante*, que comunica valores; a *função inibidora*, que impede a validade de atos que lhe violem o conteúdo; e a *função nomogênica*, que estimula a produção de atos que

realizem seu conteúdo principiológico.

Por serem plurissignificativos, os princípios têm a vantagem da amplitude de aplicação; por serem amplos, servem melhor à gradualidade da aplicação; e por serem gradualistas, atendem mais adequadamente à conflitualidade entre seus significados.

São essas características que apresenta o metaconstitucionalismo em formação, já exibidas nos princípios que, entre outros, se delineiam com especial nitidez: o princípio democrático, o princípio da liberdade econômica, o princípio da primazia do direito metaconstitucional e o princípio da subsidiariedade.

O *princípio democrático* conduz à participação dos cidadãos e das pessoas interessadas, em geral, nos processos decisórios e, assim, à legitimação da ação supranacional. O *princípio da liberdade econômica* informa o relacionamento entre os fatores de produção nas áreas integradas⁴⁶. O princípio da *primazia do direito metaconstitucional* caracteriza a hierarquia kelseniana da ordem jurídica integrativa. O *princípio da subsidiariedade*, por fim, já examinado, orienta a distribuição de competências entre as ordens nacionais e supranacionais.

Hoje, a Comunidade Européia; amanhã, o Mercosul e, em futuro próximo, inúmeras entidades de integração estarão realizando esses princípios, não apenas como decorrência da vontade política dos Governos dos Estados associados, mas, o que é mais importante, como expressão do consenso dos governados – de todas as pessoas que, em última análise, são as destinatárias e autoras de todo o Direito: *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*⁴⁷.

Se essa for a vocação do metaconstitucionalismo, ele se afirmará como um progresso definitivo na História do Direito.

⁴⁶ V. CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu Ordenamento Jurídico*, Ed. LTR, São Paulo, 1994, pp. 283, 301 e 306.

⁴⁷ *Corpus Juris Civilis*, Justiniano, 5, 59, 5, 2.

Lo individual y lo colectivo en la realidad brasileña

CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO

Haciéndose una comparación entre el Brasil del final del siglo XIX y el Brasil del final del siglo XX, se llega fácilmente a la conclusión de que el país ha sido caracterizado por profundas modificaciones en muchos aspectos – antes económicamente apoyado en la agricultura de exportación y socialmente basado en el patriarcalismo, es actualmente industrializado, democratizado y urbano. Todas las transformaciones por las cuales ha pasado el país reflejan la constante evolución habida en la sociedad brasileña, que está hoy superando, de manera definitiva, rasgos adquiridos en los cuatro primeros siglos de su historia.

Hay que afirmar que tal evolución ha sido extremadamente compleja; *sin embargo, es posible defender la tesis de que el pueblo brasileño, en su desarrollo, tiende más y más hacia lo colectivo, quedándose lejos, por tanto, de lo individual.* Eso significa que los brasileños están adquiriendo una siempre más fuerte conciencia colectiva, presupuesto fundamental para la consolidación de la nacionalidad y para la superación de los problemas de carácter general. Además, es visible la influencia de lo colectivo en el campo del derecho, por medio de *importantísimas leyes sobre la protección, por ejemplo, del ambiente, del consumidor, del paisaje y del patrimonio histórico, estético y turístico.*

Lo individual, herencia de los portugueses, siempre estuvo presente en la sociedad brasileña; fue uno de sus más importantes rasgos, representando y resumiendo toda la tradición de Brasil, conforme lo que expone Sérgio Buarque de Holanda:

“Os privilégios hereditários, que, a bem dizer, jamais tiveram influência muito decisiva nos países de estirpe ibérica,

Carlos Alberto Bittar Filho é doutorando em Direito Civil pela USP.

pelo menos tão decisiva e intensa como nas terras onde criou fundas raízes o feudalismo, não precisaram ser abolidos neles para que se firmasse o princípio das competições individuais. A frouxidão da estrutura social, à falta de hierarquia organizada devem-se alguns dos episódios mais singulares da história das nações hispânicas, incluindo-se nelas Portugal e o Brasil. Os elementos anárquicos sempre frutificaram aqui facilmente, com a cumplicidade ou a indolência displicente das instituições e costumes. As iniciativas, mesmo quando se quiseram construtivas, foram continuamente no sentido de separar os homens, não de os unir. Os decretos dos governos nasceram em primeiro lugar da necessidade de se conterem e de se refrearem as paixões particulares momentâneas, só raras vezes da pretensão de se associarem permanentemente as forças ativas.”¹

La tradición individualista portuguesa pudo crecer y fructificar en nuestro suelo por causa del hecho de que toda la estructura social, política y económica colonial dependía directamente del latifundio, es decir, de los terratenientes de la zona rural.² Sobre eso, escribió con precisión Oliveira Vianna:

¹ *Raízes do Brasil*, Rio, José Olympio, 1988, p. 5.

² La sociedad brasileña fue formada en el campo, de manera que la ciudad era solamente un apéndice de él (véase, sobre el asunto, Vianna, Oliveira, *Evolução do Povo Brasileiro*, Rio, José Olympio, 1956, pp. 107 y 108). Eso es comprobado totalmente por Auguste de Saint-Hilaire, que estuvo en la provincia de São Paulo ya en el siglo XIX:

“... já é sabido que, entre o Rio Grande e São Paulo, atravessei as localidades denominadas – França, Casa Branca, Mogi-Guaçu, Mogi-Mirim, São Carlos e Jundiá; e que até Mogi, mais ou menos, num espaço de 50 a 55 léguas, os campos são pouco habitados, quase sem culturas, sendo que os habitantes, estabelecidos de distância em distância, às margens da estrada, são geralmente homens rudes, ignorantes e estúpidos.”

(*Viagem à Província de São Paulo*, trad., São Paulo, Livraria Martins, 1945, pp. 111 y 112)

“Os habitantes de Mogi são, em sua maior parte, agricultores, que só vêm à cidade aos domingos.”

(*Ibidem*, p. 143).

“A maior parte dos habitantes dos arredores de Campinas era constituída por agricultores.”

(*Ibidem*, p. 149).

“Essa sociedade em formação, dispersa, incoerente, revoltada, gira realmente em torno do domínio rural. O domínio rural é o centro de gravitação do mundo colonial. Na disseminação geral da população, lembra um pequeno núcleo solar com as suas leis e a sua autonomia organizada. Dele é que parte a determinação dos valores sociais. Nele é que se traçam as esferas de influência. Da sociedade colonial – abstraídos os aparelhos administrativos, que se lhe ajustam, estranhos e inassimiláveis – resta apenas, como elemento celular, o domínio rural. Sobre ele a figura do senhor de engenho se alteia, prestigiosa, dominante, fascinadora. Nenhuma desprende de si, em torno, para as outras classes, fluidos mais intensos de sedução magnética e ascendência moral.”

El latifundio fue el producto de las condiciones peculiares de las tierras brasileñas, que no permitieron el desarrollo inicial de pequeñas propiedades:

“A vila de Jundiá é pouco extensa ... Os habitantes de Jundiá são, em sua maioria, agricultores, que só vêm à vila aos domingos. Permaneci todo um dia útil nessa localidade – as casas estavam todas fechadas. A esse sucedeu um dia de festa religiosa – todas se abriram e as ruas se encheram de gente.”

(*Ibidem*, p. 154).

“Em Itu, de fato, como acontece em muitíssimas vilas e pequenas cidades de Goiás e de Minas Gerais: grande número de casas pertencentes a *senhores de engenhos de açúcar*, os quais só vêm à cidade aos domingos, a fim de *ouvir missa*, não se podendo mesmo, em rigor, computá-los como elementos constituintes da população.”

(*Ibidem*, p. 232).

“A maior parte das casas de Porto Feliz pertencem a agricultores, e nessa localidade só vi um pequeno número de lojas e vendas.”

(*Ibidem*, p. 244).

“Quase todos os agricultores, os habitantes de Itapetininga só ali aparecem aos domingos, o que explica porque, quando a essa localidade cheguei, encontrei-a quase deserta.”

(*Ibidem*, p. 273).

³ *Populações Meridionais do Brasil*, Rio, José Olympio, 1952, v. I, p. 85. Según el mismo escritor: “o grande domínio agrícola se erige, na sociedade vicentista, como a causa e o fundamento do poder social. Nele descansa o seu prestígio a nobreza da terra. É o único veio da fortuna. É a condição principal da autoridade e do mando” (*Ibidem*, p. 88).

“Tudo era aqui desequilíbrio. Grandes excessos e grandes deficiências, as da nova terra. O solo, excetuadas as manchas de terra preta ou roxa, de excepcional fertilidade, estava longe de ser o bom de se plantar nele tudo o que se quisesse, do entusiasmo do primeiro cronista. Em grande parte rebelde à disciplina agrícola. Aspero, intratável, impermeável. Os rios, outros inimigos da regularidade do esforço agrícola e da estabilidade da vida de família. Enchentes mortíferas e secas esterilizantes – tal o regime de suas águas. E pelas terras e matagais de tão difícil cultura como pelos rios quase impossíveis de ser aproveitados economicamente na lavoura, na indústria ou no transporte regular de produtos agrícolas – viveiros de larvas, multidões de insetos e de vermes nocivos ao homem.

(...)

O português vinha encontrar na América tropical uma terra de vida aparentemente fácil; na verdade, difficilima para quem quisesse aqui organizar qualquer forma permanente ou adiantada de economia e de sociedade. Se é certo que nos países de clima quente o homem pode viver sem esforço da abundância de produtos espontâneos, convém, por outro lado, não esquecer que igualmente exuberantes são, nesses países, as formas perniciosas de vida vegetal e animal, inimigas de toda cultura agrícola organizada e de todo trabalho sistemático e regular.”⁴

Además de haber sido rural y basada en el latifundio, la organización colonial brasileña tuvo también dos características que no pueden ser olvidadas: la dispersión poblacional y la deficiencia de los medios de transporte y comunicación.

⁴ Gilberto Freyre, *Casa-Grande e Senzala*, Rio, José Olympio, 1954, v. I, pp. 112 y 113. Interesantes son también las observaciones de Oliveira Vianna:

“É que o lucro não é o único incentivo às explorações agrícolas nessa época. O que se procura antes de tudo é a situação social que da posse de um latifúndio decorre, as regalias que dele prevêm, a força, o prestígio, a respeitabilidade. Defrontada por uma burocracia limitada e obscura e um comércio mal cotado e rudimentar, a alta classe colonial volta-se naturalmente para a lavragem das terras. Outro campo mais condigno não se abre à sua atividade.”

(*Populações Meridionais...*, cit., v. I, p. 88).

Respecto a la primera característica, se puede decir que fue una consecuencia lógica del régimen de distribución de tierras, conforme la opinión de Oliveira Vianna:

“... eram as terras agricultáveis distribuídas em ‘sesmarias’, cuja grandeza orçava, em regra, três léguas em quadra – e daí para cima.”⁵

En relación con la deficiencia de los medios de transporte y comunicación, escribió el mismo gran maestro:

“No Centro-Sul – onde o rebanho equino sempre foi relativamente escasso – o cavalo, justamente pelo fato da sua raridade, é um sinal de distinção e fortuna: o baixo povo rural não o possui. O pequeno sitiante, que adquire um ‘piquira’ marchador ou mesmo uma égua passista, ascende socialmente aos olhos dos seus companheiros de peonagem: está ‘remediado’. Caminha talvez para a classe superior dos fazendeiros. Tão raro é entre eles o cavalo.

Esta raridade do cavalo e a conseqüente limitação do seu uso à classe superior ou média influem, entre as populações do Centro-Sul, poderosamente sobre a extensão dos círculos da vicinagem: estes círculos, ali, são incomparavelmente mais amplos na classe superior e média do que o das classes inferiores, que não possuem e não podem utilizar-se do cavalo.

Os círculos da vicinagem são determinados pela extensão máxima que a um indivíduo, peão ou cavaleiro, é dado atingir, de modo que possa estar, sem esforço e sem fadiga, de volta ainda com dia à sua casa de vivenda. Como no Centro-Sul o baixo povo dos campos não possui cavalo, o seu círculo de vicinagem é restritíssimo – e não vai além de 4 ou 5 quilômetros de raio. Os fazendeiros, os negociantes dos vilarejos, os sitiantes ‘remediados’, estes podem, com o cavalo, dilatar este raio para mais de 2, 3 ou 4 léguas em derredor. Fora deste limite máximo, em nossas regiões do Centro-Sul e do Norte, desaparece o sentimento do grupo vicinal.”⁶

⁵ *Instituições Políticas Brasileiras*, Rio, José Olympio, 1955, v. I, p. 140.

⁶ *Populações Meridionais...*, cit., v. II, pp. 320 y 321.

Caracterizado por la dispersión y por la rarefacción, o sea, por el aislamiento de la población, el ambiente colonial permitió la perpetuación del espíritu individualista en Brasil, como bien resume Oliveira Vianna:

“Esta a estruturação ecológica, sob a qual evoluiu a nossa população colonial. Caracterizada pela rarefação e adelgaçamento da massa povoadora, pela dispersão dos moradores por uma base territorial imensa e inculta, apenas percorrida *calcante pede* pelo povo-massa e carecente quase em absoluto de comunicações espirituais, tinha que acabar, como acabou, por enformar o homem, criando-lhe um tipo humano adequado a essa disposição dispersiva, individualista e atomística. E criou o *homo colonialis*, amante da solidão e do deserto, rústico e antiurbano, fragueiro e dendrófilo, que evita a cidade e tem o gosto do campo e da floresta. Homem de que a expressão mais acabada e representativa é o *paulista do bandeirismo* – telúrico, eruptivo, abrupto, tal como as rochas de gneiss e manganês do seu *habitat* formador.”⁷⁻⁸

Siendo el derecho un típico producto cultural de la sociedad, en Brasil él absorbió la fuerte tradición individualista, lo que puede ser comprobado a través de expresivos ejemplos.

El Código Civil brasileño es una ley típicamente individualista:

⁷ *Instituições Políticas...*, cit., v. I, p. 145. Véase también, del mismo autor, *Evolução...*, cit., pp. 228 y siguientes.

⁸ Excepción en el pueblo brasileño fue el habitante de la región del extremo sur, cuya formación, en gran parte, determinada por el militarismo y por la guerra, garantizó allí la existencia de lo colectivo:

“... o ciclo das guerras platinas exerceu sobre a aristocracia militar do extremo-sul uma ação poderosamente diferenciadora, criando-lhe uma psicologia ou mentalidade específica, que se distingue inteiramente da psicologia ou mentalidade das outras duas aristocracias regionais – a das matas do Centro-Sul e a dos sertões nordestinos. Nos gaúchos, como vimos, os característicos dominantes da sua mentalidade regional são: o sentimento vivaz do interesse social, primeiro; depois, a idéia clara e fecunda do poder público como órgão supremo de realização deste interesse e como fator indispensável à própria existência coletiva.”

(VIANNA, Oliveira, *Populações Meridionais...*, cit., v. II, p. 257)

“Como dissemos, o CC apresentou-se como um diploma *do seu tempo*. I.e., um ordenamento para a época razoavelmente atualizado, informado que foi pelas luzes dos nossos melhores doutrinadores, cujo talento em nada desmerecia o padrão científico universal.

Sucedo, porém, que o *seu tempo* foi exatamente um tempo de transição do direito individualista para o direito de cunho social, conforme os padrões da célebre Constituição de Weimar, de 1919.”⁹

Dicho Código no representó una rotura en la tradición jurídica nuestra¹⁰, lo que nos lleva a la conclusión de que el derecho privado en Brasil siempre tuvo un carácter individualista.

Lo individual también era visible en las instituciones del derecho público consuetudinario brasileño:

“– Há uma outra instituição também principal, porque de grande ‘repercussão’ na nossa vida pública – e por múltiplas manifestações. É a *solidariedade da família senhorial (o clã parental)*. Embora, originariamente, uma instituição privada, teve, e tem, muitos reflexos e influências sobre a nossa estrutura política. No curso da nossa história, vem-se transformando sensivelmente, mas, a sua floração e generalização mais intensa deu-se, principalmente, no período colonial, nos seus primeiros séculos, todos eles trepidantes e cheios de espírito e dos feitos dessa solidariedade parental.

No Império, constituiu-se esta solidariedade como base de prestígio dos *clãs eleitorais*, consolidando o domínio político e partidário de determinadas famílias sobre Municípios e regiões inteiras.”¹¹

“Os partidos locais, como se vê, surgiam por meros motivos pessoais: – eram sempre as ambições, as vaidades e as preocupações de prestígio de famílias que decidiam da formação destas agremiações. Todos eles tinham um objetivo

⁹ FRANÇA, R. Limongi, “Código Civil (Histórico)”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1977, v. 15, p. 393.

¹⁰ VIANNA, Oliveira, *Instituições...*, cit., v. II, pp. 522 y 523.

¹¹ Idem, ibidem, v. I, p. 212. Véase también el mismo autor in *Populações...*, cit., p. 244.

único: – *procurar para si o apoio do Governador*. Este era o centro de força na Província e, conseqüentemente, nas localidades...¹²

“Estes interesses coletivos – bem o provamos – nunca tiveram, no ganglionarismo da nossa estrutura colonial, ocasião de formar-se: – e o princípio agremiativo, que levou estes clãs a se unirem em agrupamentos chamados ‘partidos’, foi o puro interesse pessoal dos chefes de clãs, objetivado e resumido exclusivamente na conquista do poder municipal. Poder que era disputado, não para que realizassem qualquer interesse geral e público das localidades (Municípios); mas apenas como, meio de prestígio, de orgulho, de realce pessoal – ou de defesa contra os adversários locais.”¹³

“(…) O tipo do ‘Presidente-soldado de partido’ não digo que seja criação nossa; mas, é próprio dos povos, como o nosso, dominados pela ‘política alimentar’ e pela ‘política de clã’, em que o Estado ou a Administração é, antes, meio de vida a serviço dos amigos.”¹⁴

Durante el ciclo del caucho (1870 - 1910), en la región amazónica, lo individual estuvo visiblemente presente en los llamados “reglamentos de los cauchales”, sobre los cuales escribió Euclides da Cunha:

“(…) Os ‘regulamentos dos seringais’ são a este propósito dolorosamente expressivos. Lendo-os, vê-se o renascer de um feudalismo acalanhado e bronco. O patrão inflexível decreta, num emperramento gramatical estupendo, cousas assombrosas.

Por exemplo: a pesada multa de 100\$000 comina-se a estes crimes abomináveis: a) ‘fazer na árvore um corte inferior ao gume do machado’; b) ‘levantar o tampo da madeira na ocasião de ser cortada’; c) ‘sangrar com machadinhas de cabo maior de quatro palmos’. Além disto o trabalhador só pode comprar no armazém do barracão, ‘não podendo comprar a qualquer outro, sob pena de passar pela multa de 50% sobre a importância comprada.’¹⁵

Pero, como escribió José de Alencar, “tudo passa sobre a terra”.¹⁶ Lo individual no podría haber seguido siendo la fuerza dominante en Brasil. Y la demostración de que una nueva realidad conquistaría el universo social y jurídico brasileño ocurrió en 1883, ya en el final del régimen monárquico:

“El hecho de que se descuidó el aspecto humano del problema para realizar el económico lo demuestra la tentativa de los estadistas del imperio para llevar coolies chinos a las plantaciones brasileñas: sustituirían a los esclavos negros. Esta nueva forma de la esclavitud se hubiera introducido en la América portuguesa si en 1883, cuando el asunto se examinó tan seriamente que vino a Brasil un tal Tong Kin Sing para discutir los detalles, no se hubiera alzado el sentimiento público en Río y en otras ciudades contra los grandes plantadores, cuyos mezquinos hábitos feudales y cuyos intereses económicos les impedían ver los intereses más amplios del público y de la nación. El año de 1883 debe considerarse como histórico en la lucha por la democratización económica de Brasil porque los intereses feudales de los plantadores de café brasileños perdieron una de sus batallas más importantes para la conservación de un sistema que había sido creado en los comienzos de la agricultura y la sociedad brasileñas, pero que llegó a ser completamente parásito y malsano al desarrollarse nuevas necesidades y nuevas condiciones de vida.”¹⁷

La lectura de este texto de Gilberto Freyre muestra claramente dos hechos de fundamental importancia para la exacta comprensión de las transformaciones por las que pasó y está pasando Brasil: la consolidación del lenguaje urbano y su predominancia sobre el lenguaje rural. Tales hechos son consecuencias de un lento proceso evolutivo cuyas raíces se encuentran aún en el siglo XVIII, según la profunda encuesta científica del mismo sociólogo:

“O período antes sociológico que cronológico de formação social do Brasil que procuramos estudar nestas páginas,

¹² Idem, *Instituições...*, cit., v. I, p. 310.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 331.

¹⁴ Idem, *ibidem*, v. II, pp. 598 y 599.

¹⁵ *À Margem da História*, Porto, 1913, p. 31.

¹⁶ *Iracema*, São Paulo, Ática, 1990, p. 87.

¹⁷ FREYRE, Gilberto, *Interpretación del Brasil*, trad., México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 126 y 127.

alongando o esforço de análise e de interpretação empreendido em ensaio já publicado," – el autor se refiere al período que abarca el siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX – "por um lado continuou um período de integração: durante ele é que se consolidou a sociedade brasileira, em torno de um Governo mais forte, de uma Justiça mais livre da pressão dos indivíduos poderosos, de uma Igreja que começou a falar mais alto e forte do que outrora pela voz dos seus bispos, até clamar, pela de Dom Vital, contra os excessos do próprio Governo de Sua Majestade e não apenas contra os de Irmandades e Confrarias: expressão do poder dos ricos, dos letrados, dos próprios mecânicos.

Por outro, foi um período de diferenciação profunda – menos patriarcalismo, menos absorção do filho pelo pai, da mulher pelo homem, do indivíduo pela família, da família pelo chefe, do escravo pelo proprietário; e mais individualismo – da mulher, do menino, do negro – ao mesmo tempo que mais prostituição, mais miséria, mais doença. Mais velhice desamparada. Período de transição. O patriarcalismo urbanizou-se.

Mauá e os ingleses modernizariam a técnica de transporte. Os serviços urbanos se aperfeiçoariam e com eles – iluminação, calçamento e, por fim, saneamento – os estilos de vida nas cidades. A vida ficaria mais livre da rotina doméstica. A rua – outrora só de negros, mascates, muleques – se aristocratizaria.

Dentro das cidades, fábricas fabricando o sabão, a vela, o pano que outrora só se fabricavam em casa, nos engenhos, vagarosa e patriarcalmente. Estrangeiros de procedências e ofícios diversos – marceneiros, cabeleireiros, químicos, funileiros, ferreiros, modistas, fabricantes de queijo – estabelecendo-se com oficinas, fundições, lojas. As senhoras mais chiques penteando-se não mais à portuguesa, ou quase à oriental, mas à francesa, indo ao teatro ouvir óperas cantadas por italianas a quem os estudantes ofereciam *bouquets*, faziam discursos, dedicavam sonetos. Os meninos educando-se em colégios – alguns de estrangeiros – e em academias; e não apenas em casa, com o tio-padre

ou o capelão. Nem simplesmente nas escolas de padres.

Período de equilíbrio entre as duas tendências – a coletivista e a individualista –, nele se acentuaram alguns dos traços mais simpáticos da fisionomia moral do brasileiro. O talento político de contemporização. O jurídico, de harmonização. A capacidade de imitar o estrangeiro e de assimilar-lhe os traços de cultura mais finos e não apenas os superficiais. De modo geral, o brasileiro típico perdeu asperezas paulistas e pernambucanas para abaianar-se em político, em homem de cidade e até em cortesão.¹⁸

La urbanización, por consiguiente, ha sido un factor decisivo para la creación de una mentalidad diversa de la tradicional, o sea, ha participado, de manera excepcionalmente importante, de la generación de lo colectivo en Brasil; en efecto, en la ciudad se ha roto la estructura rígida y patriarcal de la sociedad brasileña, en virtud de la exposición suya a la influencia de la cultura extranjera y de la predominancia de las relaciones humanas secundarias, de carácter contractual, sobre las primarias, de carácter familiar.¹⁹

Otro factor de extraordinario relieve para el desarrollo de lo colectivo en Brasil ha sido la expansión de los medios de transporte y

¹⁸ *Sobrados e Mocambos*, Rio, José Olympio, 1951, v. I, pp. 144 y 145.

¹⁹ Sobre el proceso de modificación de la familia, escribió Carlos Alberto Bittar:

"Com a Revolução Industrial, na segunda metade do século XIX, o trabalho da mulher em fábricas e, posteriormente, em outras atividades econômicas deflagrou o processo crescente de desagregação familiar, acelerado com o êxodo rural que se lhe seguiu. A Revolução Tecnológica de nosso século, os movimentos de igualização da mulher e, mais recentemente, a denominada Revolução etária, com a liberação dos jovens, acabaram por conferir à idéia de família a sua visão atual, de caráter nuclear, restrita a certo número de pessoas.

Assim, a família de nossos dias é integrada apenas pelas pessoas que, com os pais, formam o grupo submetido à comunhão de vida, de domicílio e de patrimônio (pais e filhos não casados), em especial nos grandes centros urbanos."

("Novos Rumos do Direito de Família", in *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 3)

comunicación. Para ello, fue decisiva la implantación del régimen republicano en 1889, que trajo una filosofía de modernidad al país y generó condiciones materiales de ejecución de los proyectos de desarrollo de los transportes y de las comunicaciones:

“Hasta que se hubo establecido la república, no empezaron a desarrollarse en Brasil una serie de atrevidos proyectos para la construcción de puertos y muelles, obras hidráulicas, planes de saneamiento, pavimentación de ciudades, drenaje y embellecimiento, conjuntamente con planes para conseguir una organización comercial más eficaz de la producción de café. Brasil se enamoró del progreso material. Y en la mayoría de esos planes puede descubrirse la impaciencia dinámica de los brasileños nacidos para la vida pública con la república de 1889: su impaciencia por hacer de Brasil un país moderno, progresista, diferente de Portugal, diferente de su estructura colonial o monárquica.”²⁰

“Realmente, o período republicano caracteriza-se, principalmente, pelo rápido desenvolvimento dos meios de comunicação material e espiritual. Se, no ponto de vista da estabilidade política e das garantias do cidadão, o Império não receia um confronto com a República, esta não pode temer com o Império um cotejo no tocante ao problema da circulação. Este é atacado com grande vigor, tanto quanto tem sido possível, pelos dirigentes republicanos.”²¹

²⁰ FREYRE, Gilberto, *Interpretación...*, cit., p. 120.

²¹ VIANNA, Oliveira, *Evolução...*, cit., p. 296. Y prosigue el gran maestro:

“Geograficamente mal distribuída e insuficiente, a nossa rede ferroviária, na sua expansão nestes três decênios republicanos, denuncia, entretanto, um pensamento superior, não tanto de *circulação* propriamente dita, como de *articulação* das diversas regiões do país. No seu rápido esgalhar para o norte e para o sul, na sua inflexível projeção para o âmago dos nossos sertões, sente-se que a idéia que a anima é, antes de tudo, a de prender nos seus tentáculos de aço as diversas porções dissociadas da nacionalidade. *O pensamento da sua expansão é, pois, menos econômico do que político.*”

(Ibidem, p. 302)

La importancia de los medios de transporte y comunicación no está solamente en el hecho de que ellos disminuyen la dispersión poblacional, sino también en el hecho de que son vehículos de irradiación de la filosofía urbana, esencialmente colectiva, y de la cultura extranjera (principalmente de la cultura europea y norteamericana).

El aumento poblacional es otro fenómeno que ha contribuido mucho para el desarrollo de lo colectivo en Brasil, como explica Oliveira Vianna:

“Nós temos uma população extremamente disseminada. O processo de povoamento inicial por meio de sesmarias, vastas superfícies de várias léguas de extensão, condenava-nos a esta dispersão: temos sido até agora um povo de latifundiários. Cada latifúndio, seja um núcleo pastoril, seja um centro agrícola, é um pequeno organismo social mais ou menos independente, separado dos outros por muitas léguas de distância.

Entre esses nódulos sociais, que se difundem por todo o nosso interior, há, assim, enormes intervalos despovoados, verdadeiros trechos de deserto – o que embarça profundamente a regularidade da circulação geral.

Esses trechos de deserto só poderão ser eliminados pela colonização: ou espontânea – devido ao aumento natural da população; ou oficial – pela fundação de núcleos coloniais.

Ora, essa redução dos nossos espaços desérticos se está operando surda, mas eficazmente: o aumento da população nacional e o aumento do nosso coeficiente de densidade demográfica o demonstram.”²²

No puede ser olvidada la fuerza del fenómeno de industrialización, que cambió completamente la organización económica del país. Unido a la urbanización, tal fenómeno rompió el monopolio de la actividad agrícola de exportación y permitió el nacimiento de nuevas clases sociales. Un buen resumen de la industrialización brasileña fue hecho por Hamilton de Mattos Monteiro:

“Ao longo de todo o século XIX e mesmo por boa parte do século XX, expande-se a industrialização do Brasil.

²² *Evolução...*, cit., pp. 304 y 305.

No princípio, os interesses agrários não permitem que se adote uma política ostensivamente protecionista, com tarifas suficientemente elevadas para o desenvolvimento de uma indústria autónoma. O que se vê é a instalação de fábricas cujos artigos não sofrem a concorrência de produção estrangeira e que se beneficiam de um mercado consumidor restrito.

Todavía, à medida que os países industrializados vão qualitativamente reorientando sua produção, abre-se a possibilidade de expandir uma indústria nacional que se dedique à fabricação daqueles artigos "desprezados", ou cujo valor fosse pequeno e, portanto, de pouco interesse para o produtor estrangeiro. Foi o caso da fabricação de tecidos de algodão, da sacaria para embalagem de café etc. Além do mais, o país vai pouco a pouco dispondo de matérias-primas abundantes a preço baixo e de capitais oriundos da exportação de produtos agrícolas, notadamente o café, que precisavam ser reinvestidos.

Na primeira metade do século XX, conjugam-se fatores excepcionais para o processo: capital, mão-de-obra, mercado relativamente concentrado, matéria-prima disponível e barata, capacidade geradora de energia e um sistema de transportes ligado aos portos. Esta concentração de fatores tem no Sudeste - São Paulo sobretudo - sua melhor conjugação e, na medida em que cresce e melhor se integra, a região vai receber os maiores investimentos, liderando a corrida industrial frente às demais regiões do país.²³

Como se puede ver, la industrialización, la urbanización y la diversificación económica no más permiten la afirmación de que en Brasil el progreso es "gitano".²⁴

El gobierno de Getúlio Vargas también participó del proceso de fortalecimiento de lo colectivo, porque ha enflaquecido el sistema

²³ "O Aprofundamento do Regionalismo e a Crise do Modelo Liberal", in *História Geral do Brasil*, Rio, Campus, 1990, p. 223. Sobre la formación de la clase proletaria en Río de Janeiro, véase, en nuestra literatura, Aluisio Azevedo, in *O Cortiço*.

²⁴ La expresión "progreso de cigano" (progreso de gitano), de Monteiro Lobato (in *Cidades Mortas*, São Paulo, Brasiliense, 1955, p. 3), no es más aplicable a nuestra realidad.

de dominación política de las oligarquías y ha desarrollado la industrialización del país.²⁵

Hay que mencionar la importante presencia, en las ciudades, de las clases medias, sobre las cuales escribió Francisco Carlos Teixeira da Silva:

"Tais transformações alteram, por fim, profundamente, a repartição da economia brasileira, conforme o esquema de Colin Clark: fenómeno evidenciado na análise do setor terciário, ampliado através da maior intervenção do Estado na economia e pelo desenvolvimento do setor administrativo das empresas, do setor bancário e pela área de saúde e educação, que compensaria a sangria sofrida pela diminuição da pequena-burguesia urbana (artesanos e pequenos patrões)."²⁶

Las pruebas de que lo colectivo está más y más fuerte en la sociedad brasileña pueden ser obtenidas en la observación de recientes y expresivas manifestaciones populares, como, por ejemplo, el *impeachment* del Presidente Collor, el movimiento de los llamados *caras-pintadas* y el movimiento por la moralización política.

En el campo jurídico, la influencia de lo colectivo es progresiva y siempre más característica. Algunos ejemplos son muy significativos: la Ley n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que contiene reglas sobre la "política nacional del medio ambiente"; la Ley n.º 7.347, de 24 de julio de 1985, sobre la "acción civil pública", que protege el consumidor y los bienes de valor estético, histórico, turístico y paisajístico; la Ley n.º 8.078, de 11 de septiembre de 1990, que regla las relaciones de consumo; la Constitución Federal, de 5 de octubre de 1988, que dispone sobre los derechos colectivos y sociales, la función social de la propiedad, el sistema nacional de seguridad social, la educación, la cultura, los medios de comunicación y el medio ambiente²⁷; la Ley n.º 8.069, de 13 de julio de 1990, sobre la protección de los niños y de los adolescentes;

²⁵ Sobre el gobierno de Getúlio Vargas, véase Sônia Regina de Mendonça, "Estado e Sociedade: a Consolidação da República Oligárquica", in *História Geral...*, cit., p. 237 usque 242.

²⁶ "A Modernização Autoritária: do Golpe Militar à Redemocratização 1964/1984", in *História Geral*, cit., p. 275.

²⁷ La Constitución de 1988 representó un paso decisivo para la consolidación del régimen democrático en Brasil; en virtud de ella, el país tiene hoy aproximadamente 100 millones de electores.

la Ley nº 4.717, de 29 de junio de 1965, sobre la "acción popular"; la Ley nº 4.504, de 30 de noviembre de 1964, que es aplicable a las relaciones jurídicas agrarias, prohibiendo, por ejemplo, la obligación contractual de adquisición, por el trabajador, de bienes en el almacén del terrateniente (art. 93, V).

En conclusión, se puede decir que el Brasil actual, en sus profundas modificaciones sociales y jurídicas, se está moviendo hacia la predominancia de lo colectivo sobre lo individual, lo que no significa que tal cambio esté siendo pacífico. Por el contrario, lo que se ve es la fuerte resistencia de lo individual, que intenta detener la marcha de las conquistas de carácter colectivo.²⁸

Pero, a pesar de la lucha que hay actualmente entre las dos tendencias antagónicas y de la típica lentitud de los cambios sociales y jurídicos, lo individual, cada vez más lejos de la realidad brasileña, será fatalmente vencido por lo colectivo, símbolo máximo de una nueva era.

²⁸ Un ejemplo muy significativo de la resistencia de lo individual es el problema crónico de la concentración de tierras, lo que puede ser constatado en Francisco Carlos Teixeira da Silva:

"O Censo de 1960 fornece um amplo material para a análise da questão agrária no Brasil, destacando-se, desde logo, o fato de que, dos 8.510.000 km², apenas 31% encontravam-se ocupados e, nem sempre, de forma efetiva, com 3.350.000 propriedades, divididas em três grandes tipos básicos:

- 1) pequenas propriedades (menos de 100 hectares) ...
- 2) as médias propriedades (as fazendas comerciais) ...

3) o latifúndio: com mais de 1.000 hectares de área, variando, entretanto, de região para região, representando 0,9% das propriedades, ocupando, porém, 47,3% do total das terras, tendo em cultivo apenas 2,3% desta área, contribuindo apenas com 11,5% da produção e ocupando 7% da mão-de-obra rural ativa. A maior parte dos latifúndios encontrava-se improdutivo, com pastos naturais – chegando a ocupar 60% das pastagens, embora respondendo com apenas 36,6% do rebanho bovino – ou arrendando terras a terceiros, como nas áreas de triticultura e rizicultura no sul do país ou de algodão e amendoim em São Paulo."

("A Modernização Autoritária...", in *História Geral...*, cit., pp. 282 y 283).

O papel do Ministério Público no controle da administração pública à luz da Constituição de 1988

JOSÉ DE RIBAMAR BARREIROS SOARES

SUMÁRIO

1. Considerações preliminares. 2. O Ministério Público na história do Direito Constitucional brasileiro. 3. O Ministério Público na Constituição de 1988. 4. A Lei Complementar nº 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União. 5. Conclusões.

1. Considerações preliminares

Na forma do que dispõe o texto constitucional, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF).

Esse dispositivo merece especial atenção e relevo, ao preceituar como pedra fundamental, basilar, do Estado democrático de direito o Ministério Público, a quem incumbe a tarefa de pugnar pela manutenção da ordem jurídica, da democracia e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ao adotar essa redação, a Carta Magna deixa clara a sua intenção de transformar o Ministério Público em verdadeiro “Procurador do Povo”, “Advogado do Cidadão”. Esta, de fato, deve ser a real e efetiva vocação dessa instituição. Todavia, nem sempre foi assim ao longo da história.

2. O Ministério Público na história do Direito Constitucional brasileiro

A Constituição de 1824 nada dispunha acerca do Ministério Público, que tinha previsão apenas em leis ordinárias, como, por exemplo, o Aviso de 16 de fevereiro de 1838, que lhe outorgava a função de fiscal da lei.

Na mesma linha a Constituição de 1891 deixou de se referir ao Ministério Público.

José de Ribamar Barreiros Soares é Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados, Professor de Direito da Universidade de Brasília, Mestre em Direito Público e Advogado.

Somente com a Constituição de 1934 o Ministério Público passou a receber tratamento constitucional. O art. 95, § 1º, instituía como Chefe do Ministério Público Federal, nos juízos comuns, o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema, com os mesmos vencimentos destes, sendo, porém, demissível *ad nutum*.

No Distrito Federal e nos Territórios, os Chefes do Ministério Público eram de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, de acordo com a previsão insculpida no art. 95, § 2º, da Constituição Federal de 1934.

Como se pode observar desses dispositivos, o Ministério Público nada mais era do que uma Procuradoria do Estado, uma instituição subordinada à Presidência da República, sem independência para agir contra a prática de atos abusivos por parte da administração pública. Sendo o Procurador-Geral nomeado pelo Presidente da República e podendo ser por este demitido *ad nutum*, era obrigado a fazer o jogo do Poder, atuando não em defesa da sociedade, e sim do Poder Executivo, inclusive garantindo-lhe a impunidade. Tanto isso é verdade que as normas sobre o Ministério Público estavam dispostas na Seção I do Capítulo VI, cujo Título era: "Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais". Vê-se, claramente, que essa instituição destinava-se a cooperar, a colaborar com as atividades exercidas pela administração pública.

A Constituição de 1937, verdadeiro retrocesso na história do nosso Direito Constitucional, não tratou da organização do Ministério Público, fazendo apenas rápidas alusões ao Procurador-Geral, como no parágrafo único do art. 95, onde se lia: "As verbas orçamentárias e os créditos votados para os pagamentos devidos, em virtude de sentença judiciária, pela Fazenda Federal, serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente do Supremo Tribunal Federal expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor preterido em seu direito de precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para satisfazê-lo, depois de ouvido o Procurador-Geral da República."

Com a Constituição de 1946, o Ministério Público ganha novamente contornos constitucionais. Entretanto, o Procurador-Geral da República continua sendo nomeado pelo Presidente da República e demissível *ad nutum* (art. 126, *caput*). Além disso, o parágrafo único desse mesmo artigo atribuía ao Ministério Público a função de representação em Juízo da União.

Mais uma vez, exsurge a função de Procurador do Estado, de Advogado do Estado, sem a necessária independência para atuar na defesa da sociedade.

A Constituição de 1967, estranhamente, incluiu o Ministério Público no Capítulo referente ao Poder Judiciário. Assim como a Constituição anterior, dispôs que "a União será representada em juízo pelos Procuradores da República". Novamente, a atribuição de Procurador do Estado estava consagrada constitucionalmente.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, em nada mudou essa característica do Ministério Público de Advogado do Estado.

Desse modo, podemos afirmar que, até a Constituição de 1967, a função primordial do Ministério Público era a defesa dos interesses do Estado. Muito longe estava essa instituição de ser defensora dos direitos e interesses da sociedade, do povo, dos cidadãos. Primeiro, porque tinha a incumbência constitucional de defender o Estado; segundo, a dependência, a subordinação ao Poder Executivo não lhe permitia atuar contra a administração pública, buscando impedir e anular os atos que se revelassem contrários ao interesse público. Neste sentido, assim se expressa Raulino Jacó Brüning:

"Conclui-se, então, revendo a história, que foi inexpressivo o controle dos atos administrativos pelo Ministério Público no passado, uma vez que de início fora concebido para ser o defensor dos interesses pessoais do Rei (Procurador do Rei), passando mais tarde a ser visto como defensor dos interesses do Estado (Procurador do Estado), advogado do Executivo.

Sua atuação sempre se limitou ao oferecimento de denúncias na Justiça Criminal contra os funcionários que cometessem crimes contra a administração pública, não lhe sendo lícito apurar a responsabilidade civil, administrativa e

política decorrente dos atos administrativos abusivos.

Mesmo dentro deste restrito campo de ação seus membros nunca tiveram estrutura e independência suficiente para processar as altas autoridades do governo, por razões algumas menos conhecidas, outras mais...¹

Entretanto, esse panorama passou a ser diferente a partir da Constituição de 1988. A nova Carta Política ampliou de maneira sensível e inovadora as funções, prerrogativas e garantias do Ministério Público.

3. O Ministério Público na Constituição de 1988

Inicialmente, destacamos o benéfico e oportuno desmembramento das funções de defesa do Estado e defesa da sociedade. Esta é exercida pelo Ministério Público como função precípua, enquanto aquela ficou a cargo da Advocacia-Geral da União. Logo não há mais que se cogitar de defesa do Estado pelo Ministério Público, esta não é, definitivamente, tarefa sua, a partir do Texto Constitucional de 1988. Sua nova incumbência constitucional é “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”; portanto, defesa da sociedade, do povo, dos cidadãos.

Tanto isto é verdade que a Constituição lhe propiciou todos os mecanismos e meios necessários ao exercício desse mister. Senão vejamos. Já no art. 127, § 1º, adotam-se como princípios constitucionais e institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Pela primeira vez, uma Constituição brasileira ousou assegurar a independência do Ministério Público de forma expressa e clara.

Mais adiante, no § 2º do mesmo artigo, dispõe que “ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa”. Não há dúvida alguma de que estamos diante de uma instituição independente e autônoma em face do Poder Executivo, não mais subordinada como o foi no passado. Tal autonomia e independência implicam não só o poder como o dever de defender a sociedade contra os arbítrios e desmandos porventura perpetrados pela administração pública, podendo-se mesmo falar em um dever-poder do Ministério Público de

controle e fiscalização sobre os atos da administração pública, a fim de garantir a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Toda vez que os atos da administração afrontarem, ameaçarem e lesarem estes direitos e interesses da sociedade, o Ministério Público tem o dever-poder institucional de atuar, fazendo valer suas funções institucionais.

A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, só poderá ocorrer com a autorização da maioria absoluta do Senado Federal, não mais *ad nutum*. Assim, o Chefe do Ministério Público da União está resguardado contra pressões políticas e ameaças de demissão que poderiam influir na sua lisura e imparcialidade à frente do comando da instituição.

Quanto aos chefes dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, estes serão indicados em lista tríplice dentre integrantes da carreira, devendo o Chefe do Poder Executivo nomear um dos candidatos constantes da referida lista. Sua demissão *ex officio* só poderá ocorrer por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

Neste aspecto, seguindo a linha de autonomia e independência, funcional e administrativa, a escolha do chefe do Ministério Público da União deveria ocorrer através de lista tríplice, elaborada pela própria instituição, diminuindo mais ainda o poder de interferência do Presidente da República nessa escolha. Além disso, ao prever a recondução, o Constituinte não estabeleceu limites, como o fez em relação aos Procuradores-Gerais nos Estados e Distrito Federal.

Permitiu, assim, que o Procurador-Geral da República se perpetue no cargo, desde que para isso conte com o apoio do Poder Executivo. Esta circunstância poderia, eventualmente, servir como atenuante na independência funcional do Ministério Público, pois, caso seu chefe se torne vulnerável aos encantos do poder, acabará sendo um colaborador da administração pública em troca da permanência no cargo, esquecendo-se de seu verdadeiro mister. Desse modo, o Constituinte poderia ter avançado mais ainda, prevendo a hipótese de apenas uma recondução, como dispôs também em relação aos chefes dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal.

As garantias hoje atribuídas aos membros

¹ O Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre-RS, 1989, p. 80.

do Ministério Público são as mesmas da magistratura, a saber: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 128, § 5º, I, a a c, da CF). Igualmente lhe foram impostas as mesmas vedações, a fim de que desempenhe de forma plena e efetiva as suas funções de Procurador da Sociedade.

Entre outras atribuições previstas no art. 129 da Constituição Federal, o Ministério Público deve zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta Política, o que obviamente lhe imporá o dever de representar contra a administração pública, toda vez que esta praticar atos lesivos à ordem jurídica, ao regime democrático e aos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Cabe-lhe também promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

É atribuição sua, ainda, expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva, o que revela claramente a função de controle dos atos administrativos pelo Ministério Público.

Outra forma de exercício desse controle diz respeito ao controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar.

Deixa a Constituição aberta a possibilidade de outras formas de controle da administração pública, a ser exercida pelo Ministério Público, ao prever como função institucional o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, que hoje, sem dúvida, é a de defensor do povo, Procurador da Sociedade (para usar expressão do Mestre Raulino Jacó Brüning), Advogado do Cidadão, no que tange à manutenção da ordem jurídica e do regime democrático e resguarde dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

4. A Lei Complementar nº 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União

A Lei Complementar nº 75/93, ao tratar dos princípios e das funções institucionais do Ministério Público, deixa em evidência a atribuição de fiscalizador e controlador dos atos da administração pública, em vários de seus dispositivos. Citaremos alguns à guisa de exemplo.

O art. 3º, letra c, refere-se à prevenção e à correção de ilegalidade ou de abuso de poder no exercício da atividade policial.

Também o art. 5º, ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, nos incisos I, h, e V, b, menciona explicitamente a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade dos atos dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública.

Vai mais além esse Diploma legal e prevê, no art. 6º, XX, como instrumento de atuação do Ministério Público, a competência para "expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis".

Na forma do art. 6º, §§ 1º e 2º, o Ministério Público terá assegurada a participação como instituição observadora em qualquer órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional da União, bem como a participação nos órgãos colegiados estatais, federais ou do Distrito Federal, cujas atribuições estejam relacionadas com as funções da instituição.

Além disso, pode o Ministério Público: instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; requisitar diligências; requisitar exames, informações, perícias e documentos de autoridades da administração pública direta ou indireta; realizar inspeções e diligências investigatórias, entre tantos outros instrumentos de atuação funcional.

Não podemos deixar de mencionar a defesa dos direitos constitucionais do cidadão que é igualmente competência dessa instituição, na forma dos arts. 11 a 16 da referida Lei Complementar.

Vê-se, portanto, que, com o advento da Carta Política de 1988 e da Lei Complementar nº 75/93, o Ministério Público foi alçado a verdadeiro órgão de controle dos atos da administração pública, mormente os que dizem respeito à ordem jurídica, ao regime democrático e aos interesses e direitos individuais e sociais indisponíveis.

5. Conclusões

O Ministério Público, a partir da promulgação da Constituição de 1988, teve suas competências sensivelmente ampliadas, no que tange à defesa da sociedade, e, em contrapartida, perdeu aquela função prevista nas Cartas Políticas anteriores de órgãos de defesa do Poder Executivo, atribuição esta transferida para o âmbito da Advocacia-Geral da União. Em face disso, a sociedade espera que o Ministério Público atue efetivamente na defesa dos direitos e interesses daquela tão-somente; não se

podendo, em hipótese alguma, conceber qualquer atuação desse órgão que se revele de defesa das ações do Governo e dos atos da administração pública. O Ministério Público não tem mais licença constitucional ou legal para ser conivente com abusos, arbitrariedades ou desmandos do poder público.

Ao contrário, espera-se que ele defenda a sociedade contra tais atos da administração pública que exsurjam como ameaçadores ou lesivos dos interesses e direitos da sociedade.

Agir de forma oposta, seria trair a Constituição, o estado democrático de direito e o interesse público.

Rompidos os grilhões que o subjugaram ao Poder Executivo, ao longo de nossa história constitucional, o Ministério Público deu um exemplo incontestável de coragem, dignidade e consciência de seu dever, ao assumir posição de comando nas fileiras que combateram arduamente o autoritarismo e o desrespeito ao ordenamento jurídico, de cuja luta resultou a destituição de um Presidente da República,

resgatando-se e consolidando-se, assim, o respeito e a prevalência das instituições democráticas no Brasil.

Esta é, sem dúvida alguma, a linha de atuação traçada pelo Constituinte de 1988 para o Ministério Público: a de um baluarte na defesa da sociedade, das instituições democráticas e do estado democrático de direito.

Somente através dessa postura autônoma e independente poderá o Ministério Público continuar cumprindo seu mister constitucional como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado", pilar fundamental na "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Nas palavras de Rui Barbosa, em sua célebre *Oração aos Moços*:

"De nada aproveitam leis, bem se sabe, não existindo quem as ampare contra os abusos; e o amparo sobre todos essencial é o de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão."²

²*Oração aos Moços*. Fundação Casa Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 1988, p. 34.

O município no Brasil: aspectos históricos, jurídicos e econômicos

MARCELO ROCHA SABOIA

"A autonomia municipal, no Brasil, é realidade natural anterior à própria autonomia política dos estados federados."

Michel Temer

"O município no Brasil... é uma entidade medularmente política, necessariamente política."

Victor Nunes Leal

"O município é uma instituição mais social do que política, mais histórica do que constitucional, mais cultural do que jurídica."

Pedro Calmon

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Origens do município brasileiro. 3. O município no Direito Constitucional brasileiro. 3.1. Constituição de 1824. 3.2. Constituição de 1891. 3.3. Constituição de 1934. 3.4. Carta de 1937. 3.5. Constituição de 1946. 3.6. Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969. 3.7. Constituição de 1988. 4. Formas de institucionalização – as "regiões metropolitanas" e os organismos regionais.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, em geral, divide as opiniões a seu respeito. Extensa demais e prolixa para muitos, particularizando aspectos que melhor seria deixar a cargo da legislação ordinária, o fato é que a Constituição Federal de 1988 é, inegavelmente, uma Carta política avançada no tocante à questão dos direitos e garantias individuais e sociais. Aos que se valem do argumento de que a Constituição Federal, estabelecendo princípios gerais, não resolve a questão da eficácia e da aplicabilidade de tal ou qual dispositivo, pensamos que é preferível a não-regulamentação infra-constitucional

Marcelo Rocha Saboia é Pós-Graduado em Direito pela UERJ. Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados. Colaborador de Alcoforado Advogados Associados S/C.

de princípios e garantias do que a *inexistência* destes no texto constitucional. Foram feitos, desta forma, inúmeros avanços.

Outrossim, no que respeita ao municipalismo, fatos tais como a ansiada inclusão dos municípios entre os entes políticos integrantes de federação (art. 1º), ao lado dos Estados e do Distrito Federal, a obrigatoriedade dos chamados “planos diretores” como instrumento da política de desenvolvimento e de expansão urbana para as cidades de mais de vinte mil habitantes (art. 182, §§ 1º e 2º), e a também ansiada inserção das “regiões metropolitanas” no título referente à organização do Estado (art. 25, § 3º), ao invés de, como no regime anterior, inseri-las em capítulo de ordem econômica (cf. o art. 157, § 10, da Constituição Federal de 1967 e o art. 164 da Emenda Constitucional nº 01/69), são algumas inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 que merecem ser destacadas.

Assim, o presente trabalho pretende, abstraindo-se de alguns aspectos, dar uma ligeira visão do que tem sido a *posição constitucional do município no Direito brasileiro*, além de fazermos pequeno histórico deste entre nós e das implicações de ordem *social e econômica* decorrentes deste ente jurídico-político. Trata-se das *formas de institucionalização* do mesmo no processo constitucional brasileiro (a questão das “regiões metropolitanas”). É o que passamos a fazer.

2. *Origens do município brasileiro*

Antes de iniciarmos nossa pequena incursão histórica a respeito do município, faz-se necessária uma ressalva. Trata-se do fato de que mantém ligação “umbilical” com a *questão municipal* no Brasil o problema da *federação* enquanto *forma de Estado*, já que são os municípios integrantes desta na teoria do Estado tradicional, e previstos a nível constitucional atualmente entre nós (cf. o art. 1º da Constituição Federal de 1988), embora ao menos mencionados em todas as Cartas anteriores, desde a Constituição Imperial de 1824. Segundo Michel Temer¹, enquanto o conceito de *Soberania* é nota caracterizadora do Estado na ordem internacional, na ordem interna é o conceito de *autonomia* que peculiariza o Estado, cuja ordem jurídica é dividida em domínios parcelares. Resumidamente, segundo este autor, assim se caracteriza a federação enquanto forma de Estado:

1 – quanto aos elementos *tipificadores*:

a) descentralização política ou repartição constitucional de competências;

b) participação da vontade dos estados (ordens jurídicas parciais) na vontade nacional (ordem jurídica central);

c) possibilidade de auto-constituição dos Estados-membros.

quanto aos elementos *mantenedores*:

a) rigidez constitucional;

b) existência de órgão constitucional incumbido do controle de constitucionalidade das leis. Assim, a federação é forma de Estado que não basta ser tipificada no texto constitucional. Há necessidade de mecanismos que assegurem sua manutenção – no Direito brasileiro, a previsão do processo especial de mudança da Constituição prevista nos arts. 59, I c/c 60, da Constituição Federal de 1988 (“Emenda à Constituição” arts. 101 – 103 da Constituição Federal de 1988) preenchem aqueles requisitos.

Definidas, *grosso modo*, as linhas gerais desta entidade maior que é a federação (forma de descentralização política e administrativa), a fim de apreensão do contexto global em que se verifica este fenômeno de múltiplas dimensões que é o município, passa-se à sua análise.

Desde as “cidades-estado” gregas, passando pela cidade romana que após originou aquele império, sob as mais diferentes denominações (“províncias”, “comunas”, etc.), aparecem os municípios como “a mais primitiva forma de organização política do homem em vida sedentária”, em face de uma necessidade mais geral de “responder às demandas de vida em sociedade pela instituição de um poder político a ser exercido pela *polis* e sobre a *polis*”.

É, entretanto, apenas na Idade Moderna, após o recuo da vida das cidades que representou a Idade Média, com o renascimento do Estado e o revigoramento das grandes vilas e cidades, que se põe o “problema existencial” do município moderno: conviver com o Estado, esta organização também política “que o sobrepõe em abrangência territorial e na qualidade de poder de que desfruta”. É a lição de Celso Bastos².

Whitaker da Cunha³, por seu turno, com base em Ulhoa Cintra, vai buscar no município romano as origens mais remotas dos portugueses e consequentemente dos nossos. As-

² BASTOS, Celso R. “A Federação no Brasil” in *Revista de Direito Constitucional e Ciência política*, nº especial, Rio, Ed. IBDC, 1987.

³ CUNHA, Fernando W. da. *Direito político brasileiro*, Rio, Ed. Forense, 1978.

¹ TEMER, Michel. *Elementos de direito Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 1989.

sim, aqueles se dividiam em *optimo jure*, *Caerites* e *Aerarii*, numa ordem decrescente de atribuição de direitos e privilégios.

Passa-se ao município português, gênese do municipalismo brasileiro.

Estes eram classificados, segundo o mesmo Whitaker da Cunha ⁴, em “rudimentares”, “imperfeitos” e “completos”. Os primeiros gozavam de magistratura administrativa mas não tinham jurisdição própria. Os segundos tinham jurisdição local, mas faltava-lhes um organismo administrativo estruturado; já os últimos gozavam de órgãos de jurisdição e administração, sendo plenos juridicamente. O português, “patriarcal” e “individualista”, engendrou uma organização municipal que assegurou liberdades básicas e incentivou legislação foraleira, mas que pecava pelo *privatismo* e pelo *localismo*.

A questão, entretanto, não é totalmente pacífica. Ataliba Nogueira ⁵, por exemplo, discorda do entendimento comum, que aponta no município romano e no português as origens dos nossos, entendendo estar no Direito costumeiro e no das câmaras municipais e gênese deste. E vai mais longe: aponta nestas últimas normas a origem da disciplina da democracia e de vários ramos jurídicos de nosso Direito, inclusive o Direito Internacional, concluindo que:

- a) o município tem caráter corporativo;
- b) é associação e não circunscrição;
- c) constitui corporação territorial;
- c) constitui associação legal.

Passando à evolução do município entre nós, para Trigueiro ⁶ foi o Direito português que o regeu até a vigência da lei de 1º/10/1828. No período colonial, seu regime legal era o das “Ordenações Filipinas” de 1.603, que vigoraram por mais de dois séculos. As “Ordenações Manuelinas” não deixaram marcas significativas, vez que no século XVI o número de cidades e vilas foi mínimo e nosso municipalismo rudimentar, e assim:

“foi sob a égide das *Ordenações Filipinas* que surgiram e evoluíram, no domínio colonial, as comunidades que deram origem ao nosso governo local.”

Whitaker da Cunha ⁷, com base em R. Faoro e Araújo Castro, também menciona as “Orde-

⁴ *Ibidem*.

⁵ NOGUEIRA, Ataliba. “Teoria do Município”, in *Revista de Direito público*, São Paulo, Ed. RT, 1968, v. 6.

⁶ TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito constitucional estadual*, Rio, Ed. Forense, 1980.

⁷ CUNHA, Fernando W. da. *Ibidem*.

nações” (incluindo também as “Afonsinas”) como base sob a qual se estruturaram os municípios brasileiros, criados pela combinação do vínculo familiar, das relações de vizinhança e do culto religioso. Para este autor, o fato de as eleições coloniais terem se desenvolvido na órbita municipal (o que as revestia de *localismo*), constituiu sintoma de uma *predestinação* para o *federalismo*, indicando, na instalação da Câmara Municipal de São Vicente em 1532, a inauguração do processo eleitoral entre nós, com seu complexo e curioso *iter*.

Dalmo Dallari ⁸, outrossim, ressalta a importância e autonomia que caracterizou o município no Brasil desde a ocupação do território, “mais por necessidade do que pela intenção do Governo português”. Fatores vários (extensão do território, população pequena e dispersa, dificuldades de comunicação, etc.) contribuíram para o desenvolvimento de uma vida municipal muito intensa, com um padrão de governo correspondente, em linhas gerais, aos governos locais portugueses. A distância da metrópole fazia com que, dada a necessidade de tomar decisões políticas, os chefes políticos agissem autonomamente, o que veio a criar uma *cultura política* que, antecedendo a Codificação (que só viria com a Constituição Imperial de 1824), caracteriza o município no Brasil como *entidade essencialmente política*. Também neste sentido é a lição de Nunes Leal ⁹, para quem, antes de organização administrativa e entidade jurídica, é o município *entidade medularmente política*, necessariamente política”, tendo apontado em outra oportunidade, em trabalho clássico, que o federalismo no Brasil deve ao municipalismo seu desenvolvimento, e entretanto mais não fez historicamente que o amesquinhar. ¹⁰

Oriundas dos “conselhos” portugueses, são as “câmaras” municipais coloniais, “elemento básico para efetivação do conceito de autonomia”, no dizer de Baracho ¹¹, que constituem o germe dos municípios brasileiros, realidade *política* anterior e basilar que vai afinal encontrar

⁸ DALLARI, Dalmo de A. “Novos pólos administrativos em face da Constituição”, in *Estudos sobre a Constituição brasileira*, Rio, Ed. Forense, 1976.

⁹ LEAL, Victor Nunes. “Alguns problemas municipais em face da Constituição”, in *Estudos sobre a Constituição brasileira*, Rio, Ed. FGV, 1954.

¹⁰ *Idem*. *Coronelismo, enxada e voto*, Rio, RF, 1949.

¹¹ BARACHO, José Alfredo de O. *Teoria geral do federalismo*, Rio, Ed. Forense, 1986.

na Constituição Imperial de 1824 sua primeira regulamentação entre nós.

3. O município no Direito Constitucional brasileiro

a) Constituição Imperial de 1824

A Constituição de 1824 foi, no dizer de Bonavides¹², “a que mais ostensivamente patenteou, entre nós, a dimensão classista do Estado liberal”, requerendo para sua compreensão “uma exposição dos valores básicos do liberalismo e de seu significado histórico”. Vale a pena transcrever esta passagem acerca do contexto brasileiro à época:

“O Brasil oitocentista, ao princípio do século, transitava ainda do sistema colonial para a emancipação, por obra de uma elite que fez do Príncipe regente o órgão fundador do Império, o titular da outorga da Constituição de 25 de março de 1824, objeto de reflexões subsequentes.

As condições históricas para a implantação de uma monarquia constitucional no País, se de uma parte despontavam favoráveis, em virtude do influxo de idéias e princípios hauridos nas revoluções européias de que éramos tão-somente um reflexo, doutra parte se revelavam extremamente hostis, em razão das dificuldades quase intransponíveis oriundas da herança colonial acrescidas, por igual, do despreparo e do atraso político, econômico e social da jovem nacionalidade”.

Finalizando, este autor aponta os projetos de Constituição de Antonio Carlos de 1817 e 1823 e o do “Consenho de Estado” sobre bases apresentadas por D. Pedro I (também de 1823) como documentos que inspiraram a outorga da Constituição de 25 de março de 1824.¹³ No que toca ao municipalismo, foi na vontade e nossos anseios das câmaras municipais, casas representativas do poder local, que residiu, ainda segundo Bonavides¹⁴, a legitimidade do ato de outorga da Constituição de 1824.

“Centro vitalizado de independência na condução da coisa pública”, é ao serem chamadas para opinar sobre a carta de 1824 que as comunas brasileiras mostram toda sua força. É a lição de Celso Bastos.¹⁵

Tratando dos municípios nos arts. 167, 168 e 169, a Carta de 1824 cometa às câmaras o

governo municipal e econômico das cidades e consignava a eletividade das mesmas.

Revelando a influência da Constituição americana na organização do Senado e na estrutura municipal, Whitaker da Cunha¹⁶, também menciona a importância das câmaras (que “deveriam ser ouvidas”) na feitura da Carta de 1824. Apontando nossa primeira lei orgânica municipal na de 1828, o autor diz ter surgido entre nós a figura do prefeito, em São Paulo (Lei nº 18/1835), como necessidade de separação das funções deliberativas e legislativas. Editada em 1º/10/1828, vigeu por sessenta anos e regulou a vida municipal brasileira até a queda do Império. “Era verdadeiramente uma lei orgânica, que regia todo o campo jurídico do município” – É o que consigna Trigueiro¹⁷. Menciona-se ainda o “Ato adicional” de 1834 como “esvaziador” da autonomia municipal.

b) A Constituição Federal de 1891

A Constituição Federal de 1891 foi – tendo em vista ter sido a Proclamação da República de 1889, instituidora da *federação* no Brasil, um *golpe militar* – uma Carta antes de tudo *ilegítima*, e que não alcançou “satisfatória realização na sua rota de vivências políticas”¹⁸. Confirmando o que já havia sido decretado pelo Governo Provisório, a Constituição Federal de 1891 erigiu em estados autônomos as antigas “províncias”, unidas perpétua e indissolúvelmente e com *competência residual* em relação ao Poder Central. Por fim, implantou o *presidencialismo* entre nós como regime de governo, em fórmula emprestada dos EUA¹⁹. Foi no art. 68 que a Constituição Federal de 1891 cuidou dos municípios, estabelecendo que os estados dever-se-iam organizar de forma a assegurar a autonomia municipal.

Dalmo Dallari²⁰, narrando as diversas posições em torno das quais travou-se o debate acerca da autonomia municipal, observa que foi na criação de uma *terceira esfera de competência exclusiva* em nosso federalismo que residiu a nota inovadora da Constituição Federal de 1891. Autônomas quanto às matérias de seu “peculiar interesse”, dotadas de Legislativo próprio, nem as constituições estaduais nem as leis ordinárias federais ou estaduais poderiam contrariar aquela competência específica dos

¹² BONAVIDES, Paulo. “A Constituição de 1824”, in *Constituições do Brasil*, Ed. Instituto Tancredo Neves & Fundação Friedrich Naumann, Brasília, 1987.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BASTOS, Celso R. Ob. cit.

¹⁶ CUNHA, Fernando W. da. Ob. cit.

¹⁷ TRIGUEIRO, Oswaldo. Ob. cit.

¹⁸ Cf. PACHECO, Cláudio. “A Constituição de 1891”, in *Constituições do Brasil*, Ob. cit.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ DALLARI, Dalmo de A. Ob. cit.

municípios.

De outro lado, Trigueiro²¹, ensinando que, enquanto “a União é uma federação de estados, embora estes não sejam federações de municípios”, inexistindo “correlação necessária entre o federalismo e qualquer sistema de organização municipal”, aponta o fato de que foi o *direito estadual* que, no regime da Constituição Federal de 1891, “consagrou o município como subdivisão territorial dos estados”, conferindo-lhe autonomia e independência. Foi quando ganharam *personalidade jurídica* os municípios, o que depois foi fixado no art. 14 do Código Civil de 1916 (que os definiu como “pessoa jurídica de direito público interno”). Celso Bastos²², a propósito do municipalismo no regime da Constituição Federal de 1891, ensina:

“Com a implantação da República, sofre a autonomia municipal duros golpes, provindos tanto da ausência na Constituição de 1891 de conceitos seguros a fazerem firme e certa a margem de discricção político-administrativa do município, como de uma ênfase exagerada no conferimento de competências aos Estados-Membros, do que adveio um inevitável sufocamento das autonomias locais. Estas se viram, de fato, abandonadas a conveniências políticas de governos estaduais e estes, a seu turno, logo preferiram ver no município um elemento da própria autonomia estadual. Enfim, a inclinação foi toda no sentido da instrumentalização da vida municipal, posta a serviço dos interesses oligárquicos que comandavam os recém-criados Estados-Membros”.

A Reforma de 1926 deixou intocados os municípios.

c) *A Constituição Federal de 1934*

De acordo com Josaphat Marinho²³, foi da Revolução de 1930 e sob o impulso da Revolução Constitucionalista de 1932 que proveio a Constituição Federal de 1934, que “consagrou inovações e singularidades irrecusáveis”. Estabelecendo garantias à autonomia municipal, “desde a eleição de seus dirigentes... à disciplina do processo de intervenção”, especificou a competência legislativa dos estados e dos municípios, como na distribuição de rendas²⁴.

Para Whitaker da Cunha, a Constituição

Federal de 1934 deu maiores dimensões ao municipalismo, “trazendo inovações”, principalmente de ordem tributária, e ainda determinou a eletividade dos prefeitos e dos vereadores das câmaras. Elabora-se, com a Constituição Federal de 1934, “uma verdadeira doutrina do poder local”, que tem sua caricatura na “política dos governadores” e no “coronelismo” da época, tão bem estudado por Victor Nunes Leal. Resalte-se que foi apenas com a Constituição Federal de 1934 que uniformizou-se a nomenclatura dos órgãos do Governo Municipal. Assim, as câmaras deixam de ser “intendências” ou “conselhos” e os prefeitos deixam de chamar-se “intendentes” ou “superintendentes”. Foi a *eletividade* dos prefeitos e vereadores que motivou tal uniformização²⁵.

d) *A Carta de 1937*

A Carta de 1937 é marco, no Brasil, da instauração do chamado “Estado Novo”, ditadura fascista que vai de sua implantação, em 1937, até o fim da II Guerra Mundial, em 1945, e que teve na figura de Getúlio Vargas seu condutor e líder maior.

Walter Porto²⁶ observa, com razão, que o grande obstáculo para o exame da Constituição Federal de 1937 é o *desrespeito* que lhe é devotado no meio político e “a falta de isenção dos analistas, raros, de seu conteúdo”. Abrindo largo espaço às “práticas plebiscitárias”, a Constituição Federal de 1937, inspirada na Constituição polonesa de 1935 (ficou conhecida, a nossa, como “polaca”), ainda segundo este autor, guarda forte correspondência com a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul de 1891²⁷.

Dalmo Dallari²⁸ anota que, sendo da essência das ditaduras a centralização do poder, a Constituição Federal de 1937 não poderia (como não pôde) dar condições para uma completa prática federalista. A Constituição Federal de 1937 mais não fez que acentuar o caráter centralizador e intervencionista do poder central que irá comprometer futuramente o federalismo brasileiro.

Trigueiro²⁹, por sua vez, afirma que a Constituição Federal de 1937 *anulou* por completo a autonomia municipal, sendo *casuística* em relação a esta. Determinando a nomeação dos prefeitos pelos governadores (arts. 26 e 27),

²⁵ Cf. TRIGUEIRO, Oswaldo. Ob. cit.

²⁶ PORTO, Walter C. “A Constituição de 1937”, in *Constituições do Brasil*, Ob. cit.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ DALLARI, Dalmo de A. Ob. cit.

²⁹ TRIGUEIRO, Oswaldo. Ob. cit.

²¹ TRIGUEIRO, Oswaldo. Ob. cit.

²² BASTOS, Celso R. Ob. cit.

²³ MARINHO, Josaphat. “A Constituição de 1934”, in *Constituições do Brasil*, ob. cit.

²⁴ *Ibidem*.

manteve as proibições da Constituição Federal de 1934 e retirou da competência municipal o imposto sobre imóveis rurais. A Carta prejudicava tributariamente os municípios, embora teoricamente os beneficiasse, sob o ângulo político³⁰. Aspecto relevante também era a inscrição, no colégio eleitoral do presidente da república, de eleitores designados pelas câmaras municipais (art. 82), como mais tarde irá suceder no regime da Emenda Constitucional nº 1/69 quanto à eleição de governadores e vice-governadores. É a lição de Whitaker da Cunha³¹.

e) A Constituição Federal de 1946

“Uma Constituição democrática, que presidiu o período mais democrático da história brasileira”. Assim se refere Ferreira Filho³² à Constituição Federal de 1946. Adotando o chamado “federalismo cooperativo”, a Constituição Federal de 1946 “ressalvou a autonomia municipal e firmou a regra do *peculiar interesse* – do interesse *preponderante*, como determinador da competência dos municípios”. Foi também nesta Carta (art. 198) que se apontou pela primeira vez a necessidade de uma *atuação política* para a correção dos *desequilíbrios regionais*, particularmente no Nordeste³³. Ampliando seus recursos financeiros e protegendo mais eficientemente a autonomia municipal, a Constituição Federal de 1946 deu a estes melhores condições de sobrevivência, “alargando a projeção do direito federal no campo do municipalismo”³⁴. Foi o período róseo do municipalismo brasileiro. Define-se de uma vez por todas o significado da expressão *peculiar interesse* – é o que *prepondera*, o que *predomina*³⁵. Marca o “ressurgimento financeiro comunal” e desencadeia a chamada “Revolução Municipalista”³⁶.

f) A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69

Oriundas ambas as Cartas constitucionais do contexto global existente após o golpe militar de 1964, representam historicamente um “duro golpe”, na expressão de Celso Bastos³⁷, no municipalismo. A primeira de gênese e pro-

mulgação democráticas e a segunda fruto da radicalização político-militar ocorrida no País a partir da promulgação do AI-5 em 1968, outorgada por um “triumvirato” militar, serviram ambas, em nome de uma duvidosa “racionalidade administrativa”, para comprimir a discrição municipal na condução de seus interesses próprios e imprimir um “centralismo voraz” na órbita federativa. A criação dos municípios relevantes para a “segurança nacional” e a proliferação das consideradas “estâncias hidrominerais” sonegaram ao município sua autonomia, impedindo-os de elegerem (nestes casos) seus prefeitos. A malsinada Reforma Tributária de 1967 também contribuiu para impedir os municípios de desempenharem suas funções essenciais, retirando-lhes os meios financeiros indispensáveis para tal³⁸.

De outro lado, é na Constituição Federal de 1967 (e depois na Emenda Constitucional nº 1/69) que aparecem, pela primeira vez, as “regiões metropolitanas” no sistema jurídico brasileiro, como organismos estaduais de caráter regional³⁹. Menciona-se também a intervenção, federal e estadual (inclusive a de “caráter excepcional” admitida pelo art. 3º do AI-5 de 1968), prevista em ambas as Cartas, como prejudicial à autonomia municipal. Restringindo o número de vereadores, dispondo acerca de sua remuneração, “regulando exaustivamente o regime tributário” dos municípios (competindo-lhes privativamente arrecadar o IPTU e o ISS) e delegando à União a “incumbência de reger aspectos fundamentais da vida municipal”, a Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 (que lhe seguiu dando-lhe contorno mais autoritário e centralista), são no geral desfavoráveis aos municípios⁴⁰, o que não é, no entanto, opinião unânime⁴¹.

Finalmente, o Ato Institucional nº 8/69 permitia aos municípios de população superior a duzentos mil habitantes realizarem reforma administrativa por *decreto*, observados os princípios da reforma no âmbito federal (Decreto-Lei nº 200/67) – é a lição de Hely Lopes Meirelles⁴².

g) Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 regulou os municípios nos arts. 29-31, insertos no Título III, referente à Organização do Estado. Sua autonomia resulta do mandamento do art. 29,

³⁰ Ibidem

³¹ CUNHA, Fernando W. da. Ob.cit

³² FILHO, Manuel G. Ferreira. “A Constituição de 1946”, in *Constituições do Brasil*, ob. cit.

³³ Ibidem.

³⁴ Cf. TRIGUEIRO, Oswaldo. Ob. cit.

³⁵ Cf. BASTOS, Celso R. Ob. cit.

³⁶ Cf. CUNHA, Fernando W. da. Ob. cit.

³⁷ Cf. BASTOS, Celso R. Ob. cit.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Cf. DALLARI, Dalmo de A. Ob. cit.

⁴⁰ Cf. TRIGUEIRO, Oswaldo. Ob. cit.

⁴¹ Cf. CUNHA, Fernando W. da. Ob. cit.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1986.

segundo o qual estes reger-se-ão por “lei orgânica” própria, aprovada pelas Câmaras municipais e em obediência aos preceitos das Constituições Federal e Estaduais. Preservando a simultaneidade da eleição de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores (art. 29, I), a competência dos municípios vem elencada no art. 30 e incisos. Compete-lhes instituir e arrecadar os tributos de sua competência, descritos nos incisos I a IV do art. 156 da Constituição Federal, obedecidas as diversas prescrições a respeito. No plano da competência legislativa, a expressão “peculiar interesse” é substituída por “interesse local” na Carta de 1988 (art. 30, I), e compete aos municípios legislar sobre tais matérias, bem como complementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II).

Michel Temer⁴³ entende que “interesse local” é expressão idêntica a “peculiar interesse”, referendando o entendimento comum segundo o qual “interesse peculiar” é aquele no qual predomina o interesse do município, sendo de se revelar casuisticamente a competência dos municípios em tema de “interesse local”. A fiscalização dos municípios vem regulada no art. 31 da Constituição Federal (interna e externa), sendo de se notar a vedação de novos órgãos de contas municipais (art. 31, §4º).

Outrossim, a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios dependem de lei estadual que deverá obedecer a requisitos, e ainda a consulta plebiscitária às populações interessadas (art. 18 § 4º). A possibilidade de intervenção estadual vem regulada no art. 35 da Constituição Federal, obedecidas as condições do art. 36. O planejamento municipal deve ser feito com a cooperação das associações representativas (art. 29, X). Questão interessante é a dos municípios integrantes de territórios federais (art. 33 da Constituição Federal), aos quais se aplica, no que couber, os preceitos aplicáveis aos municípios (art. 33 § 1º). A intervenção, nesta, será federal, e não estadual, e conclui-se que os municípios não são, entre nós, “seres necessariamente intra-estaduais”⁴⁴.

4. *Formas de institucionalização – as “regiões metropolitanas” e os organismos regionais*

Como já foi dito, a Constituição Federal de 1988, respondendo a anseios generalizados⁴⁵, incluiu a disposição relativa às “regiões metro-

politanas” (doravante RM) no título referente à Organização do Estado (art. 25 § 3º), retirando-a da “Ordem Econômica” conforme prevista no regime da Emenda Constitucional nº 1/69. Só assim, dá-se a este instituto que, mais do que jurídico, consiste em realidade sócio-econômica e política, seu devido realce no texto constitucional correspondente à sua importância atual (cf. também o art. 43 da Constituição Federal de 1988 a respeito).

De outro lado, aponta-se na *conurbação* a origem das RM.

Ensina Michel Temer⁴⁶:

“as áreas urbanas vão se aglomerando em torno de um município maior, eliminando as áreas rurais e fazendo surgir, entre os municípios, área urbana única, o que passa a exigir a integração dos serviços municipais”.

Por sua vez, Eros Grau⁴⁷, notável especialista na matéria, consigna:

“O intenso crescimento urbano determina, como fato característico do século XX, o aparecimento de centros metropolitanos. Tal processo de crescimento se manifesta de tal modo que, em torno de determinados núcleos urbanos outros vão se agregando, integrando-se a ponto de comporem novas realidades urbanas. Assim, as várias unidades integradas formam um aglomerado único, tecido de relações e interações mútuas que transformam todo o conjunto em um sistema sócio-econômico relativamente autônomo, abrangente de todas elas”.

A inovação que foi a regulamentação jurídica das RM pela Constituição Federal de 1967, previstas em lugar mais apropriado na Constituição Federal de 1988, corresponde – e isto é o mais importante – a uma necessidade decorrente do desenvolvimento urbano do País, que gerou uma problemática que não podia mais ser solucionada isoladamente por nenhuma das entidades federadas. Nesse sentido é o magistério de, entre outros, Diogo Moreira Neto⁴⁸, para quem o “desafio da metrópole” é “tarefa para a União”, em ação coordenada com os estados e municípios, citando as soluções juri-

⁴⁶ TEMER, Michel. Ob. cit.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. *Regiões metropolitanas: regime jurídico*, São Paulo, Ed. José Bushatsky, 1974.

⁴⁸ NETO, Diogo F. Moreira. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*, Rio, Ed. Forense, 1977.

⁴³ TEMER, Michel. Ob. cit.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Cf. por exemplo, TRIGUEIRO, Oswaldo e DALLARI, Dalmo de A. Obs. cit.

dicas das RM, da EBTU e do BNH como exemplos de ação da União no trato do problema.

Dalmo Dallari⁴⁹, analisando a questão do planejamento entre nós, identifica dois momentos no aparecimento das RM e dos organismos regionais: num primeiro, opera-se uma *centralização política*, com o aumento das competências da União. Em outro, dá-se a *desconcentração*, com a criação dos organismos regionais encarregados da consecução de objetivos federais. A seguir menciona as experiências da Sudene, Sudam, DNOCS, Suvale, Sudesul e Sudeco, observando que alguns chegaram a atingir notável autonomia.

Ainda para este autor, as RM unem-se aos "organismos regionais" na caracterização dos novos "pólos administrativos" que surgem na federação brasileira (as primeiras têm significado mais profundo, como organismos estaduais de caráter regional tendentes a afetar a distribuição de competências). Mencionando a criação das RM de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Curitiba, Recife, Salvador, Belém e Fortaleza pela LC n^o 14/73 (a LC n^o 20/75 criou a do Rio de Janeiro), para Dalmo Dallari, verifica-se nas RM, uma *subtração de matérias de competência municipal*, quando estas passam a ser consideradas de interesse comum a um grupo de municípios, já se falando na existência de um "peculiar interesse metropolitano" entre nós⁵⁰.

No tocante às RM, Celso Bastos⁵¹ frisa que as mesmas não poderão ser viabilizadas sem uma "intervenção cirúrgica" no arcabouço da atual autonomia municipal. Para Eros Grau⁵² aparece a questão dos *recursos financeiros* alocados e sua administração como nota essencial.

Whitaker da Cunha⁵³ é quem nos dá a precisa notícia histórica: aparece a forma primitiva das modernas RM no art. 29 da Constituição Federal de 1937, que permitia o agrupamento de

várias "comunas".

O fato é que as RM e os organismos regionais são as duas grandes *formas de institucionalização* que surgem no municipalismo, a requererem mecanismos de regulamentação que lhes garantam eficácia e formas jurídicas adequadas. No particular, Ricardo Lira⁵⁴ arrola as várias hipóteses de estrutura constitucional possíveis para as RM, que seriam:

a) "consórcio de municípios" – o "interesse metropolitano" é *exclusivo* dos municípios; adesão voluntária ao consórcio;

b) criação do "município metropolitano", que seria titular do "interesse metropolitano";

c) a RM como "ente político-territorial" dotado de personalidade jurídica de Direito público;

d) a RM como "ente territorial público-administrativo" dotado de personalidade jurídica.

No tocante aos organismos regionais, a grande discussão prende-se à questão da prevalência do interesse dos mesmos. Para os estados é o *estadual*, para os organismos é o *regional* que deve prevalecer. Alguns chegam a preconizar até a supressão (!) dos estados-membros⁵⁵. Outros prevêem o reconhecimento das regiões como categorias políticas. É o "federalismo das regiões" que prevê um "quarto nível de poder" e que tem, entre nós, em Paulo Bonavides⁵⁶ seu maior defensor.

De qualquer maneira, o fato é que só respeitando-se e tendo sempre em vista o *componente político* do municipalismo se poderá dar respostas às várias questões que aparecem a partir da Constituição Federal de 1988. É o não-atendimento a este fator que explica o fracasso de alguns organismos regionais. É o que importa aqui fixar.

⁵⁴ LIRA, Ricardo C. P. "Manutenção da disciplina das Regiões administrativas em nível constitucional", ofício de 4/5/87 ao Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, "mimeo".

⁵⁵ Cf. DALLARI, Dalmo de A. Ob. cit., p. 83.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. "O Planejamento e os organismos regionais como preparação a um Federalismo das Regiões", in *Reflexões – Política e Direito*, Rio, Ed. Forense, 1978.

⁴⁹ DALLARI, Dalmo de A. Ob. cit. -

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ BASTOS, Celso R. Ob. cit.

⁵² GRAU, Eros R. Ob. cit.

⁵³ CUNHA, Fernando W. da. Ob. cit.

Preocupação do advogado diante da reforma do CPC

CLITO FORNACIARI JÚNIOR

SUMÁRIO

1. Da introdução. 2. Do preparo dos recursos. 3. Do agravo contra denegação de recurso especial e extraordinário. 4. Da consignação em pagamento extrajudicial. 5. Da antecipação da tutela jurisdicional. 6. Do recurso contra o indeferimento da petição inicial. 7. Da conciliação obrigatória. 8. Do registro obrigatório da penhora. 9. Do procedimento da liquidação. 10. Da conclusão.

1. Da introdução

No final do ano passado, foram editados quatro novos diplomas legais¹, trazendo modificações no sistema processual brasileiro. Essas atingiram, indistintamente, o processo de conhecimento, o de execução, o cautelar e ainda alguns procedimentos especiais. Somando-se a elas as alterações que já haviam ocorrido quanto à citação² e à liquidação de sentença³ e, anteriormente, com relação à perícia⁴ chegam a mais de cem os artigos modificados, de modo que se pode dizer estar o processo civil brasileiro sob a égide de uma nova ordem jurídica.

¹ Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, que revê o sistema de recursos; Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994, relativa ao procedimento da consignação em pagamento e do usucapião; Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, modificando o processo de execução; e Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, alterando disposições do CPC encartadas nas regras dos processos de conhecimento e cautelar.

² Lei nº 8.719, de 24 de setembro de 1993.

³ Lei nº 8.898, de 29 de junho de 1994.

⁴ Lei nº 8.455, de 24 de agosto de 1992. A propósito, consultar nosso "As novas regras sobre a perícia judicial", *Revista dos Tribunais*, v. 690, pp. 7 e ss.

Sem dúvida, algumas inovações – poucas, infelizmente – representam um avanço capaz de contribuir para a maior rapidez dos processos, pretexto utilizado para a reforma empreendida na legislação processual civil. Destaco, nesse sentido, a possibilidade de se obter título executivo, nos casos em que a consignação em pagamento vier a ser julgada improcedente por insuficiência do depósito (art. 899, parágrafo segundo), dando a esse procedimento o caráter dúplice que se verifica nas possessórias e na prestação de contas; a dispensa de reconhecimento de firma na procuração (art. 38), o que é válido tanto para os poderes gerais para o foro, como também para as ressalvas feitas no texto relativamente a atos para os quais se exige poderes específicos, pois o termo *salvo*, constante do dispositivo em exame, já existia na antiga redação do art. 38, não sendo, portanto, decorrente da reforma⁵; e, ainda, a uniformização que se criou em torno dos embargos de declaração, relativamente ao prazo para interposição em primeira e segunda instância, como também se definindo o seu oferecimento como fator de *interrupção* e não mais de suspensão de prazo, eliminando assim certas questões que se lançavam em torno da contagem e da retomada do prazo suspenso com os embargos.

Vista, todavia, a reforma em seu conjunto, ela não guarda sincronia com a sonhada possibilidade de tornar em nosso País a Justiça mais ágil e mais simples. Muitos dispositivos implicam até retrocesso dada a elevada qualidade do nosso Código de Processo Civil em sua

versão original, onde se apresentava como um todo bastante homogêneo, como ainda diante da circunstância da interpretação de vários artigos já estar consolidada, sendo que a novel reforma reabre o debate em torno deles, trazendo questionamentos que levarão alguns anos para alcançar o grau de estabilidade que já se havia atingido. De outro lado, alterados foram artigos que nada têm com a praticidade do procedimento e nem importavam em óbices à sua maior rapidez. Atribuo esse fato, a erro de diagnóstico: não se tendo localizado onde está o mal que emperra os processos, não se pode receitar remédio que possa realmente curá-lo⁶.

Preocupam-me, entretanto, na reforma processual, certas modificações, que, a par de transtornarem a vida do advogado, poderão sacrificar direitos dos cidadãos, olvidando-se da real função do processo, que, embora objeto de ciência autônoma, marcada por princípios e normas particulares, existe, do ponto de vista operacional, como simples instrumento para permitir que o chamado direito material possa alcançar sua finalidade. O processo não é fim em si mesmo, mas mera ferramenta com a qual se procura atingir a efetividade dos direitos.

Dentro dessa diretriz, procuro apontar nessas notas os dispositivos com maior potencialidade de lesar o direito das partes e agravar a situação de trabalho do advogado, que passou a ter que se preocupar com aspectos que sempre soaram simples e que jamais representaram entraves ao andamento da Justiça. De outro lado, trago à colação algumas regras com as quais a sonhada agilidade do procedimento poderá chocar-se, possibilitando campo para protelação e que anteriormente não havia.

2. Do preparo dos recursos

Na linha de nossa proposta, destaco como preocupação maior a nova redação do art. 511 do Código de Processo Civil, que cuida daquilo que outrora seria o singelo ato do preparo dos recursos. Segundo a nova regra do art. 511 do Código de Processo Civil:

“no ato de interposição do recurso, o recorrente provará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção”.

O preparo foi antecipado, portanto, para o momento de protocolizar o recurso, devendo acompanhar a própria petição de interposição,

⁵ Não colhem as observações de Antonio Vital Ramos de Vasconcelos e Marco Antonio Innocenti, (*Tribuna do Direito*, maio de 1995, p. 10), no sentido de ser o requisito de reconhecimento de firma elemento de validade do contrato de mandato e assim não poderia ser retirado simplesmente da forma como o foi pelo novo texto, cuja natureza é simplesmente processual. A norma processual é lei ordinária tal qual o Código Civil, dispondo, portanto, da mesma hierarquia, podendo assim revogar suas disposições. O texto constitucional não se preocupa com o ramo dos diplomas, mas sim com a hierarquia da norma, parecendo, com o devido respeito, que o corpo legal em que se abriga um preceito e a natureza do instituto que o rege não têm o condão de impedir sua alteração por regra advinda de texto voltado, prioritariamente, para outro ramo do direito. Ademais, a lei não contém preceitos inúteis: qual outra alteração poderia estar sendo feita no art. 38 do CPC senão esta? Isso sem considerar-se o elemento histórico: de longa data se reclamava contra a manutenção da exigência do reconhecimento de firma.

⁶ Cf. nosso “Remédio poderá ser ineficaz ou perigoso”, *Tribuna do Direito*, março de 1995, p. 18.

sob pena de preclusão. Ainda que o recorrente ingresse com o recurso antes do vencimento do prazo, não é dado realizar o preparo posterior, mas ainda dentro do prazo: tornaram-se atos simultâneos o de recorrer e o de preparar o recurso, de modo que a antecipação de um deles importa também em abreviação do prazo para o outro.

A conta de preparo passou a ser tarefa do advogado, não havendo, portanto, intimação do cálculo, como antes existia. Justificou-se a alteração com a *simplicidade do ato*, que tornava perda inútil de tempo a remessa dos autos ao contador para elaboração da conta e depois a intimação, conferindo-se dez dias autônomos para o recolhimento da verba. Porém, essa é tarefa fácil, mas só aparentemente.

A simplicidade do ato desaparece quando se depara o recorrente com a profunda divergência que reina quanto aos recursos sujeitos a preparo, não havendo coincidências entre a Justiça Federal e a estadual, confundindo-se ademais institutos com nomes iguais, como é o caso dos *embargos*⁷; quanto ao valor das custas: se deve ser atualizado ou não; quanto ao fator de atualização dos valores a recolher.

Essas e outras questões passaram a ensinar, na resposta a qualquer recurso, a possibilidade do recorrido discutir sobre o cumprimento da norma de preparo, obrigando, no mais das vezes, que o juiz determine a remessa dos autos ao contador não para elaborar o cálculo (o que daria segurança ao recorrente), mas para informar se o preparo foi corretamente realizado e, no erro, ser castrado o seguimento do recurso. A preliminar do recorrido e a conferência do preparo eliminam com sobras as vantagens que se procurava alcançar com o novo sistema.

Surge, desse modo, uma questão a mais para ser duplamente resolvida tanto quando da

subida do recurso de apelação, uma vez que a questão é devolvida ao próprio juiz que antes admitira o recurso e agora pode rever o despacho de admissibilidade (art. 518, parágrafo único), como para o tribunal que, antes do julgamento de mérito, deverá apreciar as preliminares levantadas pelo recorrido, que provavelmente sempre apontará divergências no que diz respeito ao preparo pela infinidade de questões que o caso comporta.

De outro lado, há discrepâncias entre os tribunais de São Paulo quanto ao recolhimento de custas nos recursos especial e extraordinário, sendo que as divergências vão desde a guia a ser utilizada, passando pelos valores e pela forma de obtê-los, até o momento de recolher as custas⁸. É de se reclamar uma uniformidade de procedimentos, até agora inexistente, mas que, quando vier a acontecer para os casos de recursos especial e extraordinário, não conseguirá, por certo, abarcar todos os pontos de dúvida.

A insegurança em torno da matéria e a grave e definitiva consequência que advém do preparo mal feito tornam o art. 511 o mais perigoso ao direito do cidadão de receber resposta do Judiciário acerca de sua pretensão, mormente por ser sedutora a possibilidade dos tribunais sobrecarregados de recursos passarem a deles não conhecer por preparo inadequado ou insuficiente para o que contarão com o art. 511.

Outrossim, não menos grave é o procedimento posterior ao preparo: houve pagamento de custas para os tribunais superiores e portes de remessa e de retorno de recurso que nem se sabe, ainda, se será admitido. Se for admitido, tudo bem; se não for, como o recorrente faz para recuperar os portes e as custas que pagou? Seria necessária uma ação de repetição de indébito? Seria ela movida na Justiça Federal? De tudo isso se conclui que o preparo não era tão simples como parecia: o que se gastava com a sua realização, segundo as regras revogadas, era um nada em vista da insegurança que se trouxe

⁷ A norma sobre custas no Estado de São Paulo (Lei nº 4.952/85) dispensa de preparo os "embargos de execução" (art. 6º, VI). A partir daí talvez tenha se concluído pela inexistência de preparo dos embargos infringentes, que o CPC tinha como sujeito a preparo, dispondo inclusive quanto à oportunidade de sua realização (art. 533 em sua versão original). Da mesma forma, os tribunais de São Paulo tinham posição diferente do CPC em relação ao preparo do agravo de instrumento (art. 527 do CPC). Outrossim, a partir da não-incidência da taxa judiciária nos embargos do devedor, procurou ampliar-se a questão para alcançar também a apelação interposta contra a sentença proferida nos embargos do devedor, o que persiste sendo questão controversa.

⁸ O Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo impõe o recolhimento, desde logo, do porte de retorno, mas deixa o de remessa para após o recebimento do recurso especial e/ou extraordinário. O Tribunal de Justiça passou a intimar, sem constar informação nos autos nesse sentido, do valor que deveria ser pago em caso de interposição de recurso, dando ao recorrente uma relativa segurança (relativa, pois, o que não está nos autos não está no mundo), mas de qualquer forma poderia ser comprovada a definição de valor pelo Tribunal, guardando-se a intimação do acórdão, onde constam os valores a serem pagos.

para o procedimento e os riscos do preparo mal feito comprometer o sagrado e constitucional direito de ver a questão resolvida pelas instâncias últimas de nossa Justiça.

A modificação, portanto, longe está de ter contribuído para a agilização e simplificação do processo.

3. Do agravo contra a denegação de recurso especial e extraordinário

Não menos grave é a situação posta com a nova redação do art. 544 do Código de Processo Civil e, especialmente, de seu parágrafo primeiro⁹. No caput do artigo confere-se prazo de dez dias para o agravo contra a denegação dos recursos extraordinário e especial, mas, no parágrafo primeiro, passa a se exigir que a interposição se faça acompanhar já do traslado das peças que deverão compor o instrumento do agravo (além, portanto, do pagamento das custas, inclusive portes).

Concederam-se mais cinco dias para agravar da decisão que nega seguimento aos recursos especial e/ou extraordinário¹⁰. Em contrapartida, juntamente com o recurso, devem ser apresentadas as cópias das peças que irão compor o instrumento¹¹. Sem prejuízo da ampliação de prazo ser verdadeiro presente de grego, o artigo contém impropriedade que pode inviabilizar a própria interposição do recurso: simultaneamente os autos são necessários para elaborar-se o recurso e também para o tribunal extrair as cópias para acompanhá-lo.

Dessa maneira, se a parte retirar os autos para elaborar o recurso, não poderão ser providenciadas as peças; se requisitar as cópias das peças, não encontrará o agravante os autos em cartório para tomar ciência da decisão e redigir o agravo. Será comum, portanto, principalmente para aqueles que não têm melhor questão para debater, pedir a devolução do prazo para um ou outro ato, não se podendo acoirar esse

suposto comportamento como de litigância de má-fé, pois inegável o impedimento que um ato traz para o outro, sendo ambos necessários. Não se pode sequer dizer que o recorrente estaria valendo-se do próprio obstáculo por ele criado para impedir a efetivação do outro ato, seja o recurso, seja o traslado, dado serem ambos necessários, e se não puderem ser praticados em sua integralidade, irão comprometer o exercício do direito de recorrer.

Tanto a dificuldade existe e carece ser conciliada que tribunais de São Paulo vêm concedendo, à falta de norma específica acerca do prazo para resposta, vinte dias para o recorrido contraminutar o agravo e providenciar o traslado das peças que deseja ver no instrumento recursal¹². Os vinte dias concedidos rompem com o princípio da igualdade dos litigantes: certo seria que o prazo para responder e providenciar peças também fosse de dez dias, e para ambos os atos, até porque, ao definir-se prazo para resposta a recursos, sempre se confere o mesmo existente para sua interposição (cf. art. 508).

A falta de transposição de peças obrigatórias levará ao não-conhecimento do agravo, não sendo dado a complementação do traslado deficiente, conforme jurisprudência assentada em súmula do Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 288), referendada pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso que lhe diz respeito¹³. Caso, porém, as peças obrigatórias constem do instrumento, mesmo que outras também devessem ser trazidas para possibilitar o inteiro conhecimento da controvérsia, o caso não será de não-conhecimento do recurso, podendo, todavia, essa circunstância dificultar o entendimento da controvérsia – correndo o agravante os riscos – ou mesmo inviabilizar o seu aproveitamento como o recurso principal, conforme autoriza o art. 544, parágrafos terceiro e quarto, do CPC, o que obrigará, então, a subida do recurso encartado nos autos principais.

De outro lado, porém, mesmo que falem peças obrigatórias, o presidente do tribunal recorrido não poderá negar seguimento ao recurso, de vez que o agravo não enseja essa medida: fica o seu juízo de admissibilidade inteiramente por conta do relator no órgão *ad quem*. Não seria compatível, de outro lado, que o

⁹ A norma volta ao Código de Processo Civil. Com a Lei nº 8.038/90, os arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil haviam sido revogados. Agora foram revigorados, mas muitos deles com redação alterada, como este de que ora estamos a tratar.

¹⁰ Poderá ser necessária a interposição de dois agravos na medida em que tenham sido ofertados recursos especial e extraordinário e a ambos tenha sido negado seguimento, ainda que objeto de decisão única. Mesmo assim o prazo será comum e de dez dias.

¹¹ Interessante observar que o *escrivão*, nos agravos contra decisão de primeiro grau, tem até vinte e cinco dias para a extração, a conferência e o concerto do traslado (art. 525).

¹² Cf. TJSP – Processo nº 173.739.1/8-02; Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – Processo nº 543.829-9/03.

¹³ *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vv. 48/558 e 32/17; *Revista dos Tribunais*, v. 662/193.

presidente do tribunal recorrido admitisse e muito menos determinasse a complementação do traslado das peças faltantes: tal prática fere a suposta agilidade que o preceito pretendeu dar ao rito do agravo.

Como se verifica, a suposta rapidez, evitando-se a autônoma extração de peças, em momento posterior ao oferecimento do recurso, aumenta os riscos para o recorrente e a angústia do advogado, sem embargo de poder importar no surgimento de outras questões que também levarão à demora maior no processamento desse recurso.

4. Da consignação em pagamento extrajudicial

Criou-se, com o parágrafo primeiro do art. 890, a consignação em pagamento extrajudicial: obrigatória para o credor, que, sempre que informado do depósito, terá que responder, sob pena de desobrigado restar o devedor; facultativa para o devedor, que pode valer-se da recente previsão ou utilizar-se da consignação pelo procedimento tradicional, ou seja, valendo-se da via judicial.

O novel procedimento é claramente inconstitucional, de vez que importa em delegação de atividade jurisdicional, o que é vedado pela Constituição Federal, que deixa, pela sua própria estrutura, o monopólio dessa função ao Judiciário.

A par desse aspecto, a medida preconizada tem caráter de norma geral, não revogando as disposições especiais acerca da matéria (art. 2º, parágrafo segundo, da LICC), de modo que o procedimento da consignatória de aluguéis continua sendo regido pela Lei nº 8.245, em seu art. 67¹⁴ de onde a pouca praticidade da medida, pois o grande número de consignatórias existentes diz respeito a problemas de locação. Sendo assim, a medida ora imaginada não contribuirá para diminuir as contendas sobre consignação na Justiça.

Na disciplina do novo procedimento, chama atenção a circunstância de ter se emprestado maior força ao silêncio do credor que à sua própria ausência no rito judicial, onde ao juiz foi imposto que, antes de decidir, verifique se ocorreram os efeitos da revelia (art. 897 do CPC, com a redação decorrente da reforma); diver-

samente, na consignatória extrajudicial, “reputar-se-á o devedor liberado da obrigação”, caso não manifeste o credor sua recusa (parágrafo segundo do art. 890).

Procurou-se dar ao procedimento extrajudicial uma singeleza que ele não tem e que não conseguirá obter na prática. Assim, não se esclarece quem realiza a *comunicação do depósito* (a lei usa apenas o termo “comunicando-se”), o que já tem importado em problemas, de vez que o Banespa, em São Paulo, entende ser ônus do depositante e fia-se na informação que este presta ao Banco quanto ao dia em que o credor foi cientificado, vindo a *recusar a recusa* quando feita após o suposto vencimento do decêndio a tanto reservado¹⁵.

Em segundo lugar, não havendo recusa oportuna, considera-se desobrigado o devedor, de modo que o credor ficará com o ônus de intentar demanda voltada a ver declarada a nulidade do ato que considerou o devedor desobrigado, sendo a demanda em tela promovida em face da instituição financeira depositária, de vez que em jogo está o seu procedimento e, como litisconsórcio-necessário, do credor-depositante, interessado no deslinde da questão, mesmo porque atingido pelo ato que o proclamou desobrigado.

Da mesma forma, em havendo a recusa e não promovendo o devedor a demanda pela via judicial (parágrafo quarto, do art. 890), ele poderá levantar o depósito, o que, por certo, não será tão simples: o depositário exigirá, fatalmente, prova do não-aforamento da ação, a partir do que ele irá analisar a questão para ver se pode ou não ser o numerário liberado.

Quero crer que o procedimento não venha a ser adotado com a intensidade imaginada. De outro lado, provocará questões diversas que terão que ser solucionadas pelo Judiciário, não se prestando, portanto, para o fim de dinamizar a Justiça.

¹⁵ Já me defrontei com problema dessa ordem, sendo que o Banespa simplesmente recusou-se a receber a correspondência, diante do que requeri notificação judicial, dando-lhe ciência da recusa e demonstrando o porquê da via judicial (Processo nº 1.206/95 – 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo). A medida há que ser judicial, de vez que não há quem possa, a nível administrativo, obrigar o depositário a receber a correspondência: o particular não tem essa força e nem o Judiciário tem sobre essa atividade poder correicional, de modo que resta o caminho do Judiciário.

¹⁴ Diversamente, Antonio Carlos Marcato, que entende cabível em se cuidando também de depósito de aluguéis, não adentrando em maiores considerações, além de apontar os requisitos de validade do ato (cf. *Tribuna do Direito*, abril de 1995, p. 17).

5. Da antecipação da tutela jurisdicional

O art. 273 do Código de Processo Civil prevê a antecipação da tutela jurisdicional, dispondo, em linhas gerais, o art. 461, parágrafo terceiro¹⁶, no mesmo sentido, somente que com relação ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, permitindo o cumprimento da obrigação *in natura* sem o remendo de sua conversão em perdas e danos. A disposição colhe aqueles casos que antes eram objeto de medidas cautelares satisfativas, sendo que, a partir dessa mudança, as cautelares ficam restritas somente para a proteção do resultado do processo, sua função específica¹⁷.

Não resta dúvida que a medida inovadora acaba por aprimorar o processo cautelar, mas exclusivamente no âmbito teórico, sem nada trazer de relevante do ponto de vista prático, com o que se contraria a razão de ser da reforma, anunciada como uma tentativa de atacar a morosidade dos processos. Quanto a isso, aliás, a inovação anda em sentido oposto: ao tempo em que se exigia a medida cautelar para a antecipação imaginada da tutela, o procedimento era mais dificultoso e poderia implicar ônus e responsabilidades maiores para o seu requerente. Hoje, todavia, como o pedido nesse sentido não importa sequer em nova petição inicial, o autor sempre irá pleitear¹⁸ a tutela antecipatória – até por dever buscar a abreviação do processo – o que obrigará o juiz a decidir mais esta questão, podendo advir recurso do requerente em não lhe sendo deferido o pedido de antecipação.

Tal como se passa com as medidas cautelares, a concessão da tutela antecipatória exige o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, que estão colocados entre os requisitos ditados pelo art. 273 como a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Aliás, o Des. Kazuo Watanabe, que integrou a Comissão de Reforma, justificou a criação da nova medida pelo fato de existir

¹⁶ O aspecto da defesa supostamente protelatória e abusiva aqui não está sendo expressamente considerado, mas a norma há que guardar coerência com a previsão genérica do art. 273.

¹⁷ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, n.º 234, pp. 355 e ss.

¹⁸ A medida somente pode ser concedida com pedido do autor e pode ser revogada ou modificada a qualquer momento, guardando, portanto, nítido aspecto cautelar (cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Processo Civil – realidade e justiça*, p. 118).

utilização em exagero das medidas cautelares inominadas, buscando exatamente a antecipação e que eram concedidas “sem qualquer motivação adequada.”¹⁹ Ora, fosse esse o problema, a solução seria mais fácil passando a se exigir do magistrado a devida fundamentação e não simplesmente alterando-se a lei. Ademais, a mesma realidade poderá continuar existindo, de vez que vai uma distância grande entre a lei impor a motivação (o que até a Constituição exige para todos os atos judiciais – art. 93, IX) e ela vir a ser observada pelos julgadores: quem garante que o julgador, a partir de agora, “indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento” (parágrafo primeiro do art. 273)?

A par dessas considerações, preocupa a colocação como requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipatória o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, conceitos vagos dos quais maus juízes poderão fazer mal uso, prejudicando o direito de defesa, que é sagrado e fundamental em qualquer Estado de direito. A fim de se preservar a integridade da defesa, a questão estaria melhor colocada como cautelar autônoma, onde o requerente justificava a existência de seu direito, sem se preocupar com o que fora alegado pelo réu, em sua resposta. A partir da norma ora examinada, a questão desfoca-se para a defesa do demandado, procurando defini-la como abusiva ou protelatória, de onde poderá sair comprometida.

6. Do recurso contra o indeferimento da petição inicial

O procedimento do recurso contra a decisão que indefere a petição inicial foi remodelado, mas não sem riscos para ambos os litigantes. A matéria vem tratada no art. 296. Recorde-se que, no sistema anterior, contra o indeferimento da inicial cabia apelação, não sendo permitido qualquer ingerência do juiz no que antes decidira, pois ele já cumprira o ofício jurisdicional. Todavia, era determinada a citação do réu para acompanhar o procedimento do recurso, ficando esse vinculado para todos os atos posteriores do processo, de modo que, em havendo provimento do recurso, não era necessária sua nova citação.

Pela disciplina atual, retira-se a citação do réu para acompanhar o recurso, a sua chamada a juízo somente se dará em sendo provido o apelo e quando da volta dos autos ao juízo de primeiro grau. De outro lado, confere-se ao juiz a possibilidade de retratar-se diante da apelação,

¹⁹ Cf. *Tribuna do Direito*, abril de 1995, p. 23.

reformando a sua própria sentença, hipótese em que ele determinará a citação do réu, passando a demanda, então, a desenvolver-se normalmente.

O juízo de retratação, embora pareça salutar e possa realmente evitar que erros manifestos somente venham a ser reparados após percorrer o processo o longo rito da apelação, em verdade, jamais provou positivamente na prática (o agravo já o contempla e os embargos infringentes em causas de alçada²⁰ malograram totalmente).

A falta de citação do réu para acompanhar o recurso e vincular-se ao processo, de outro lado, é extremamente perigosa. Primeiramente, não ocorrem os efeitos do art. 219 da norma processual (prevenção, litispendência, litigiosidade da coisa, constituição em mora e interrupção da prescrição), de modo que todos os atos praticados pelo réu durante o interregno entre o ajuizamento da inicial e a sua citação são válidos e eficazes, mesmo com relação ao processo e ao autor: caso venha a esvaziar seu patrimônio, assim, não se poderá definir as alienações como praticadas em fraude de execução (art. 593); eventual valor de pensão alimentícia passaria a valer apenas a partir da citação (art. 13, parágrafo segundo, da Lei nº 5.478/68); aluguel novo em revisional de locação da mesma forma (art. 69 da Lei nº 8.245/91).

Processualmente, cria-se a possibilidade do réu intentar uma demanda contrária, criando o estado de litispendência e evitando, desse modo, que a ação promovida pelo autor primitivo possa alcançar um resultado de mérito. De outro lado, qualquer modificação subjetiva na relação jurídica deduzida em juízo afetará futuramente a legitimidade para a demanda, pois a perpetuação das partes somente advém com a citação (art. 264)²¹. Em síntese, o réu fica livre e com tempo para tomar todas as medidas possíveis para evitar os riscos de uma eventual perda da ação, cuja inicial tenha sido indeferida, ou, então, criar dificuldades para a decisão da causa ou efetivação de seu resultado, o que vem sempre em detrimento da própria dignidade da atividade jurisdicional.

²⁰ Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980, revogada pela Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991. Igualmente contempla esse recurso a Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), em seu art. 34, dependendo, todavia, do valor da causa.

²¹ Cf. FORNACIARI JÚNIOR, Clito. "Successão Processual", *Revista de Processo*, v. 24, pp. 54 e ss.

Relativamente ao problema da interrupção da prescrição e apesar da modificação também operada neste dispositivo (art. 219, parágrafo primeiro), fazendo retroagir seus efeitos à data da propositura da ação, o tema torna-se questionável, pois o instituto da prescrição importa em análise bilateral: de um lado, ele confere um direito ao autor, enquanto não se consumir o prazo, de postular em juízo; mas, pelo lado do réu, a prescrição vem liberá-lo de conservar documentos etc., de vez que, passado o prazo da prescrição, nada mais pode dele ser reclamado. Daí porque – e isto não foi alterado, continuando a constar dos demais parágrafos do art. 219 – após a propositura da ação há um prazo para o autor promover a citação do réu, sob pena de desaparecer a interrupção da prescrição pela simples propositura da ação e esta vir a se dar somente com a citação.

Não se colhe, como se pode verificar, proveitos com a suposta dispensa da citação. As relações jurídicas persistem sendo instáveis, a ponto de levar o autor a não recorrer da sentença, preferindo ajuizar outra ação a discutir a higidez de sua inicial. De um lado, advém para o autor maiores gastos: novas custas serão desembolsadas etc.; para a atividade jurisdicional, mais um processo. Onde, portanto, seria agilizada a prestação da tutela jurisdicional, sendo certo que o número de recursos pendentes contra indeferimento da inicial nunca foi significativo a ponto de justificar uma reforma desta ordem?

7. Da conciliação obrigatória

O art. 331 torna a tentativa de conciliação obrigatória. A modificação é retrógrada, ignorando o avanço que representou o julgamento antecipado da lide, aplaudido por todos quando de sua colocação no Código de Processo Civil de 1973²².

Pior ainda, a conciliação deve ser tentada após a apresentação de defesa, quando os ânimos já estão mais acirrados e quando o réu já teve despesas que, certamente, influenciarão em qualquer composição do litígio. De outro lado, a conciliação é buscada antes de se resolver até sobre a possibilidade de extinção do processo sem julgamento de mérito, posto que, somente após malograda a sua tentativa, o juiz

²² Entre outros, ALVIM, Arruda. "Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil", *Revista de Processo*, v. 1/121.

decidirá as questões processuais²³. Difícil será que um réu que se entenda ilegítimo para figurar no processo disponha-se a compor o litígio, *verbi gratia*. Ocupa-se um lugar na pauta dos juízes para um ato manifestamente inócuo.

A novidade, sem dúvida alguma, faz retardar o processo, impondo sempre audiência, cuja realização poderia, à luz do sistema anterior, até ser feita – e continua sendo – pois era dado ao magistrado a possibilidade de convocar, a qualquer tempo, as partes à sua presença, tentando conciliá-las (art. 125, IV). A obrigatoriedade nivela o juiz com boa dose de sensibilidade àquela que não a tem, em nada contribuindo para a agilidade da prestação da tutela jurisdicional.

A falta de tentativa de conciliação acarreta a nulidade dos atos posteriores, todavia, até porque se trata de nulidade não cominada expressamente, o juiz ou o tribunal não a deve proclamar inexistindo prejuízo para as partes (art. 244).

8. Do registro obrigatório da penhora

O registro²⁴ da penhora de bem imóvel na circunscrição imobiliária (art. 659, parágrafo quarto) passa a ser ato constitutivo desta, de modo que seu aperfeiçoamento fica dificultado, representando claro entrave ao andamento da execução. Enquanto não registrada, a penhora não existe como ato processual. O parágrafo acrescentado ao art. 659 é claro nesse sentido, dizendo que a penhora realiza-se mediante auto ou termo “e inscrição no respectivo registro”.

É bem verdade que a Comissão que cuidou da reforma tem procurado afastar essa interpretação²⁵, mas o texto legal tem hoje vida própria, estando emancipado de seus autores.

²³ Não resta dúvida de que faltou melhor técnica ao legislador: a regra prescreve: “se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes...”, o que poderia fazer supor que a tentativa de conciliação seria feita desde que não fosse o caso de extinção do processo sem julgamento de mérito ou julgamento antecipado da causa. Todavia, no parágrafo segundo do mesmo artigo, coloca-se como consequência da tentativa inexistente da conciliação a solução das questões processuais e a fixação dos pontos controvertidos da demanda. Assim, a própria decisão das preliminares, questões eminentemente processuais, somente será feita após a tentativa de conciliação, de onde a primeira parte da regra do art. 331 acaba ficando como letra morta.

²⁴ Sem técnica, a lei usa o termo *inscrição*.

²⁵ Confira Sidnei Agostinho Beneti, “A penhora de bem imóvel diante da Lei nº 8.953/94”, *Tribuna do Direito*, maio de 1995, p. 26, citando, inclusive, outros pronunciamentos no mesmo sentido, mas registrando

O registro em nada afeta a fraude de execução²⁶, que se caracteriza diante da alienação de bens no curso do processo, que pode ser até de conhecimento, desde que com a alienação ou com a demanda o devedor torne-se insolvente, conforme claro está no art. 593, II, do Código de Processo Civil, em nada alterado.

Perde força o processo e a própria atividade jurisdicional, dado que a publicidade do registro passa a ter maior importância que a publicidade do processo. Não resta dúvida que com a nova colocação legal, que nada acrescenta de proveitoso para a agilidade do processo, até porque a jurisprudência vinha bem enfrentando as questões surgidas em relação a terceiros, novos problemas surgirão, como, por exemplo, as consequências da alienação de bens após lavrado o auto ou assinado o termo de penhora, mas antes do registro da penhora. Em que pese a questão nada tenha com a fraude de execução, aferível à luz de critérios diferentes, poderá guardar outras consequências.

9. Do procedimento de liquidação

A fase de liquidação de sentença já havia sofrido modificações com a Lei nº 8.898, de 29 de junho de 1994, que importaram em que a citação para esse procedimento fosse realizada na pessoa do advogado e em que o cálculo, quando simplesmente aritmético, fosse realizado pelo credor. Agora estende-se a memória de cálculo para a execução de título extrajudicial (art. 614, II).

As duas medidas trazem entraves aos processos maiores que qualquer vantagem que

as posições contrárias de Sérgio Bermudes e Ernani Fidelis dos Santos. Consigna, entretanto, Sidnei Agostinho Beneti que a redação final do dispositivo fugiu ao controle da Comissão da Reforma. Ora, em que pese a autoridade dos integrantes da Comissão, na verdade o texto uma vez posto não mais pertence aos seus autores, não se podendo interpretá-lo contra aquilo que nele efetivamente está escrito, sob pena de vulnerar-se texto de lei federal. Sendo assim, o entendimento que deve prevalecer é tomando-se o registro o ato final do procedimento da penhora de imóvel. Somente após registrada, pode ser intimado o devedor para oferecer embargos: antes inexistia penhora, que está ainda em processamento.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, parece enfrentar o registro à luz do problema da fraude (cf. *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 247), no que não estaria correto, pois a penhora somente implica afetar determinado bem à solução final do processo de execução e a fraude de execução pode existir mesmo sem penhora e, portanto, mesmo sem registro.

pudesse existir. Em primeiro lugar, o entendimento que prevalecia era no sentido de não estar sujeita a fase de liquidação à citação do requerido²⁷, simples complementação da sentença, à qual faltava a liquidação por artigos, onde se determinava a observância do procedimento comum (art. 609). A partir do texto legal, porém, a citação tornou-se necessária, sendo feita na pessoa do advogado. Deu-se, portanto, dignidade de processo ao mero incidente de liquidação.

Em segundo lugar, cuidando-se de citação, ela deve ser pessoal, criando, assim, mais um ato antes supriável com uma mera publicação em nome do advogado. O objetivo da reforma claro que não foi esse, todavia não se pode interpretar a lei em desconformidade com o que nela está escrito, pois, apesar de ser precária a interpretação literal, ela é sempre a primeira e muitas vezes resulta tão clara que dispensa a própria interpretação (ou melhor, indagações mais profundas). Deveria o texto legal, ao invés de referir-se à citação, mencionar intimação ou ciência, que poderia ser feita, então, pela imprensa; a citação não pode: há que ser pessoal (art. 215), embora dispensável que o advogado tenha poderes especiais, pois a imposição decorre de lei.

A memória de cálculo veio a tornar vulnerável qualquer processo de execução, sendo de se registrar que, diante da falta de maior precisão do texto, passaram a existir no mínimo duas interpretações sobre os atos posteriores à apresentação do cálculo: há quem simplesmente manda citar para pagar; então, a impugnação do cálculo há de ser feita pela via dos embargos do devedor, e se a conta não estiver certa – o que é bem provável pela multiplicidade de índices e até pela não-familiaridade do advogado com contas, sem se considerar os inúmeros zeros que nosso padrão monetário perdeu nos últimos anos – caracteriza-se excesso de execução, levando ao acolhimento dos embargos, inclusive com reflexo na sucumbência.

Há, todavia, quem instala, a partir da memória de cálculo, um procedimento de liquidação, ouvindo a parte contrária, determinando a remessa dos autos ao contador para conferência e, por fim, decide sobre o acerto ou não do cálculo. Esse procedimento não tem respaldo na lei e pode levar a que se recorra da decisão que

julga sobre o acerto da conta. A norma processual determina a instrução da execução com a memória de cálculo, eliminando, desse modo, o procedimento de liquidação.

Embargar a execução passou a ser possível até para quem não tinha qualquer argumento: o erro da conta é a tábua de salvação. Ganhou-se, é verdade, com a impossibilidade de recurso contra a decisão homologatória de cálculo que, salvo se não se tratar de operação simplesmente aritmética, não mais existirá. Em contrapartida, os embargos fatalmente virão, e anteriormente nem sempre vinham, pois eles importam em sucumbência de onde um devedor sem razão não se arriscaria.

10. Da conclusão

Sem dúvida alguma, se o objetivo das alterações foi agilizar a prestação da tutela jurisdicional, andou-se na contramão. Faltou à Comissão ouvir o juiz de primeiro grau e o advogado do dia-a-dia, o advogado do fórum. Esses sabem onde a máquina emperra e, infelizmente, foram esquecidos, daí resta correr atrás do prejuízo, procurando arremendar-se o rasgo.

Até mesmo a boa vontade de decisões de primeiro grau poderá ser inócua, na medida em que a palavra final ficará por conta de órgãos superiores, onde a sobrecarga de recursos convida para a criação de obstáculos ao direito de recorrer, semelhante ao que se viu com relação ao recurso extraordinário sob a égide da Constituição de 1967.

Os vícios formais ensejam a simplificação dos julgamentos, embora levem de roldão o direito da parte e passa o advogado, ainda, a pecha de ter cometido o erro que impediu que os direitos por ele defendidos fossem reconhecidos.

Por fim, consigne-se que se modificar a legislação processual é sempre tarefa perigosa, principalmente quando as normas já estão com interpretação assentada. A partir de um texto novo surgem as preocupações de precisão e não faltam sempre duas correntes, o que é próprio do processo, que tem como sua essência o contraditório. Daí sempre a exegese processual caminhar de uma literalidade preocupante e exagerada até o estabelecimento de uma praxe acomodada. Diz o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira que os reclamos contra a reforma são grita dos porcos trocados de caminhão: após algumas escaramuças, eles se acomodam e seguem

²⁷ Distoando da posição assente entre doutrinadores e a jurisprudência, entendendo de rigor, portanto, a citação para todas as modalidades de liquidação: ARRUDA, Antonio Carlos Matteis de. *Liquidação de sentença*, nº 6, pp. 122 e ss.

viagem tranquilos²⁸. Todavia, se os porcos estavam já acomodados no caminhão antigo, para que foram trocados? Simplesmente para se mostrar o caminhão novo, com o motor antigo? Muito pouco, sem dúvida!

²⁸ Colocação feita em palestra e posteriormente confirmada em encontro realizado em 26 de abril de 1995 na Associação dos Advogados de São Paulo (cf. *Boletim* nº J.899). Não se pode negar ser feliz e apropriada a colocação, mas serve para demonstrar que os preceitos de processo valem mais pela forma como são interpretados do que pelo seu enunciado. A prática sempre acaba por prevalecer, de maneira que ao invés de se modificar simplesmente a lei é necessária uma mudança de mentalidade e uma mudança do modo como se encara a Justiça, mormente por parte dos outros Poderes e dos seus próprios integrantes, bem como dos elementos indispensáveis à sua administração.

Da interpretação especificamente constitucional

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

Uma tarefa de importância inextinguível que se apresenta no momento para quem lida profissionalmente com o Direito em nosso País é a de tomar consciência das peculiaridades da hermenêutica constitucional. Isso para que se venha a ter aplicada de forma mais ampla e adequada nossa nova Constituição, reconhecida inclusive internacionalmente como dotada de grandes qualidades.

Praticar a “interpretação constitucional” é diferente de interpretar a Constituição de acordo com os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica, desenvolvidos, aliás, numa época em que as matrizes do pensamento jurídico assentavam-se em bases privatísticas. A inteligência do texto constitucional também se dá, em um primeiro momento, recorrendo aos tradicionais métodos filológico, sistemático, teleológico etc. Apenas haverá de ir além, empregar outros recursos argumentativos, quando com o emprego do instrumental clássico da hermenêutica jurídica não se obtenha como resultado da operação exegética uma “interpretação conforme à Constituição”, a *Verfassungskonforme Auslegung* dos alemães, que é uma interpretação de acordo com as opções valorativas básicas, expressas no texto constitucional.

A referência feita a um jargão em língua alemã não foi mero acaso, pois é da recente experiência constitucional alemã, quando após a hecatombe nazista se retoma o projeto político de Weimar, que se extrai os melhores subsídios para aprofundar a questão aqui colocada, da necessidade de desenvolver uma forma específica de interpretar a Constituição. O contato com essa experiência modelar, resultado da mais íntima colaboração entre produção teórica e elaboração jurisprudencial em nível constitucional, levou-me

Willis Santiago Guerra Filho é Prof. da Faculdade de Direito da UFC. LL.M. (PUC/SP) Dr. iur. (Bielefeld/Alemanha).

a formular algumas idéias sobre como realizar uma interpretação constitucional diferenciada, expostas em livro publicado em Fortaleza, no final de 1989, sob os auspícios da UFC, intitulado *Ensaio de Teoria Constitucional*¹.

Tentando resumir a concepção ali esboçada, tem-se que, de início, o objeto a ser interpretado, a Constituição, é tido não como algo já pronto e acabado, mas sim como um *processo*, algo em movimento, que diuturnamente se faz, desfaz e refaz, à medida em que vai sendo aplicado, sendo esse desenvolvimento legitimado quando dele participem os destinatários das normas constitucionais, no Estado e, principalmente, na sociedade civil, integrantes da chamada "comunidade aberta dos intérpretes da Constituição". Por outro lado, em seu aspecto *estático*, a Constituição é formada basicamente por *princípios*, consagrando valores que o povo brasileiro, através de seus representantes na Assembléia Nacional Constituinte, escolheu para fundamentar o ordenamento jurídico e a organização sócio-política do País.

Os mais gerais (ou "fundamentais") desses princípios são enumerados já no primeiro artigo da Constituição - soberania, cidadania, dignidade humana etc. -, podendo todo o restante do texto constitucional ser entendido como uma especificação desses princípios em normas jurídicas que tanto podem se apresentar como outros princípios, mais específicos, como podem assumir a estrutura de *regras*. Regras são as normas jurídicas com as quais o jurista está mais habituado a lidar, e para cuja inteligência está voltada a hermenêutica jurídica tradicional. Elas se reportam a um fato da vida específico, em sua "hipótese normativa", e prescreve conseqüências jurídicas da ocorrência (ou não) desse fato.

A interpretação constitucional, porém, requer o entendimento de normas que, em geral, são "princípios", devendo ser compreendidas em um contexto em que aparecem outros tantos princípios, e essas normas não se reportam a algo palpável, como são os fatos referidos nas "regras", já que são a expressão normativa de certos valores. Os valores todos consagrados em nossa Constituição, abstrata e estatisticamente considerados, enquanto mero "texto", se encontram na mais perfeita harmonia.

Contudo, na dinâmica da aplicação desse texto a situações concretas se verifica choques entre eles, ou melhor, entre os princípios jurídicos onde se encontram enfeixados.

A partir do que se vem de expor, justifica-se que consideremos a Constituição, assim como todo o sistema de normas interno ao ordenamento jurídico, um *sistema de regras e princípios*. Importa, então, explicitar melhor a distinção entre *normas que são regras* das *normas que são princípios*. Para tanto, com apoio em Gomes Canotilho², podemos distingui-los (1) pelo *grau de abstração*, onde se tem os princípios como bem mais abstratos e vagos em sua formulação; (2) pelo *grau de determinabilidade de aplicação*, que, como conseqüência de (1), implica na necessidade da intermediação normativa de outros princípios e regras para facilitar a aplicação de princípios, enquanto regras se deixam aplicar diretamente com facilidade; (3) pelo *conteúdo de informação*, bem menor nas regras, que se reportam a um determinado fato, nela tipificado, enquanto os princípios referem-se a valores, o que permite uma ampliação de seu conteúdo com maior facilidade; (4) pela *separação "ontológica" radical* de ambos os tipos de normas, quando se tem, por exemplo, a possibilidade de princípios, em virtude de sua natureza, existirem implicitamente no sistema normativo, algo impensável para regras, ou ainda a circunstância de regras contraditórias gerarem uma antinomia normativa, a ser desfeita com o afastamento de uma delas, ao passo que é da própria natureza dos princípios, como já salientamos, se apresentarem como contrapostos uns aos outros.

É essa natureza diferenciada de princípios e regras que suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, diante da hermenêutica tradicional. Especialmente a distinção por último referida, ao indicar que os princípios encontram-se em estado latente de colisão uns com os outros, evidencia a necessidade do emprego dos *cânones da interpretação especificamente constitucional*, que passamos a expor, a partir da formulação já clássica de Komrad Hesse³, secundado, em *língua portuguesa*, pioneiramente, por Gomes Canotilho⁴.

(1) O primeiro e principal desses cânones é o da *unidade da Constituição*, o qual determina

¹ Um desses ensaios, de importância seminal, "Metodologia jurídica e interpretação constitucional", foi publicado também na *Revista de Processo*, nº 62, São Paulo, 1991, pp. 122 ss.

² *Direito Constitucional*, Coimbra, 1989, p. 119.

³ *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1984, pp. 26/28.

⁴ Cf. ob. cit., pp. 162/165.

que se observe a interdependência das diversas normas da ordem constitucional, de modo a que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores, expresso na *decisão fundamental* do constituinte, naquilo que Pablo Lucas Verdu chama de *fórmula política*. Para o eminente catedrático da Universidade de Madri, “fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social”⁵. O ato de interpretação constitucional, portanto, sempre tem um significado político e se dá calcado numa ideologia, que, porém, não deve ser a ideologia particular do intérprete, mas sim aquela em que se baseia a própria Constituição. No caso da nossa, a fórmula política se acha claramente indicada no “Preâmbulo” e no seu art. 1º: *Estado democrático de direito*. Ela há de se situar ao nível do que na hermenêutica filosófica de Gadamer se denomina “pré-compreensão” (*Vorverständnis*), designando a predisposição orientadora do ato hermenêutico de compreensão.

(2) *Princípio do efeito integrador*, indissoluvelmente associado ao primeiro, por determinar que, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, se dê preferência à interpretação que mais favoreça a integração social, reforçando a unidade política.

(3) *Princípio da máxima efetividade*, também denominado *princípio da eficiência* ou da *interpretação efetiva*, por determinar que, na interpretação de norma constitucional, se atribua a ela o sentido que a confira maior eficácia, sendo de se observar que, atualmente, não mais se admite haver na Constituição normas que sejam meras exortações morais ou declarações de princípios e promessas a serem atendidos futuramente⁶. Tal princípio assume particular relevância na inteligência das normas consagradoras de direitos fundamentais.

(4) *Princípio da força normativa da Constituição*, que chama a atenção para a historicidade das estruturas sociais, às quais se reporta a Constituição, donde a necessidade permanente de se proceder a sua atualização normativa, garantindo, assim, sua eficácia e permanência. Esse princípio nos alerta para a circunstância de que a evolução social determina sempre, se

não uma modificação do texto constitucional, pelo menos alterações no modo de compreendê-lo, bem como às normas infraconstitucionais.

(5) *Princípio da conformidade funcional*, que estabelece a estrita obediência, do intérprete constitucional, da repartição de funções entre os poderes estatais, prevista constitucionalmente.

(6) *Princípio da interpretação conforme a Constituição*, que afasta interpretações contrárias a alguma das normas constitucionais, ainda que favoreça o cumprimento de outras delas. Determina, também, esse princípio, a conservação de norma, por inconstitucional, quando seus fins possam se harmonizar com preceitos constitucionais, ao mesmo tempo em que estabelece como limite à interpretação constitucional as próprias regras infraconstitucionais, impedindo que ela resulte numa interpretação *contra legem*, que contrarie a letra e o sentido dessas regras.

(7) *Princípio da concordância prática ou da harmonização*, segundo o qual se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros. Nesse ponto, tocamos o problema crucial de toda hermenêutica constitucional, que nos leva a introduzir o *topos* argumentativo da *proporcionalidade*.

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o *princípio da proporcionalidade*⁷. Note-se que agora não se trata mais de um princípio da interpretação constitucional, princípio com sentido cognitivo, mas sim de *princípio com caráter normativo*. Tal princípio determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é,

⁵ *Curso de Derecho Político*, vol. II, Madri, 1977, p. 532.

⁶ V., nesse sentido, CANOTILHO, Gomes, ob. cit., p. 132.

⁷ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. “O Princípio Constitucional da Proporcionalidade”, in: Id., *Ensaio de Teoria Constitucional*, Fortaleza, 1989, pp. 69 ss.

ferindo-lhe seu “núcleo essencial”. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado democrático de direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.

Da mesma forma como em sede de teoria do direito, os doutrinadores pátrios apenas começam a se tornar cientes da distinção entre regras e princípios, antes referida; também aos poucos é que estudiosos do Direito Constitucional e demais ramos do direito vão se dando conta da necessidade, intrínseca ao bom funcionamento de um Estado democrático de direito, de se reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade, a *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, também chamada de “mandamento da proibição de excesso” (*Übermaßverbot*). Infelizmente, nesse passo, não trilhamos o caminho seguido por constituintes de outros países, que cumpriram sua função já na fase atual do constitucionalismo, que se pode considerar iniciada no segundo pós-guerra. Isso porque não há previsão expressa, em nossa Constituição, do princípio em tela; a diferença, por exemplo, da Constituição portuguesa, de 1974, que em seu art. 18º, dispõe sobre a “força jurídica” dos preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais – de modo equiparável ao que é feito, em nossa Constituição, nos dois parágrafos do art. 5º. –, estabelece, no inc. II, *expressis verbis*:

“A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Essa norma, notadamente em sua segunda parte, enuncia a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais. O princípio, assim, coincide com a essência e destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de direito democrático⁸.

⁸ BONAVIDES, Paulo, mestre de todos os que estudamos Direito Constitucional no Brasil e, espe-

Daí termos acima referido a esse princípio como “princípio dos princípios”, verdadeiro *principium* ordenador do direito. A ele, contudo, não podemos visualizar como a enigmática Norma Hipotética Fundamental, de kelseniana memória, que seria meramente pressuposta, mas não posta, positiva, donde o paradoxo de ela conferir às demais normas do ordenamento jurídico uma qualidade que a ela própria faltaria. A circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição de nosso País não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no § 2º do art. 5º:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”

O princípio da proporcionalidade, tal como hoje se apresenta no direito constitucional alemão, na concepção desenvolvida pela doutrina, em íntima colaboração com a jurisprudência constitucional, desdobra-se em três aspectos, a saber: *proporcionalidade em sentido estrito*, *adequação* (*Geeignigkeit*) e *exigibilidade* (*Erforderlichkeit*). No seu emprego, sempre se tem em vista o fim colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, entre os quais se haverá de optar. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser *adequado* para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a *exigibilidade* do meio quando esse se mostra como “o mais suave” dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que porventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o

cialmente, no Ceará, refere o Princípio da Proporcionalidade, em seu mais recente manual, como o “que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo”, e, adiante, a par do registro de não haver consagração do princípio em norma genérica de direito escrito entre nós, arremata: “A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito”. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, 1994, p. 395.

⁹ No mesmo sentido, BONAVIDES, Paulo. *Ib.*, p. 354.

meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores, com o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham, observando-se, ainda, que não haja violação do "mínimo" em que todos devem ser respeitados, seu "núcleo essencial".

Para finalizar, resta expressar a convicção de que o emprego dessa hermenêutica diferenciada, para interpretar e aplicar nossa Constituição, há de ser visto como um fator (intelectual) de fundamental importância, para que ela venha a ser concretizada, tal como anseia a Nação.

O controle de constitucionalidade e as normas tributárias

CRISTIANO PAIXÃO ARAUJO PINTO

The power to tax involves the power to destroy
John Marshall

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Aspectos históricos e legais do controle de constitucionalidade. 2.1. A jurisdição constitucional. 2.2. O controle difuso de constitucionalidade. 2.3. O controle abstrato de constitucionalidade. 2.4. O controle de constitucionalidade no Brasil. 3. Princípios constitucionais tributários – a anterioridade. 3.1. A idéia de princípio constitucional. 3.2. Princípios constitucionais tributários. O princípio da anterioridade. 4. Um exemplo do controle de constitucionalidade no Direito Tributário – o caso IPMF. 4.1. Relato do caso. 4.2. Pacto federativo. Imunidade recíproca. 4.3. Princípio da anterioridade. Garantia constitucional. 4.4. Imunidades. Ampliação dos limites do controle constitucional. 5. Considerações finais

1. Introdução

O objetivo do presente artigo consiste no estudo dos aspectos trazidos com o exame da constitucionalidade de dispositivos da Emenda Constitucional nº 3/93, que criou o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF).

Por se situarem no âmbito do controle da *constitucionalidade de normas*, os tópicos de nossa investigação serão precedidos de breve introdução, destinada a sintetizar os principais aspectos relativos ao *controle constitucional*, no direito comparado e na sistemática constitucional brasileira.

Em seguida, abordaremos a matéria relacionada aos *princípios constitucionais tributários*, especialmente o da *anterioridade*. O passo

Mestrando em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador do Trabalho – 4ª Região (Porto Alegre-RS).

seguinte consistirá na análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal referente à constitucionalidade de determinadas disposições da Emenda nº 3/93, que disciplinaram a instituição do *IPMF*, com todas as conseqüências inerentes à decisão adotada.

As considerações finais limitam-se a sintetizar as conclusões – parciais – alcançadas ao longo do estudo.

2. Aspectos históricos e legais do controle de constitucionalidade

2.1 A jurisdição constitucional

A expressiva maioria dos países ocidentais adota, em distintas modalidades, o sistema de controle *judicial* de constitucionalidade das normas.

As exceções – dignas de registro – a esta regra geral traduzem-se nos sistemas legais da França e da Grã-Bretanha. Por razões particulares (e díspares entre si), estas nações não contam com um mecanismo judicial de aferição das normas jurídicas promanadas pelo Poder Legislativo em relação ao texto constitucional. Passemos a assinalar, brevemente, os motivos que levaram estes países a renunciar ao sistema de controle da constitucionalidade das leis.

O caso britânico é de mais fácil explicação: a inexistência de controle de constitucionalidade decorre da ausência de uma Constituição escrita, no sentido formal. O peculiar sistema da *common law* atribui a supremacia ao Parlamento, que pode, a qualquer tempo, rever os *statutes* ou *Parliament Acts* outrora editados, sem nenhuma limitação – formal ou material – pré-estabelecida.

Isto não implica dizer, contudo, que a atuação do Poder Judiciário resta comprometida, diante das circunstâncias descritas. De modo contrário, o que se verifica na Grã-Bretanha é uma função criadora do juiz, amplamente reconhecida pela sociedade. Por tal motivo, pode-se falar – seguindo a orientação de Navarro Coelho – na existência de um controle de *legitimidade* das leis no direito inglês (1992:35).

A situação ocorrida na França é substancialmente diversa. Como observa Cappelletti, “a exclusão de um controle *judicial* de constitucionalidade é uma idéia que sempre se afirmou (...) nas Constituições francesas, e que se encontra de novo afirmada, ainda hoje, se bem que talvez com algumas atenuações, na vigente Constituição francesa de 1958” (original grifado – 1984:27).

Os fundamentos – históricos e ideológicos – que levaram o constituinte francês a recusar,

expressamente e em reiteradas oportunidades, qualquer forma de controle judicial da constitucionalidade das leis são assim descritos por Cappelletti:

“*Razões históricas* sobretudo, ou seja, a permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juizes franceses muito frequentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com conseqüências que, se, às vezes, podiam, também, representar um salutar antídoto contra as tendências absolutistas da monarquia, mais amiudadamente tinham, antes, o sabor do arbítrio e do abuso (...) às razões históricas da solução tradicionalmente adotada na França acrescentam-se as razões *ideológicas*, de resto, estreitamente ligadas às primeiras. Basta pensar em Montesquieu e na doutrina da separação dos poderes, doutrina que, em sua mais rígida formulação, foi, não erradamente, considerada absolutamente incompatível com toda possibilidade de interferência dos juizes na esfera do Poder Legislativo, visto, além disto – especialmente por força dos desenvolvimentos rousseauianos daquela doutrina – como a direta manifestação da soberania popular” (grifos do original – 1984:97).

Ressalvadas as exceções, pode-se afirmar, de forma segura, que a noção de *jurisdição constitucional* difundiu-se nos sistemas jurídicos nacionais hoje existentes, representando uma das principais pedras de toque do constitucionalismo moderno (cf. Cappelletti, 65:100 e Canotilho, 1994a:06-07).

A jurisdição constitucional – cujo objetivo constitui, em última análise, a defesa da ordem constitucional estabelecida – pode concretizar-se mediante diversas modalidades, que comportam vários procedimentos a elas particulares. A doutrina costuma classificar os sistemas de controle da constitucionalidade de forma bipartite: controle *difuso* e controle *abstrato* de constitucionalidade.

Releva notar, com a lição de Canotilho, que, em ambas as hipóteses, estaremos tratando de jurisdição constitucional: “Façamos algumas precisões conceituais no discurso. Temos vindo a falar de justiça constitucional em sentido amplo. Do mesmo modo, aludimos, sem grandes preocupações de rigor, a tribunais constitucionais. Convém introduzir uma primeira

afinação conceitual. *Um tribunal, qualquer tribunal, será um tribunal constitucional, quando ele tem competência para decidir sobre questões constitucionais.* Neste sentido, os tribunais ordinários com competência para julgar a inconstitucionalidade de atos normativos aplicáveis aos fatos submetidos a julgamento serão tribunais constitucionais” (destacamos – 1994a:06).

Efetuada a advertência – contida no extrato acima reproduzido –, passemos a discorrer acerca dos dois grandes grupos em que se inserem os modernos sistemas de controle de constitucionalidade.

2.2. O controle difuso de constitucionalidade

A doutrina constitucional é unânime ao apontar o controle difuso da constitucionalidade de normas como a mais antiga forma de aferição da constitucionalidade, no direito comparado. Sua primeira manifestação – segundo expressivo número de publicistas – ocorreu no julgamento do célebre caso *Marbury vs. Madison*, pela Suprema Corte norte-americana, em 1803 (neste sentido, cf. Cappelletti, 1984:75; Moreira Alves, 1993:02; Santos, 1990:29; Buzaid, 1958:16 e Coelho, 1992:72-81).

Ressalte-se, por oportuno, que tal decisão pode ser inserida num contexto histórico mais abrangente, já descrito pela doutrina. Nesta linha de raciocínio, Cappelletti invoca interessantes precedentes, extraídos tanto da experiência do direito ateniense (distinção entre *nómoi* e *psefismata*) como da disputa travada pelo Lord Edward Coke, na Inglaterra do século XVII, em defesa da *common law* (1984:45-63). Além deste último episódio, Buzaid faz expressa menção a determinados dispositivos das Ordenações Filipinas, que já estipulavam a competência de determinado órgão judiciário “de decretar a nulidade de lei, incompatível com as Ordenações” (1958:16). Por derradeiro, alguns autores indicam, ainda, o controle judicial exercido pelos juizes ingleses sobre as colônias fundadas em solo norte-americano como precursor da idéia de controle difuso da constitucionalidade (vide Coelho, 1992:52-53 e Cappelletti, 1984:60-63).

Frise-se, contudo, que tais eventos históricos – cuja importância não se pode contestar para o estudo do controle de constitucionalidade – não chegaram a solidificar, em nenhuma hipótese, a existência de um sistema de controle constitucional.

Esta concretização só veio ocorrer com o caso *Marbury vs. Madison*, redigido pelo Justice John Marshall.

A gênese do controle difuso reside, portanto, no direito norte-americano. É hora, então, de assinalar as bases que compõem a *ratio* desta modalidade de controle. Elas são assim sintetizadas por Cappelletti:

“a função de todos os juizes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento;

uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente;

tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios ‘*lex posterior derogat legi priori*’, ‘*lex specialis derogat legi generali*’ etc.;

mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério ‘*lex superior derogat legi inferiori*’ – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja ‘rígida’ e não ‘flexível’, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como na França, sobre o regulamento, ou seja, na terminologia alemã, as *Gesetze* prevalecem sobre as *Verordnungen*” (1984:75).

Este modelo de controle de constitucionalidade não contempla, assim, a existência de um órgão judicial destinado – especialmente – à aferição da constitucionalidade da legislação. A pronúncia de inconstitucionalidade ocorre durante a análise de um caso concreto (*incidenter tantum*). O controle é exercido pelos juizes ordinários, as decisões que decretam a inconstitucionalidade possuem efeitos *inter partes* e não há, em regra, declaração de nulidade – e conseqüente extirpação do mundo jurídico – da regra apontada como inconstitucional. No direito norte-americano, esta doutrina foi classificada pela denominação genérica *judicial review*.

Além destes componentes, deve-se ressaltar a existência do princípio do *stare decisis*,

segundo o qual os órgãos judiciários inferiores estão vinculados às decisões proferidas pelos tribunais superiores, em especial a Suprema Corte. A existência deste instituto é de vital importância para a compreensão do sistema de controle difuso de constitucionalidade. A regra do *stare decisis* permite que as decisões proferidas em sede de controle difuso – que não contemplam a declaração de nulidade da norma – sejam dotadas de eficácia, evitando, assim, que o controle constitucional assuma contornos de excessiva aleatoriedade e insegurança jurídica (para o entendimento das sutilezas do intrincado mecanismo do *stare decisis*, cf. Re, 1994).

O controle difuso expandiu-se, a partir da matriz norte-americana, para os seguintes países: Canadá, Austrália, Índia, Japão, Noruega, Dinamarca, Suécia, e, com algumas peculiaridades, Suíça (Cappelletti, 1984:68-72). O Brasil, até 1965, pautou-se, única e exclusivamente, pelo controle difuso (cf. item I.4 *infra*).

Cuidemos, agora, de traçar as linhas gerais da outra modalidade – encontrada no direito comparado – de controle da constitucionalidade das leis.

2.3. O controle abstrato de constitucionalidade

A origem do controle abstrato de constitucionalidade das normas encontra-se no direito austríaco, e nele podemos entrever a expressiva influência exercida por Hans Kelsen.

A primeira menção a esta nova forma de se abordar a questão da constitucionalidade adveio com a Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920. As modificações do texto originário – através de revisão constitucional –, ocorridas em 1929, ampliaram as possibilidades de declaração de inconstitucionalidade até então existentes (cf. Mendes, 1990:131).

Identificada a origem do modelo abstrato de controle constitucional, cumpre descrever suas principais características. Algumas das distinções verificadas entre os sistemas abstrato e difuso de controle são assim enumeradas por Moreira Alves:

“Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que só passa em julgado para as partes em litígio (consequência estritamente jurídica),

e que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todo ou em parte. Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, a qual passa em julgado *erga omnes*, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera *ex tunc*, independentemente da atuação do Senado), por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se faz *a priori*, e que se impõe, quaisquer que sejam as consequências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente” (voto proferido na Rp. 1.016, em 20 de setembro de 1979 – *apud* Mendes, 1990:257).

Ressalte-se, de antemão, a primeira inovação do modelo de controle abstrato: a existência de um órgão judiciário destinado a cuidar das questões referentes ao controle – da lei em tese – de constitucionalidade. Na Alemanha e na Itália, *exempli gratia*, tal papel é desempenhado pelos respectivos Tribunais Constitucionais. No Brasil, que adota um sistema misto (como veremos *infra*), o controle abstrato é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, expressamente incumbido, pelo Estatuto Fundamental vigente, do papel de guardião da ordem constitucional (Constituição, art. 102, *caput*).

Outro aspecto afigura-se-nos relevante, na definição dos elementos componentes do modelo abstrato de controle constitucional. Referimo-nos à natureza atípica do mecanismo processual que viabiliza este tipo de controle. De forma diversa da observada no exame do controle difuso, no modelo abstrato não temos um processo judicial, nos moldes delineados pelas normas processuais vigentes. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

“Mais que um processo judicial, o controle abstrato de normas é concebido como um mecanismo processual destinado, especificamente, à defesa da ordem constitucional (...) Não se cuida, pois, do julgamento de uma relação concreta, mas, sim, da validade de uma lei em tese” (grifamos – 1990:258).

Disto decorre a inexistência de um contraditório em sentido estrito, facultando-se, apenas, a solicitação de informações a órgãos públicos, acerca de preceitos inquinados de inconsti-

tucionais. Desaparece, então, o componente subjetivo imanente ao processo, configurando-se – única e exclusivamente – um processo *objetivo e não-contraditório* (Mendes, 1990:259).

Tendo em vista os elementos acima descritos, pode-se afirmar que o sistema de controle abstrato de constitucionalidade, por via de ação direta, constitui-se em processo cujo caráter *político* é inafastável.

Os principais elementos componentes do modelo concentrado de constitucionalidade das normas, são, em suma, os seguintes: (1) natureza política do controle abstrato; (2) exercício mediante ação direta; (3) a declaração de inconstitucionalidade da norma opera efeitos *erga omnes*, extirpando-se do ordenamento jurídico vigente o dispositivo contrário à Carta; e (4) competência exclusiva de um órgão especial responsável para aferição da constitucionalidade da lei em tese.

A natureza jurídica desta modalidade de ação direta foi assim descrita, em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Moreira Alves¹:

“A representação de inconstitucionalidade, por sua própria natureza, se destina tão-somente à defesa da Constituição vigente quando de sua propositura. Trata-se, em verdade, de ação de caráter excepcional com acentuada feição política pelo fato de visar ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese” (voto proferido na Rp. 1.016, em 20 de setembro de 1979 – *apud* Mendes, 1990:256).

Estas são as linhas gerais do modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis. Este sistema – cuja origem, repita-se, localiza-se na Constituição austríaca de 1920 – ganhou ênfase nos países ocidentais após a Segunda Grande Guerra.

A disseminação do modelo, em que uma das principais características (ausente no direito brasileiro) consiste na criação de um Tribunal Constitucional, foi assim descrita por Canotilho:

“três vagas: depois da 2ª Grande Guerra, como, por exemplo, na Alemanha

e na Itália, em consequência do derrube de regimes autoritários como Portugal e Espanha, e depois do colapso dos regimes comunistas, como, por exemplo, na Polónia” (1994a:07).

Não é necessário destacar a feição distinta assumida pela forma abstrata de controle constitucional, nos vários países em que foi implantada. Merece particular atenção o exemplo da Alemanha, cujo Tribunal Constitucional desempenha papel relevante dentro da estrutura federativa daquele país. Esta Corte Constitucional logrou desenvolver, no curso dos anos, uma particularidade própria: a existência de um extenso leque de técnicas de decisão, em matéria de controle constitucional, que não mais se limita à pura e simples declaração de inconstitucionalidade.

Inovações como o *Appellentscheidung*, espécie de “apelo” ao legislador, para que regulamente uma determinada situação jurídica ainda constitucional, mas que pode, a qualquer momento, ensejar uma inconstitucionalidade superveniente. Acrescente-se, ainda, a modalidade da *Unvereinbarkeitserklärung*, que se constitui na “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade”. Segundo Gilmar Ferreira Mendes:

“Essas diferentes formas de decisões revelam uma peculiaridade da jurisdição constitucional alemã. Em nenhum outro sistema de controle constitucional de normas, seja ele *difuso* ou *concentrado* lograse constatar a utilização de tão ampla gama de técnicas de decisão”² (grifos do original – 1992:37).

Além dos países já enumerados, deve-se acrescentar o exemplo das seguintes nações: Chipre, Turquia, ex-Tchecoslováquia e ex-Iugoslávia, além do Brasil, após 1965 (cf. Cappelletti, 1984:73-74).

Esboçadas as diretrizes dos dois sistemas de controle constitucional, passemos a investigar a evolução histórica deste instituto no direito brasileiro.

2.4. O controle de constitucionalidade no Brasil

Tratemos, em breves palavras, do percurso do sistema de controle constitucional na história brasileira.

² Para um detalhado estudo acerca destas modalidades de controle abstrato, cf. Mendes, 1992:36-63 e 1993:31-56.

¹ A citação foi extraída de julgamento de representação de inconstitucionalidade, ou seja, sob a égide da Constituição anterior, tal circunstância, contudo, não altera o teor do excerto, pois a *natureza jurídica* da ação (hoje ação direta de inconstitucionalidade) não foi modificada com o advento da Carta Política ora vigente.

A Constituição de 1891 – que teve como fonte de inspiração o direito norte-americano – consagrou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal apreciar recursos de decisões proferidas pelo Poder Judiciário dos Estados-Membros “quando se contestar a validade de leis, ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas” (art. 59, parágrafo 1^a, b). Esta mesma Carta Política, através do art. 60, a, estipulava a competência de juizes e tribunais federais para o exame de “causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal” (cf. Moreira Alves, 1992:01).

Estava inaugurado, assim, o controle da constitucionalidade no direito brasileiro, através da via *difusa*. A gradativa utilização do controle difuso teve substancial contribuição no pensamento de Rui Barbosa, que defendia – em tese que seria vitoriosa – a aplicabilidade, no direito brasileiro, da mesma principiologia emanada do caso *Marbury vs. Madison*.

O sistema de controle exclusivamente difuso perdurou, no direito brasileiro, até 1965. A inovação digna de nota consistiu na exigência de comunicação, ao Senado Federal, de decisão que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato governamental, para que aquela Casa do Parlamento suspendesse a execução do dispositivo, conferindo à decisão judicial, por essa via, efeitos *erga omnes*. Esta necessidade de comunicação ao Senado veio a lume no texto da Constituição de 1934 (art. 96, IV) e foi reafirmada na Carta de 1946 (art. 64).

Substancial alteração foi introduzida com o advento da Emenda Constitucional n^o 16, de 26 de novembro de 1965. A partir deste ato, passou-se a adotar, no direito pátrio, o sistema *misto* de controle de constitucionalidade das leis. Isto porque, ao lado do controle difuso, insito a todos os órgãos do Poder Judiciário, poderia o Supremo Tribunal Federal exercer o controle abstrato da constitucionalidade das normas, mediante a *representação de inconstitucionalidade*.

O ordenamento jurídico evoluiu, então, de um modelo estritamente difuso de controle de constitucionalidade para um sistema misto de controle, assim resumido por Moreira Alves:

“Instaurou-se, assim, um sistema misto de controle de constitucionalidade: o difuso, que abrange universo maior, pois

abarca, além de atos judiciais, atos normativos e administrativos, federais, estaduais e municipais; e o concentrado, que abarca somente os atos normativos federais e estaduais” (1992:06).

Este sistema misto foi mantido na Carta de 1967/1969 e continua presente no ordenamento constitucional pátrio, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, que consagrou, de um lado, o controle difuso, extensivo a todos os juizes e tribunais componentes da organização judiciária brasileira (art. 97), estipulando, de outra parte, a modalidade de controle abstrato da constitucionalidade de atos normativos, mediante *ação direta de inconstitucionalidade*, bem como a declaração de *inconstitucionalidade por omissão*, segundo a dicção dos arts. 102, I, a e 103, parágrafo 2^o, da Carta Política³.

Restaram delineados, assim, os fundamentos da jurisdição constitucional, as modalidades de controle e a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil.

Passemos, então, a analisar as noções de princípio constitucional e de princípios tributários, para que possamos fornecer o conceito do princípio da *anterioridade* no direito tributário.

3. Princípios constitucionais tributários – a anterioridade

3.1. A idéia de princípio constitucional

Pode-se afirmar, com o aval da doutrina especializada, que o direito brasileiro consagra um verdadeiro *sistema tributário* a partir da reforma empreendida pela Emenda Constitucional n^o 18/65.

Este sistema, por sua vez, encontra-se inserido num conjunto de regras e princípios ainda mais abrangente: o sistema constitucional.

³ Há de se registrar, ainda, o advento, no direito brasileiro, da *ação direta de constitucionalidade*, criada no bojo da Emenda Constitucional n^o 3/93; o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou – por maioria de votos – acerca da constitucionalidade desta modalidade de ação (muito criticada por boa parcela de doutrinadores); tratava-se da Ação Direta de Constitucionalidade n^o 1/1, em que se discutiu a constitucionalidade do COFINS; prescindimos, aqui, de um exame mais detalhado, pelo fato de o acórdão – que contém a orientação teórica perfilhada pelo Supremo Tribunal – não haver sido publicado, quando da redação deste artigo. Para uma defesa desta ação direta, remetemos ao texto de Gilmar Ferreira Mendes (1994:01-49).

Para que se possa, então, aferir o conteúdo de determinada norma de direito tributário, torna-se necessário proceder à sua confrontação com o texto constitucional. Esta operação de "adequação" pertence, essencialmente, ao terreno do controle de constitucionalidade.

Dai decorre, enfim, a importância do controle constitucional no exame do direito tributário.

O sistema tributário – na condição de subsistema em relação ao arcabouço constitucional – consagra alguns *princípios jurídicos* próprios.

Releva elucidar, dessarte, a noção de princípio constitucional. Para tal fim, seguiremos, nesta parte da argumentação, as sensatas ponderações de Paulo de Barros Carvalho (1991:143-155). Partiremos do pressuposto de que o direito positivo é formado (ao menos para fins de estudo dogmático) por normas jurídicas. De outro lado, não poderemos ignorar o fato de que o direito – segundo Barros Carvalho:

“é um produto cultural e, desse modo, portador de valores, significa dizer, carrega consigo uma porção axiológica que há de ser compreendida pelo sujeito cognoscente [o sentido normativo, indicativo dos fins (telos) que, com ela se pretende alcançar]” (1991:148).

Na linha deste raciocínio, podemos asseverar que os *valores* aludidos no extrato acima reproduzido constituem-se, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr., em “centros significativos que expressam uma *preferibilidade* (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente” (original grifado – 1993:109).

Partindo desta idéia de valor – enquanto *símbolo de preferência* – Barros Carvalho declina o conceito de princípio:

“é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude, influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação de outras regras do sistema positivo” (1991:149).

Para Roque Carrazza,

“princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de

modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam” (1993:27).

Vale notar, a título conclusivo, a feliz expressão cunhada por Gomes Canotilho e Vital Moreira, no sentido de que princípios são “núcleos de condensações, nos quais confluem valores e bens constitucionais” (*apud* Silva, 1990:82).

Definidos – em linhas bastante genéricas – os contornos do que se pode chamar de princípio jurídico, observemos, agora, a definição dos princípios constitucionais inerentes ao direito tributário.

3.2. *Princípios constitucionais tributários. O princípio da anterioridade*

Victor Uckmar situa a importância dos princípios constitucionais para o esclarecimento dos princípios intrínsecos ao sistema tributário, pelo fato de que a previsão constitucional de normas tributárias constitui, sem dúvida, um dos ramos do direito constitucional. Daí a preferência deste autor pela expressão “direito constitucional tributário”, ao invés de “direito tributário constitucional” (1976:06).

No direito brasileiro, dotado de um sistema tributário bastante desenvolvido, no próprio bojo do texto constitucional, proliferam os princípios constitucionais tributários, alguns deles *explícitos*, outros *implícitos* (cf. a distinção efetuada por Barros Carvalho, 1991:146).

Outra diferenciação que se nos apresenta pertinente, efetuada pelo mesmo autor, está assim disposta:

“há princípios que valem para todo o ordenamento e, por via de consequência, se aplicam ao campo tributário; assim como há ‘princípios’ que regem, com foros de especificidade, o desempenho da função impositiva que o Estado exerce mediante o instrumento que chamamos ‘tributo’” (1991:152).

Não pretendemos, nos estritos limites que norteiam o presente estudo, enumerar, de forma exaustiva, todos os princípios constitucionais tributários existentes em nosso ordenamento jurídico. Apenas a título exemplificativo, passamos a elencar alguns destes princípios – sejam eles implícitos ou explícitos, específicos ou genéricos –, observando, aqui, a orientação de Barros Carvalho (1991:143-155) e Coelho (1994:267-334): *legalidade da tributação* (Constituição, art. 150, I); *anterioridade da tributação* (art. 150, III, b);

igualdade ou tratamento isonômico (art. 150, II); *não-confisco* (art. 150, IV); *capacidade contributiva* (art. 145, parágrafo 1º); e *irretroatividade das leis tributárias* (segundo Roque Carrazza [1991:192], trata-se de princípio implícito, contido nos arts. 5º, II, e 150, I, da Carta Magna).

Tratemos, aprofundando um pouco o exame dos princípios constitucionais tributários, do princípio da *anterioridade*, vital para o deslinde do julgamento a ser analisado neste artigo, no item subsequente.

O princípio constitucional tributário da *anterioridade* é *explícito* – porque vem expresso no art. 150, III, *b*, da Constituição – e *específico*, já que diz respeito, tão-somente, ao campo do direito tributário.

Sua exata delimitação é fornecida por Roque Carrazza:

“Mas, que pretende significar a precisada norma constitucional? [do art. 150, III, *b*] Simplesmente, que a lei que cria ou aumenta um tributo – esta é a regra geral –, ao entrar em vigor, fica com sua *eficácia paralisada* até o início do próximo exercício financeiro, quando, aí sim, *incidirá*, ou seja, passará a produzir todos os efeitos, na ordem jurídica” (grifos do original – 1993:116).

O princípio constitucional em comento – da anterioridade – *não se confunde*, em hipótese alguma, com outro princípio, que esteve presente em nosso ordenamento constitucional desde os tempos do Império até a Carta de 1946, tendo sido revogado pela Emenda Constitucional nº 18/65, reabilitado pela Carta de 1967, novamente abandonado pela Emenda nº 1, de 1969, e permanecido ausente da Constituição atual: o princípio da anualidade.

A expressiva maioria dos doutrinadores aponta para a não subsistência do princípio da anualidade em nosso ordenamento constitucional. Muito embora se possa perceber uma certa decepção em relação ao constituinte de 1988, por não ter incluído o princípio em questão, os autores concordam que a anualidade não mais vige em nosso direito positivo (cf. Navarro Coelho, 1994:316-319; Carrazza, 1993:124-125; Barros Carvalho, 1991:153 e Brito Machado, 1991:64).

Em que consiste o traço distintivo entre os dois princípios aqui tratados? Adotamos as palavras de Hugo de Brito Machado:

“Pelo princípio da anualidade, nenhum tributo pode ser cobrado, em cada

exercício, sem que esteja prevista a sua cobrança no respectivo orçamento. Distingue-se, assim, nitidamente, do princípio da anterioridade, pelo qual nenhum tributo será cobrado em cada exercício sem que a lei que o criou, ou aumentou, tenha sido publicada no exercício anterior” (1991:64).

Efetuada a necessária distinção entre os princípios da anterioridade e da anualidade – chegando-se à conclusão de que apenas o primeiro integra o ordenamento jurídico vigente –, vejamos, agora, como o princípio da anterioridade ocupou papel decisivo na evolução do sistema pátrio de controle abstrato da constitucionalidade de atos normativos.

4. *Um exemplo do contole de constitucionalidade no Direito Tributário – o caso IPMF*

4.1. *Relato do caso*

O Congresso Nacional, investido no poder constituinte derivado – na forma preconizada pela Carta Magna – promulgou a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que trazia em seu âmago, dentre outras disposições, a criação de um novo imposto: o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (doravante designado como IPMF).

A cobrança do imposto, contudo, pôde ser iniciada apenas após o advento da Lei Complementar nº 77, de 13 de julho de 1993, que regulamentou as disposições traçadas na citada Emenda Constitucional nº 3/93.

Em seguida, foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, *ação direta de inconstitucionalidade* (ADIn) com o fito de obter-se a pronúncia de inconstitucionalidade das normas que instituíram o mencionado tributo. A decisão proferida nesta ação – autuada sob o nº 939-7-DF – apresenta-se, por todas as peculiaridades a ela inerentes, como um importante marco na evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, revelando-se, ainda, extremamente fecunda para discussões referentes a tópicos fundamentais de nosso sistema jurídico.

Antes de passarmos à síntese dos fundamentos lançados no acórdão (a decisão foi proferida em 15 de dezembro de 1993, e o respectivo acórdão publicado no *Diário da Justiça*, Seção I, de 18 de março de 1994⁴), tratemos de reproduzir os dispositivos impugnados na ADIn, bem como

⁴ As referências às páginas do acórdão, aqui adotadas, respeitam a numeração original estabelecida pela Secretaria do Supremo Tribunal Federal. O

de apresentar os principais pontos em que gravitou a controvérsia.

No que diz respeito ao IPMF, assim dispôs a invocada Emenda Constitucional nº 3/93:

“Art. 2º. A União poderá instituir, nos termos de lei complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

§ 1º. A alíquota do imposto de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

§ 2º. Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o artigo 150, III, “b”, e VI, nem o dispositivo do parágrafo 5º do artigo 153 da Constituição.

§ 3º. O produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo não se encontra sujeito a qualquer modalidade de repartição com outra entidade federada.

§ 4º. Do produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo serão destinados vinte por cento para custeio de programas de habitação popular” (grifamos o parágrafo 2º, dispositivo relevante para os fins do presente estudo).

A questão de fundo veiculada no bojo da ação envolvia três aspectos principais, todos relacionados ao parágrafo 2º, do art. 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93, a saber: 1) a possibilidade de o IPMF não se sujeitar à imunidade recíproca entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de que trata o art. 150, VI, a, da Constituição; 2) a não-aplicabilidade, ao imposto em tela, do princípio constitucional da anterioridade, exteriorizado no art. 150, III, b, da Carta Política; e 3) a não-extensão, ao IPMF, das imunidades previstas nas alíneas b e d, do inciso VI do citado art. 150 da Constituição.

O processamento da ação seguiu o curso normal, tendo sido, inclusive, deferida medida cautelar, para que fossem suspensos os efeitos do art. 2º e seus parágrafos da Emenda Constitucional nº 3/93 (p. 164).

Prestaram informações nos autos do processo: o Exmº Sr. Presidente do Senado Federal

acórdão em comento está arquivado no Ementário nº 1.737-02, e inicia-se na página 160, findando na página 311.

(manifestação reproduzida às pp. 173-174 do acórdão), o Exmº Sr. Presidente da Câmara dos Deputados (pp. 174-177) e o Exmº Sr. Presidente da República (pp. 178-182).

Manifestou-se, ainda, pela improcedência da ação, o Exmº Advogado-Geral da União (pp. 183-237).

A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer (pp. 163-172) opinando pela parcial procedência da ação, “declarando-se a inconstitucionalidade apenas da referência ao inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, contida no parágrafo 2º do art. 2º da Emenda Constitucional nº 3/93, e do inciso I do art. 8º da Lei Complementar nº 77/93” (p. 172).

Elucidemos, de início, as posições principais adotadas majoritariamente pela Suprema Corte, no que atine às polêmicas questões meritorias envolvidas na discussão, para, após a descrição de cada um dos três itens da decisão, passar a tecer algumas considerações acerca do resultado do julgamento.

Registre-se, de início, que a petição inicial (objeto de críticas por vários dos Ministros do Supremo Tribunal) indicava, sem maior rigor na fundamentação, a violação de inúmeros preceitos constantes do direito tributário, além dos três principais itens acima declinados.

Estas alegações genéricas, contudo, foram rejeitadas por expressiva maioria entre os membros do Pretório Excelso, que entenderam não-violados os princípios “da anualidade (não restaurado pela Constituição), da segurança jurídica ou da não surpresa, da não vinculação de receitas, do equilíbrio orçamentário, da propriedade, da vedação ao confisco, da isonomia e da vedação à discriminação tributária arbitrária, da capacidade contributiva, da tipicidade da tributação, do direito à vida privada, do *due process of law*, da irredutibilidade do salário ou de vencimentos” (voto do Relator – pp. 237-238), bem como da bitributação e da não-cumulatividade. O único voto dissonante – quanto às matérias acima declinadas – partiu do Ministro Marco Aurélio, que entendia ser o IPMF contrário aos princípios da não-cumulatividade, da capacidade contributiva e da vedação à bitributação (cf. voto proferido, nestes itens, nas pp. 263-267).

Superadas estas questões, restaram, como já dito, para apreciação do Plenário do Supremo Tribunal, as alegações de vulneração aos princípios: (I) da *imunidade recíproca* entre a

União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, (II) da *anterioridade* e (III) das *imunidades* previstas nas alíneas *b* e *d*, do inciso VI do art. 150 da Constituição. Isto porque a Emenda Constitucional nº 3/93, em seu art. 2º, parágrafo 2º, afastou, quanto ao IPMF, a incidência dos princípios acima elencados.

Em torno destas matérias aprofundou-se o debate quanto à constitucionalidade das normas que criaram o IPMF; analisemos, então, os fundamentos da controvérsia.

4.2. Pacto federativo. Imunidade recíproca

O Relator do feito – Ministro Sydney Sanches – salientou, quanto ao primeiro item, que a possibilidade de afastamento, para cobrança do IPMF, do princípio da imunidade recíproca, em favor da União, esbarra no seguinte óbice:

“no que concerne à alteração, por Emenda Constitucional, do disposto na alínea *a* do mesmo inciso VI [do artigo 150], tenho-a por não permitida pelo inciso I do parágrafo 4º do art. 60 da Constituição Federal, que veda proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado” (pp. 240-241).

Aos fundamentos acima reproduzidos seguem alentadas citações doutrinárias, em que figuram autores como Paulo de Barros Carvalho, João Barbalho, Francisco Campos, Aliomar Baleeiro, Sacha Calmon Navarro Coelho, Geraldo Ataliba e Celso Ribeiro Bastos (pp. 241-248).

É de se ressaltar, neste ponto, que a decisão do Pretório Excelso foi unânime, no que toca à inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93, na parte em que objetivou afastar a aplicação do princípio da imunidade recíproca, tendo em vista a manifesta proibição – prevista na Carta Magna (art. 60, parágrafo 4º, I) – de emenda constitucional que venha abolir a forma federativa de Estado.

Afigura-se-nos indiscutivelmente correta a decisão do Supremo Tribunal, neste tópico. Ora, o princípio federativo representa uma das mais arraigadas concepções que se pode extrair da Carta Política de 1988. Sua relevância não pode ser diminuída. Nas expressivas palavras de Geraldo Ataliba:

“o princípio federal, em suas mais essenciais exigências, só pode ser revogado por força de uma verdadeira revolução, que deite por terra o Texto Constitucional e ab-roque categorica-

mente todo o sistema, a partir de suas bases. Só avassaladora revolução popular pode anular o princípio federal” (*apud* Carazza, 1993:88).

Pode parecer, *prima facie*, algo exacerbada a interpretação aqui defendida, no sentido de que o mero afastamento, para um único tributo, do princípio constitucional da imunidade recíproca, pode conduzir à abolição da forma federativa de Estado.

Ocorre, porém, que um minucioso estudo das origens deste princípio elucidará a preocupação – acertada – revelada pelos componentes do Supremo Tribunal, no que concerne à forma de federação.

Ainda nos primórdios do sistema do *judicial review* nos Estados Unidos da América, eclodiu, em 1819, uma disputa judicial entre a União e o Estado de Maryland – o caso *McCulloch vs. Maryland*. A Suprema Corte declarou a constitucionalidade de uma lei federal, que havia criado o Banco dos Estados Unidos, pronunciando, ainda, a inconstitucionalidade da lei estadual que autorizava o Estado de Maryland a incidir tributos sobre o Banco Federal. O precedente – redigido pelo *Justice Marshall*, autor da sentença no caso *Marbury vs. Madison* – acabou por estabelecer o princípio da imunidade recíproca, que passou a ser analisado como um mecanismo de proteção mútua da União, dos Estados e – no direito brasileiro – dos Municípios.

Por ocasião do julgamento deste caso, o juiz *Marshall* pronunciou a conhecida assertiva: “the power to tax involves the power to destroy” (vide Coelho, 1992:82).

Com tais considerações, temos que o Supremo Tribunal decidiu com acerto a questão referente à imunidade recíproca, em face do que dispõe o art. 60, parágrafo 4º, inciso I, da Constituição Federal.

4.3. Princípio da anterioridade. Garantia constitucional

A discussão torna-se mais delicada quanto à declaração de inconstitucionalidade de preceitos da Emenda Constitucional nº 3/93, no que diz respeito ao princípio da *anterioridade* (cuja incidência foi afastada, em relação ao IPMF, pelo Congresso Nacional).

Eis o fundamento utilizado pelo Supremo Tribunal, sintetizado no erudito voto do Ministro Celso de Mello:

“tenho enfatizado a importância de que o exercício do poder tributário, pelo Estado, submeta-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional, que institui, em favor dos contribuintes, decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes.

(...) O princípio da anterioridade da lei tributária, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos direitos fundamentais mais relevantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes.

(...) As exceções a esse princípio foram estabelecidas, portanto, pelo próprio poder constituinte originário, que não sofre, em função da própria natureza dessa magna prerrogativa estatal, as limitações materiais e tampouco as restrições jurídicas impostas ao poder reformador.

(...) A reconhecer-se como legítimo o procedimento da União Federal de ampliar, a cada vez, pelo exercício concreto do poder de reforma da Carta Política, as hipóteses derogatórias dessa fundamental garantia tributária, chegar-se-á, em algum momento, ao ponto de nulificá-la inteiramente, suprimindo, por completo, essa importante conquista jurídica que integra, como um dos seus elementos mais relevantes, o próprio estatuto constitucional dos contribuintes” (grifos do original – pp. 281-284).

Entende-se, mais uma vez, que a inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93 foi corretamente pronunciada.

A norma constante do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Carta Política, veda a deliberação de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais. Como bem remarcaram os Ministros do Supremo Tribunal, estes direitos e garantias individuais não se limitam, *numerus clausus*, àqueles enumerados nos arts. 5º e 7º da Constituição, por exemplo (cf. os votos lançados pelos Ministros Relator [pp. 238-240], Ilmar Galvão [p. 257], Marco Aurélio [pp. 260-261], Carlos Velloso [274-276] e Néri da Silveira [p. 304]).

Podem estes direitos estar disseminados ao longo do texto constitucional. É exatamente o que ocorre quanto à anterioridade, em matéria tributária. Cuida-se, indubitavelmente, de

garantia individual concedida – mediante opção consciente do constituinte – aos contribuintes em geral. É o que se infere da interpretação sistemática dos arts. 5º, parágrafo 2º, 60, parágrafo 4º, IV, e 150, III, b, da Carta Política.

Releva observar, aqui, a lição de Roque Carrazza, consentânea, em termos gerais, com a decisão majoritária tomada pelo Supremo Tribunal:

“O contribuinte tem o direito constitucional subjetivo de ver acatado, pelas pessoas tributantes, o princípio da anterioridade. Este direito só pode desaparecer naqueles casos taxativos em que o próprio Texto Magno permite que o tributo incida sobre fatos ocorridos no mesmo exercício em que ele foi criado ou aumentado” (1993:124).

É curioso notar que, após tão sensata argumentação, o autor invocado assinala ser possível a ab-rogação do princípio pelo poder constituinte derivado, “com amparo em cogitações políticas de feição subjetivo” (id.). A assertiva é paradoxal, na medida em que o texto constitucional veda expressamente a emenda constitucional que tenha por objeto a abolição de direitos e garantias individuais. O próprio Carrazza afirmara, no excerto acima reproduzido, que as exceções ao princípio estavam contidas no bojo da Constituição.

Neste contexto, surge cristalina a inconstitucionalidade do preceito. Correta e louvável, neste particular, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal.

4.4. Imunidades. Ampliação dos limites do controle constitucional

Resta apreciar, em último lugar, a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93, quando suprimiu as imunidades previstas no art. 150, VI, b, c e d, da Carta Magna, no que atine ao IPMF.

A *ratio decidendi* desta deliberação plenária do Supremo Tribunal pode ser inferida do seguinte trecho, pinçado do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

“ainda que não se trate tecnicamente de direitos e garantias individuais, as imunidades ali outorgadas, na alínea b (...) na letra c (...) e, na letra d, (...) constituem, todas elas, instrumentos de salvaguarda fundamentais de princípios, liberdades e direitos básicos da Constituição, como

liberdade religiosa, de manifestação do pensamento, pluralismo político do regime, a liberdade sindical, a solidariedade social, o direito à educação, e assim por diante” (p. 255).

Decidiu a Corte Suprema, em resumo, que o art. 2º, parágrafo 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93 é inconstitucional, na parte em que deixa de considerar, na cobrança do IPMF, as imunidades estipuladas nas alíneas *b*, *c* e *d*, do inciso VI do art. 150 da Carta Política; segundo os fundamentos do voto prevalente, as imunidades em questão constituem direitos e garantias fundamentais, insuscetíveis de supressão através de Emenda Constitucional.

Temos – sopesando respeitáveis e sólidos argumentos em sentido contrário – que a decisão do Supremo Tribunal, neste item, extrapolou os limites da jurisdição constitucional.

A doutrina – especialmente oriunda da Alemanha – aceita, nos países em que se pratica o controle abstrato de constitucionalidade, que as normas emitidas pelo poder constituinte derivado sofram a incidência do controle constitucional, em face dos princípios inculcados pelo constituinte originário. O Tribunal Constitucional alemão já teve a oportunidade de registrar tal entendimento (cf. Mendes, 1990:95-113). Registre-se, desde logo, que a atuação do Supremo Tribunal Federal, no caso em discussão, possui expressiva importância histórica, na medida em que efetua, com rigor, o controle de constitucionalidade sobre normas ditadas pelo poder constituinte derivado, preservando, dessa forma, os postulados últimos da jurisdição constitucional e da supremacia da Constituição. Deve restar claro, portanto, que a nossa discordância, neste tópico, não se volta contra o fato de o controle ter ocorrido sobre normas previstas em emenda constitucional; na verdade, dissentimos, apenas, dos *limites* empregados para a noção de direitos individuais, aplicado às imunidades tributárias estipuladas nas alíneas *b* a *d* do inciso VI do art. 150 da Constituição.

Entendemos que esse tipo de controle – efetuado em normas dispostas por emenda constitucional –, exatamente pelo fato de operar-se junto ao poder constituinte derivado, há que ser exercitado *cum grano salis*.

Na hipótese em tela, não parece clara – e, portanto, indene de dúvidas – a inferência segundo a qual as imunidades previstas nas citadas alíneas *b* a *d*, do inciso VI do art. 150 da Constituição, constituem direitos e garantias

individuais, ainda que de modo indireto.

Em que pese à relevância dos valores jurídicos ali tutelados – tão claramente expostos no trecho invocado *supra* –, não se pode concluir que a matéria não seja passível de deliberação pelo poder constituinte derivado.

A hipótese não se insere em nenhuma das disposições elencadas no art. 60 parágrafo 4º da Constituição.

Não se revela recomendável, neste contexto, a exacerbação do exercício da jurisdição constitucional, sob o risco de que, sob o manto de uma pretensa interpretação garantidora da integridade do texto constitucional, terminemos por chancelar interpretação distante dos objetivos e princípios maiores inseridos na Carta Magna (vide Canotilho, 1994b).

Sensatas, em nosso ponto de vista, as ponderações lançadas pelo Ministro Octavio Gallotti:

“Considero que uma aplicação exacerbada dessa garantia tende a contrariar aquilo que é, precisamente, a finalidade do dispositivo, ou seja, a estabilidade da Constituição, estimulando, ao invés, a sua ruptura integral” (p. 310).

5. Considerações finais

Como já apontado, o presente estudo tem por objetivo a análise da declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade de dispositivos – oriundos da Emenda Constitucional nº 3/93 – que versavam sobre a cobrança do IPMF.

É hora, portanto, de resgatar as principais conclusões enunciadas ao longo do texto.

1. A idéia de *jurisdição constitucional* é uma das pedras de toque do constitucionalismo moderno, estando presente na grande maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental.

A jurisdição constitucional oferece uma variada gama de procedimentos destinados a efetuar o controle judicial da constitucionalidade dos atos normativos, e exige a presença, na esfera do direito constitucional de cada país, de um *sistema de controle de constitucionalidade das normas*.

Este controle, por sua vez, pode ser operacionalizado através de diversas modalidades, que costumam ser agrupadas de forma bipartite: controle *difuso* e controle *abstrato* de constitucionalidade, existindo substanciais diferenças entre tais tipos de controle.

O direito brasileiro adota um *sistema misto* de controle judicial de constitucionalidade das leis; até a Emenda Constitucional nº 16/65 o direito pátrio contava com o modelo difuso; a partir de então, passou a abrigar as duas formas de controle constitucional, difuso e abstrato.

2. A noção de *princípio constitucional*, cara aos sistemas jurídicos modernos ocidentais, encontra ampla aplicação no direito constitucional pátrio.

Em consequência, o direito tributário – que constitui um subsistema inserido no arcabouço constitucional – possui seus princípios particulares: são os chamados *princípios constitucionais tributários*. Estes, por sua vez, devem compatibilizar-se com os mais elevados princípios constitucionais, considerados, na lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, como “núcleos de condensações, nos quais confluem valores e bens constitucionais”.

Nesta linha de raciocínio, o princípio da *anterioridade*, expresso no direito constitucional tributário brasileiro, difere do princípio da *anualidade*, que não mais vigora em nosso ordenamento.

3. O resultado do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da *ação direta de inconstitucionalidade* que impugnava alguns dos preceitos da legislação que criou o IPMF, pode ser considerado um marco histórico na evolução do controle constitucional, pois, nesta oportunidade, a Suprema Corte decretou a *inconstitucionalidade* de alguns dispositivos trazidos em *emenda constitucional*. Com tal decisão, restou solidificada a idéia de jurisdição constitucional, que comporta a análise da constitucionalidade de dispositivos promulgados pelo poder constituinte derivado.

No que diz respeito ao mérito da decisão, o Supremo Tribunal Federal preservou, com inegável acerto, as prerrogativas constitucionais últimas do *pacto federativo* e dos *direitos e garantias individuais*, simbolizados, no terreno do direito tributário, pelos princípios da *imunidade recíproca* e da *anterioridade*.

De outra parte, temos que o acórdão em comento extrapolou os limites da jurisdição constitucional, ao decidir pela inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93, na parte em que suprimia, da cobrança do IPMF, as imunidades previstas no art. 150, inciso VI, alíneas *b* a *d*, da Constituição Federal.

Bibliografia

- BUZAD, Alfredo. “Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro”. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, setembro/outubro de 1958. Nº 179.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Externalização ou Internalização da ‘Justiça’ Constitucional – Introversão ou Extroversão da Legitimidade Processual Constitucional”. Texto inédito. Maio de 1994 (a).
- _____. “Dizer a Norma nas Questões de Trabalho”. Conferência proferida em Porto Alegre, maio de 1994 (b).
- CAPPELETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. (trad. de Aroldo Plínio Gonçalves).
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- CARVALHO, Paulo de Barros. “Sobre os Princípios Constitucionais Tributários”. In: *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: RT, 1991. Nº 55.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- _____. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. “O Apelo ao Legislador – *Appellentscheidung* – na Práxis da Corte Constitucional Alemã”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho de 1992. Nº 188.
- _____. “A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei – *Unvereinbarkeitserklärung* – na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã”. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília: Ministério da Justiça, janeiro/junho de 1993. Nº 181.
- _____. “A Ação Declaratória de Constitucionalidade: a Inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993”. Texto inédito. 1993.

- MOREIRA ALVES, José Carlos. "A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil". In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- RE, Edward D. "Stare Decisis". In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Síntese, maio de 1994. Nº 198 (trad. de Ellen Gracie Northfleet).
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. "O Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos – Direito Processual Constitucional". In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, novembro de 1990. Nº 661.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed., São Paulo: RT, 1990.
- UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: RT, 1976. (trad. de Marco Aurélio Greco).

Pode o município tributar imóvel público estadual que, em razão de permissão de uso, esteja sendo explorado por sociedade de economia mista federal?

MARCELO DA FONSECA GUERREIRO

Recentemente fomos questionados acerca da possibilidade de o Município tributar imóvel estadual (através de IPTU) que, em razão de permissão de uso, esteja sendo explorado por sociedade de economia mista federal.

Aqui, nestas breves linhas, exporemos nossa *opinião*.

Como é sabido, a permissão de uso é ato administrativo negocial, unilateral, discricionário e precário, por intermédio do qual a administração pública faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Com efeito, na permissão de uso, o permissionário tem a posse direta do bem, enquanto que a administração tem a posse indireta do bem.

Por outro lado, cabe destacar que a Constituição de 1988, na esteira das anteriores, outorga aos Municípios competência para criarem imposto sobre "propriedade predial e territorial urbana" (art. 156, n^o I).

O fato gerador do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município (CTN, art. 32).

Demais disso, impende destacar que, segundo o Código Civil, diferem os conceitos de propriedade, domínio útil e posse.

O conceito de propriedade é mais amplo do que o de posse. Este último é "o exercício de fato dos poderes constitutivos do domínio ou propriedade, ou de algum deles somente, como no caso de direito real sobre propriedade alheia". E a posse se divide em direta ou indireta. Direta para quem detém materialmente a coisa, é indireta para o proprietário que a cedeu a outrem. É que as faculdades da propriedade podem estar atribuídas a pessoas diversas, como no caso da locação ou do usufruto.

Marcelo Da Fonseca Guerreiro é Advogado da Petrobrás Distribuidora S.A., Professor de Direito Constitucional da Faculdade Moraes Junior - RJ

Assim, pode haver posse (autônoma) sem propriedade; a rigor só é proprietário de imóvel (o que supõe o uso, o gozo e a disposição do bem, à luz do art. 524 do CC), no Brasil, quem adquiriu por transcrição de título translativo na circunscrição imobiliária competente ou por acessão (CC, art. 536) ou por usucapião (CC, arts. 550 e ss).

O domínio útil (expressão considerada pelos civilistas sem qualquer rigor científico) do enfiteuta opõe-se ao domínio direto (do proprietário). O titular do domínio útil é necessariamente o não-proprietário na enfiteuse.

Outrossim, aduz-se que não é qualquer posse que o CTN deseja ver tributada. É de mister que se trate de pessoa *ad usucapionem*. Dito de outro modo, é indispensável que se trate de posse que, por suas características, possa conduzir à propriedade.

Ao analisar o IPTU, o ilustre magistrado Sacha Calmon esclarece que:

“Não é qualquer posse que deseja ver tributada. Não a posse direta do locatário, do comandatário, do arrendatário de terreno, do administrador de bem de terceiro, do usuário ou habitador (uso e habitação), ou do possuidor clandestino ou precário (posse nova) etc. A posse prevista no Código Tributário Nacional, como tributável, é a de pessoa que *já é ou pode vir a ser* proprietário da coisa. O Código Civil, independentemente de algumas disposições em contrário, tomou partido claro ao lado de Ihering contra Savigny, na querela sobre natureza jurídica da posse. Embora em certas passagens adote as intuições de Savigny, *vê na posse a externalização da propriedade*. E só quando a posse exterioriza a propriedade é possível torná-la como núcleo do fato jurígeno criador da obrigação tributária do IPTU.” (In *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*, 6ª ed., Forense, p. 252). (Grifos do original).

Dessarte, vê-se, desde logo, que a exigência de IPTU da permissionária de imóvel público estadual é ilegítima, dado que a mesma é detentora de mera posse direta. Não é detentora de posse *ad usucapionem*. Aliás, jamais poderia ter este tipo de posse sobre bem público, face à previsão constitucional de imprescritibilidade dos bens públicos.

Nesse diapasão, esclarece Hely Lopes Meirelles:

“A imprescritibilidade dos bens públicos decorre como consequência lógica de sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre eles. É princípio jurídico, de aceitação universal, que não há direito em desconformidade com o Direito.” (In *Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed., Malheiros Editores, 1994, p. 452.)

Ademais, é inolvidável que o IPTU não pode incidir sobre imóveis do Município, do Estado e da União Federal, diante da imunidade recíproca ou inter-governamental, insculpida no art. 150, nº VI, *a*, da *Lex Legum*.

E doutrina Paulo de Barros Carvalho:

“A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios. Na verdade, encerraria imensa contradição imaginar o princípio da paridade jurídica daquelas entidades e, simultaneamente, conceder pudessem elas exercer suas competências impositivas sobre o patrimônio, a renda e os serviços, umas com relação às outras.” (In *Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 1993, p. 120.)

Seguindo a linha de entendimento aqui exposta, já decidiu o STJ, em acórdão, assim ementado:

“Tributário – IPTU – Propriedade Municipal – Comodato – Ilegalidade da Exigência – CTN, art. 32 – Código Civil, artigos 524, 1248 e seguintes. 1. O IPTU tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil, não abrangendo a posse exercida pelo comodatário, em cujas obrigações, no caso concreto, não se inclui a exigência fiscal questionada, ainda porque o imóvel é do patrimônio do Município, que, por evidente, está imune de pagar imposto da sua competência tributária. 2. Recurso improvido.” (Ac. in 1ª T. do STJ – RE p. 46.434 – O – MG – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – j. 26.10.94 – Recte.: Município de Ipatinga; Recdo.:

Clube de Cavalo do Aço – DJU 1, 21.11.94, pp. 31.717/8 – ementa oficial.)

Do voto do Relator do acórdão supramencionado, destacamos o seguinte precedente da Corte:

“IPTU – Imunidade Tributária – Imóvel locado. A posse tributável é a que exterioriza o domínio, não aquela exercida pelo locatário ou pelo comodatário, meros titulares de direitos pessoais limitados em relação à coisa. Gozando a proprietária do imóvel de imunidade tributária não se pode transferir ao locatário a responsabilidade do pagamento do IPTU. Recurso improvido.” (Resp. 40.240-9 – SP – DJU de 21.2.94.)

Trazemos à baila, também, acórdão do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, assim ementado:

“IPTU – CONTRIBUINTE – LOCATÁRIO – INADMISSIBILIDADE; IMPUGNAÇÃO – ILEGITIMIDADE ATIVA.

Ao tratar do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana dispôs o Código Tributário Nacional, em seu artigo 34, que contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título. Embora tenha o locatário a posse direta do bem, não pode ele, entretanto, ser considerado contribuinte desse imposto. Nesse sentido, aliás, é a lição de Ives Gandra da Silva Martins e Aires Fernandino Barreto, segundo a qual quando o Código Tributário Nacional fala em possuidor a qualquer título, entendemos que a expressão volta-se apenas para as situações em que há posse *ad usucapionem*, vale dizer, posse que

pode conduzir à propriedade. Assim, não se pode pretender que o locatário seja contribuinte do imposto. Igualmente o comodatário, ou outras pessoas, cuja posse, por suas características, não pode, em si mesma, conduzir à propriedade (*Manual do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*, p.107, Revista dos Tribunais, 1985). Em consequência, bem andou o magistrado em reconhecer a falta de *legitimatío ad causam* do apelante para a propositura da presente ação, sendo irrelevante a convenção entre locador e locatário, atribuindo a este a responsabilidade pelo pagamento dos impostos incidentes sobre o imóvel.” (Ac. un. da 2ª C. do 1º TAC SP – AC. 519.538-8 – Rel. Juiz Fernando Pupo – j 3.2.93 – Apte.: Adel Yossef Aboud Arabi; Apda.: Prefeitura Municipal de Santo André – ementa IOB, por transcrição parcial.)

Assim, a ilação resultante é a de que a exigência de IPTU de permissionária de uso de imóvel público estadual descure o art. 150, VI, *a*, da *Lex Mater* e o art. 32 do CTN.

Bibliografia

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 1993.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

Da razão prescricional na transposição de regime de trabalho

CARLOS ROBERTO PELLEGRINO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Da transposição de regime de trabalho. 3. Transmutação do vínculo laboral. 4. Do termo da prescrição.

1. Introdução

Não sendo fim em si mesmo, a prescrição é meio para se atingir a estabilidade das relações jurídicas em virtude do decurso do tempo.

Este instituto, como salienta o lúcido Antônio Alvares da Silva (*Prescrição Trabalhista na Nova Constituição*, Ed. Aide, Rio, 1990), traz no seu conteúdo a contradição axiológica, porquanto, na variedade, pode-se atingir a unidade. É assim é porque

“A perda do direito, na prescrição extintiva, e a aquisição, na prescrição aquisitiva, ambas importando no desfalque de direitos de um titular pelo simples decurso do tempo, são acolhidas pelos ordenamentos jurídicos em nome da estabilidade das relações jurídicas, valor que preponderou sobre a manutenção do direito ao titular inerte por tempo indefinido” (op. cit., p. 103).

É relevante o ensinamento de Alfredo Buzaid no que concerne à evidenciação do que poderíamos chamar de *substrato filosófico da prescrição*.

“O fundamento da prescrição não é um castigo imposto ao titular do direito pela sua incúria, e sim a necessidade social de fazer cessar a incerteza dos direitos, consolidando pelo mero decurso do tempo e reconhecendo caráter jurídico a um estado de fato inicialmente contrário ao direito. A prescrição opera assim

Carlos Roberto Pellegrino é “Docteur d’Etat”, pela França, Professor Titular da UnB e Advogado em Brasília.

uma mudança de um estado de fato inicialmente contrário ao direito em um estado jurídico, subsistente e consolidado, não mais impugnável. Na prescrição, porém, não há antinomia entre o conceito puro de justiça e a idéia de segurança do direito. Muitas vezes, não sendo possível estabelecer o que é justo, deve ao menos ser possível fixar o que ficará sendo o direito. A positividade do direito vem a ser assim, ela própria, um pressuposto de sua certeza. Por isso a paz e a segurança são os primeiros benefícios que o direito deve proporcionar-nos. Ora, a segurança social exige que se consolidem, com o decurso do tempo, fatos contrários ao direito. Destruí-los seria lançar a perturbação na vida social, ou já tem neles elementos de vida, de que se não pode despojar sem dilaceração". (*A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1986, p. 274).

A prescrição constitui-se, portanto visto, num instrumento de acomodação social, e cuja regulamentação, nos vários ramos do Direito positivo, importa em definições seguras de política jurídica em estreita relação com o conteúdo de cada uma dessas disciplinas.

No que respeita ao domínio específico do Direito do Trabalho a atenção que se empresta ao instituto da prescrição aflora com ainda maior intensidade, porque da relação jurídica laboral resulta, para muitos, questão da própria subsistência. Havemos também de considerar o fato de que, em razão do afloramento de conflitos de interesses de natureza política, os mais diversos e de características as mais complexas, faz com que o argumento da estabilidade e certeza das relações jurídicas sofra abalos quando comparado com o direito do empregado a receber o salário.

Sem embargo da razão primeira do instituto da prescrição ser, como salientado por Buzaid, a estabilidade das relações sociais, a questão moral com relação a esse instituto assume proporções drásticas, tendo-se em vista a sua natureza alimentar e o locupletamento do empregador através do único bem que o empregado dispõe, ou seja, a sua própria força de trabalho. Admitir que sem restrições incida a prescrição sobre o único meio que o empregado tem para sobreviver é o mesmo que condená-lo a privações de ordem existencial. Sempre com razão, Antônio Alvares da Silva, tomando essa hipótese, ainda que extremada, mostra-se

de certo modo pessimista. A seu juízo "torna-se desta forma difícil crer na promessa constitucional de fundamentar nos 'valores sociais do trabalho' a República Federativa do Brasil" (op. cit., p. 104).

Não há dúvida que, por outro lado, a insegurança e a indeterminação de relações jurídicas podem causar profundos transtornos na vida empresarial, bloqueando a livre iniciativa, que também é preceito constitucional.

A sobrecarga do Judiciário, o problema da dificuldade de provas em relação a fatos distantes, os abusos e má-fé que daqui poderiam surgir levam à compreensão da necessidade de um ponto de equilíbrio que se interponha entre a imprescritibilidade absoluta e a prescritibilidade a certo prazo, como é a orientação do direito moderno dada a mobilidade e a constante transformação das normas estabelecidas por esta via.

2. Da transposição de regime de trabalho

A indagação tópica com a qual agora temos de nos ocupar, mas sempre na perspectiva da incidência da prescrição, cuida da análise dos traços característicos que nos levam à convicção sobre a continuidade do vínculo obrigacional, que se mantém entre a administração pública e os seus funcionários que, admitidos ainda sob a égide do regime celetista, tiveram sua situação funcional transmutada para a condição de estatutários, alcançados, que foram, pela Lei nº 8.112, de 12 de dezembro de 1990.

Na perspectiva de que venham a ser definitivamente entendidos os critérios e as razões importantes sobre a incidência do lapso temporal da prescrição nessa sorte de relação jurídica, importa no exame preliminar dos elementos que estimo pertinentes para a elucidação da matéria.

Com esteio em Enneccerus/Kipp/Wolff, chamamos "relação jurídica" "a una relación de la vida ordenada por el derecho objetivo, y que consiste en una dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)" (*Derecho Civil*, Ed. Bosch, Tomo 1 - 1ª, Barcelona, 1947, p. 285).

Comporta ainda lembrar Hans Nawiasky, para quem

"el hecho de expresar la norma jurídica una vinculación del destinatario revela la existencia de una relación entre éste y aquélla, que se puede denominar relación jurídica (Rechtsverhältnis)" - *Teoría General del Derecho*, Ed. Rialp, S.A., Madrid, 1962, p. 215.

Emilio Betti não é menos incisivo ao definir a relação jurídica como “una relación que el Derecho objetivo establece entre persona y persona, al atribuir á una un poder y imponer a la otra un vínculo correlativo”, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s/d, p.9.

Constituída, portanto, a relação jurídica pela reunião de dois sujeitos, concernidos na disposição conseqüente de direitos e obrigações contrapostos, seus feitos se projetam até que ocorra um outro ato jurídico que o desconstitua. Tudo o quanto houver intermediariamente repercute apenas na característica da conservação ou da modificação do vínculo.

Mas tanto um quanto o outro, ou seja, tanto em havendo a conservação, quanto a modificação, ainda assim a relação jurídica se mantém com força plena, visto que a primeira confirma e a segunda tão-somente altera-lhe o conteúdo, sendo-lhe, no entanto, preservada a existência.

Na consideração de ordem prática, esse esquema tem a ver com o empregado (relação celetista) que passou a funcionário público (relação estatutária), na medida em que, se houve desconstituição da relação de trabalho, o desaparecimento do vínculo que existia provoca, *ipso facto*, o desaparecimento de toda responsabilidade obrigacional até então existente.

3. Transmutação do vínculo laboral

Não foi isso que ocorreu, quando do advento da Lei nº 8.112/90, com relação aos “empregados” até então regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Muito ao contrário; “respeitou-se o tempo de serviço, o direito ao gozo de férias, a posição funcional, com a respectiva remuneração diferenciada”.

Parece-nos de bom alvitre a seguinte precisão de ordem hermenêutica: a consignação pela lei da expressão extinção do contrato não basta, por si só, para comportar qualquer enleamento conseqüente, entre o peso vocabular e a realidade técnico-jurídica desse modo de extinção do vínculo laboral. E é precisamente sobre essa distonia que trataremos.

Em manifestação de voto, no Resp. nº 33.700-1-CE (93.0009022-4- Ac. 6ª T., 28.6.93, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, do Eg. Superior Tribunal de Justiça, externou com argúcia:

“*Data venia*, não comungo do entendimento de a Lei nº 8.112/90 haver operado despedida sem justa causa. Este instituto desconstitui a relação jurídica.”

E prossegue o insigne magistrado, dos mais doutos publicistas:

“O referido diploma legal evidencia que isso não aconteceu. Ao contrário, todos os direitos do então empregado foram projetados no novo status. Tanto assim, respeitado o tempo de serviço, o direito ao gozo de férias, a posição funcional, com a respectiva remuneração diferenciada.

Ocorreu, isso sim, modificação da relação jurídica. Conservaram-se sujeito ativo e sujeito passivo. O ato (contrato de trabalho) aceito como fato estatutariamente relevante.

A única alteração foi esta: o vínculo passou (atenção, não começou) de celetista a estatutário. Os direitos da primeira fase, diga-se assim, foram transpostos para a segunda.”

Ainda em outras oportunidades aquela Corte Superior, sem discrepância de entendimento, julgou no mesmo sentido, como indicam as ementas:

PROCESSUAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CONVERSÃO DO REGIMENTO CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO. LIBERAÇÃO DAS QUANTIAS VINCULADAS AO FGTS. IMPOSSIBILIDADE, POR CONSTITUIR MOTIVAÇÃO DIVERSA DAQUELA DEFINIDA EM LEI. A CONVERSÃO DO REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO DE CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO, POR NÃO RESULTAR EM RESCISÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO, E NEM SE EQUIPARAR A DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA, NÃO VINCULADAS AO FGTS.

A LEI DE REGÊNCIA (LEI Nº 8.036, DE 11 DE MAIO DE 1990) ENUNCIA, DE FORMA PRECISA E TAXATIVA, OS CASOS EM QUE ESSAS QUANTIAS PODEM SER MOVIMENTADAS PELO EMPREGADO, E, DENTRE ESTES, NÃO INCLUI AQUELE PERTINENTE À TRANSFORMAÇÃO DO REGIME JURÍDICO. O SAQUE DO SALDO DA CONTA VINCULADA AO FGTS É EXPRESSAMENTE VEDADO, POR LEI, SOB PRETEXTO DA CONVERSÃO DO REGIME JURÍDICO (LEI Nº 8.162/91, ARTIGO 6º, § 1º) A MUDANÇA DO REGIME, NO SISTEMA JURÍDICO VIGENTE, NÃO SE

EQUIPARA, POR NÃO TER QUALQUER ASPECTO DE IDENTIDADE, À DESPEDIDA SEM "JUSTA CAUSA", POIS, DESTA, DECORRE A CESSAÇÃO DEFINITIVA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO (COM A SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DE SALÁRIOS E INTERRUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR), DIFERENTEMENTE DAQUELA (CONVERSÃO DO REGIME) EM QUE NÃO HÁ QUEBRA DO VÍNCULO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E O SERVIDOR, SUBSTITUINDO OS DEVERES RECÍPROCOS, INCLUSIVE OS DA ASSIDUIDADE, SUBORDINAÇÃO E REMUNERAÇÃO.

INEXISTINDO LEI PREEXISTENTE QUE ATRIBUÍSSE DIREITO AOS CELETISTAS, COM A SIMPLES ALTERAÇÃO DE SUA SITUAÇÃO FUNCIONAL, DE EFETUAR O SAQUE DA CONTA DO FGTS, INOCORRE, NA HIPÓTESE, DIREITO ADQUIRIDO. EMBARGOS RECEBIDOS. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS".

(ERESP Nº 963/93-CE, DJ 16.5.94, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO).

ADMINISTRATIVO. MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO. CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO. MOVIMENTAÇÃO DO FGTS. PARÁGRAFO 1º DO ART. 6º DA LEI Nº 8.162/91. LEI Nº 8.036/90, ART. 20, I - CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DO STF.

I - NÃO É INCONSTITUCIONAL O PARÁGRAFO 1º DO ART. 6º DA LEI Nº 8.162/91, QUE VEDA O SAQUE DO FGTS NO CASO DE MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO. A CONVERSÃO DOS REGIMES NÃO É FORMA DE EXTINÇÃO DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA E NÃO PERMITE, EM DECORRÊNCIA, A MOVIMENTAÇÃO DOS SALDOS DO FGTS.

II - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA PROVIDO. (ROMS Nº 2245/92-CE, 6ª T., Ministro ADHEMAR MACIEL).

Das vozes mais eminentes dentre os juristas pátrios não se ouve opinião diversa. Usando da franqueza por vezes cáustica que se permite àqueles que sabem, o douto Celso Antônio Bandeira

de Mello comenta o ocorrido na composição da política respeitante aos "servidores públicos civis", na esfera federal, em decorrência da Lei nº 8.112, de 11.12.90. Diz o mestre que:

"Por força dela, de um só golpe e *inconstitucionalmente* (a seu juízo) desapareceram os empregados (isto é, contratados pela CLT) da União, de suas autarquias e fundações públicas (bem como os estatutários destas últimas) sendo todos, indiscriminadamente - sem se fazer acepção de concursados e não concursados publicamente, estáveis e não estáveis - *convertidos* no equivalente de funcionário público e colocados sob um regime jurídico único, já agora sob uma nova e equivocada designação: 'servidores', simplesmente." (destaquei no texto) - (*Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, Ed. RT, 2ª ed., 1993, p. 13).

Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 613-4-Distrito Federal, manifestou-se o professor e Ministro do Eg. Supremo Tribunal Federal, Francisco Rezek, nesses termos:

"Vejo um desarrazoado formalismo na tese de que a conversão de regime importa, de todo modo, uma 'resolução contratual', pelo que mal poderia distinguir-se de despedida do trabalhador pela empresa que não mais o deseja, ou por aquela que fecha as portas, lançando seus quadros no desemprego coletivo.

Com todas as vênias, penso que se agride a transparente natureza das coisas quando não se quer ver que a conversão do regime celetista para o estatutário não apenas preservou como fortaleceu - por razões tão óbvias que não valeria aqui lembrá-las - o vínculo entre a administração pública e seus até então chamados "empregados", em tudo se distinguindo - ou mais que isso, significando o exato avesso - daquela situação de abatimento moral e angústia financeira que o legislador pretendeu mitigar autorizando o levantamento do fundo de garantia. O que mudou, em 12 de dezembro de 1990, foi tão somente a forma jurídica, com todas as vantagens para o servidor público outrora celetista, hoje estatutário."

Parece-nos, destarte, incomportáveis quaisquer outros comentários, ainda que

periféricos, sobre a natureza meramente “transitória” (no sentido de *trânsito, passagem*) de celetista a estatutário, resultante da vontade legal contida no mencionado diploma legal.

Apenas na força da argumentação, caso assim não tivesse sido e a União, além de liberar as contas do FGTS, haveria de ser chamada a suportar com o ônus decorrente das despedidas imotivadas, tudo como preconizado pelo art. 477, bem como os seus conseqüentários.

Assegurando-lhes, como fez, por via de conseqüência, o universo dos direitos trabalhistas, repercutiu também, por óbvio, aos “trabalhadores”, hoje “funcionários” (variante denominativa despida de real sentido – ou não seriam os funcionários públicos trabalhadores como todos aqueles que têm sua relação laboral regulada por norma especial), a aplicabilidade do lapso prescricional nos exatos termos do art. 7º, inciso XXIX, da Carta da República, que fez imprimir radical alteração no artigo 11 da CLT, a ponto de, por incompatível, revogar-lhe.

Admitida a hipótese da pura e simples “transposição” do regime celetista para o estatutário, com o rompimento do vínculo jurídico da relação laboral, por certo haveriam de ter sido prestadas as indenizações previstas na lei, visto estar, na circunstância, caracterizada a rescisão unilateral do contrato de trabalho. Os empregados não deram motivo para despedimento, também não lhes foi dado optar pela nova condição de “funcionário público estatutário”. O fato de os trabalhadores terem dormido a noite de 11 para 12 de dezembro de 1990 na condição jurídico-profissional de “empregado” celetista, e despertado no dia seguinte, transmudados em “servidor estatutário” não lhes exigiu qualquer manifestação. Tal metamorfoseamento jurídico aconteceu exclusivamente pela sorte da “magia administrativa”, e para a qual não lhes foi requerido o concurso.

De acordo com Mozart Victor Russomano (*Curso de Direito do Trabalho*, 4ª ed., Juruá, 1993) são seis as possibilidades de extinção do contrato de trabalho: a) mútuo consentimento, b) morte do trabalhador, c) morte do empregador, desde que esteja constituído em empresa individual, d) motivo de força maior (considerado como evento irresistível, para o qual o empregador não tenha concorrido (*sic*) nem direta, nem indiretamente – e que, sendo imprevisível, afete ou seja suscetível de afetar, profundamente, a estrutura econômica da empresa), e) em virtude de sentença do

juiz, f) aposentadoria do trabalhador, g) rescisão unilateral do contrato, por ato praticado pelo trabalhador ou pelo empregador – por justa causa, nas circunstâncias previstas no artigo 482, da CLT, ou sem motivo justificado.

Evidente está que a “transposição” do regime celetista para o estatutário não aconteceu por qualquer desses fatores; de conseqüente, não se há de falar em extinção do contrato. Em face do óbvio, tampouco se pode falar em manutenção do vínculo celetista. De conseqüente o que houve foi a mera transformação unilateral da natureza do vínculo, que singelamente transmudou-se da classe de celetista para a de estatutário.

Como já foi dito, a pensar diversamente, teria então havido despedimento arbitrário ou sem justa causa, o que faz empenhar a responsabilidade patrimonial do empregador pelo dano causado com a rescisão unilateral imotivada da relação empregatícia. “Causa: despedida arbitrária. Conseqüência: dano. Responsabilidade: ressarcimento patrimonial.” – (Cretella Jr. *Comentários à Constituição de 1988*, Forense Universitária, 1989, vol. II, p.908).

4. Do termo da prescrição

Do saudoso jurista Coqueijo Costa, luminar da processualística trabalhista, tem-se a lição primordial dando conta de que a prescrição se instala quando do nascimento da pretensão (*Anspruch*), que, por sua vez manifesta-se quando violado o direito subjetivo. É, pois, o princípio da *actio nata* o caracterizador do termo inicial da prescrição.

Portanto, para o trabalhador urbano, o lapso prescricional flui a partir da data da ciência da lesão do direito, que dá origem à pretensão. Aplicável o termo preconizado pelo art. 11, do diploma consolidado, o *dies a quo* para o fluir do tempo prescricional, haveria de sempre e unicamente de corresponder ao biênio anterior ao ajuizamento da reclamatória, quaisquer que fossem as circunstâncias. Mas, com o advento da Constituição de 1988, quedou diferenciada a hipótese de aplicação e contagem dos prazos prescricionais, a saber:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

.....
XXIX-ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:

a) cinco anos para o trabalhador

urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;

b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural ”.

Ora, conquanto, pela inteligência do princípio da irretroatividade das normas, não possa vir a ser ressuscitado direito já consumado pela prescrição prevista em lei anterior (art. 11, da CLT), mesmo tendo acontecido violação de direito trabalhista antes da data da promulgação daquela Lei Maior, mas não vencido o biênio prescricional, para reclamação referente a questão havida ao tempo de celetista, não vejo, à razão dos fundamentos expendidos, como descumprir o mandamento do art. 7^o, inciso XXIX, letra *a*, da Constituição Federal, com juízo diverso.

De ser acrescentado, à guisa de conclusão,

que embora a Carta Maior de 1988, ao entrar em vigor, embora não tenha transformado automaticamente os detentores de empregos públicos na administração direta em servidores públicos, pois a regra insculpida no art. 39, parágrafo 2^o da Constituição, de eficácia contida, condicionou essa transformação à implantação de um regime jurídico único, quanto ao lapso prescricional na extensão prevista no art. 7^o, XXIX, *a*, passou a ser aplicável ao reclamante até o advento da Lei n^o 8.112/90, que transformou o seu emprego público em cargo (art. 243, parágrafo 1^o da referida Lei), incidindo a norma excepcionante do art. 39, § 2^o da CF. Com o advento do Regime Jurídico Único, continuou a ser aplicável ao reclamante a prescrição quinquenal, desta feita por força do disposto no art. 110, I, da Lei n^o 8.112/90 e Decreto n^o 20.910/32.

O Estado legislador responsável

MARISA HELENA D'ARBO ALVES DE FREITAS

SUMÁRIO

1. *A problemática e sua colocação doutrinária.*
2. *A função legislativa do Estado e a responsabilidade.* 2.1. *A função legislativa.* 2.2. *O agente legislativo.* 2.3. *A lei.* 3. *O Estado legislador responsável.*
3.1. *Atos legislativos do poder constituinte derivado ou reformador.* 3.2. *Atos legislativos inconstitucionais.* 3.3. *Atos legislativos constitucionais.* 3.4. *Omissão legislativa.* 4. *Conclusão.*

1. *A problemática e sua colocação doutrinária*

A responsabilidade do Estado legislador diz respeito à obrigação estatal de compensar os danos causados ao patrimônio de terceiros pela atividade legislativa.

Matéria controvertida, constitui, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, o marco superiormente avançado no que concerne às funções públicas suscetíveis de gerarem compromisso estatal¹.

A responsabilidade do Estado frente ao particular é figura, hoje, incontestável como um dos princípios do Direito Público e garantia do Estado de direito, uma vez que se acha superada a fase da irresponsabilidade, característica dos Estados absolutos. Entretanto, sobre se constitui regra a obrigação de indenizar os danos causados pela administração pública, no que se refere às outras funções estatais, a matéria encontra-se, ainda, em formação.

Tradicionalmente, a atividade legislativa qualifica-se entre as hipóteses que excetuam o Estado da obrigação de indenizar, não se

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas é Mestre em Direito. Professora da UNESP.

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 254.

admitindo como possível que essa atividade provoque danos aos particulares.

A maioria dos doutrinadores que, na primeira metade desse século trataram da matéria, defendem a irresponsabilidade estatal sob fundamentos vários que incluem desde a soberania dos atos do Parlamento, a abstração e generalidade da lei, até a imunidade dos parlamentares.

A exceção feita à irresponsabilidade absoluta limita-se a situações em que o próprio legislador reconhece a necessidade de indenizar o prejuízo causado pela edição de determinada lei², ou a casos de leis inconstitucionais, quando declaradas como tal pelo poder competente e que produziram danos com sua aplicação³.

Um dos precursores na defesa da obrigação estatal de responder pelos danos gerados pela atividade legislativa foi o jurista francês Léon Duguit em sua obra *Les transformations du droit (public et privé)* de 1913. Baseava-se na idéia de um seguro social que cobriria o risco resultante da aplicação da lei⁴.

Recentemente, os adeptos dessa tese aumentaram consideravelmente. Os fundamentos enfocados são, primordialmente, os princípios do Estado de direito, cuja finalidade é a proteção ao Direito, a unidade do poder estatal que determina a responsabilização de todos os poderes de forma homogênea e a evolução do conceito de soberania, que não mais é entendida como incompatível com o instituto da responsabilidade.

² MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Trad. Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1982, v.4 p. 237.

³ BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 5ª ed., Buenos Aires: Roque Depalma, 1957, t. 5, p. 3; CAVALCANTE, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905, p. 350; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Estado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, v.6, p. 414.

⁴ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Trad. Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: He-liasta S.R.L., 1975, p.144.

Seu reconhecimento, ainda que não seja generalizado, resulta do triunfo das doutrinas intervencionistas, da evolução das teorias do Direito Público e da própria evolução do instituto da responsabilidade pública, que ao superar sua origem civilista permitiu o estabelecimento de uma relação objetiva, fora da culpa e da ilicitude do ato, *centrando-se no dano e na pessoa do administrado que o suportou, sem obrigação jurídica, própria e válida*.

Busca-se na doutrina atual a reparação de todo o prejuízo causado pelo dano antijurídico ou injusto com o propósito de preservar o equilíbrio dos interesses na sociedade, não permitindo que o interesse individual sucumba perante os interesses da coletividade.

No que se refere, porém, à matéria aqui enfocada é previsível a exigência de um grande labor doutrinário para chegar-se a um consenso nas teorias e fundamentos que informam a sua estruturação.

A aceitação da matéria dá-se como forma excepcional de obrigação, conformada a rígidos limites. Impõem-se, para a responsabilização do Estado, a exigência de que o dano proveniente da lei tenha caráter especial e anormal. Restringe-se a produção legislativa aos casos de leis inconstitucionais ou leis constitucionais de efeitos particularizados. Exige-se que o interesse afetado seja juridicamente mais relevante que o interesse contido na norma lesiva. Exclui-se da garantia da reparação dos danos as atividades ilícitas, amorais, contra os bons costumes e lesivas à saúde pública.

Os tribunais, na análise dessas questões, com a ausência de normas positivadas e influenciados pelas divergências doutrinárias, têm decidido de forma oscilante entre as diferentes posições.

Muito embora a evolução da matéria se faça de forma vacilante, observa-se, conforme já alertava E. Sayagués Laso, em sua obra de 1953, uma acentuada tendência favorável à aceitação do Estado legislador responsável, afirmando, então, que cumpria esperar a generalização desta disposição, "por ser a que mais se ajusta aos princípios de justiça e equidade"⁵.

⁵ SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: Martín Bianchi Altuna, 1953, v.1, p. 594.

2. A função legislativa do Estado e a responsabilidade

2.1. A função legislativa

No Estado constitucional, as funções do poder soberano, uno em sua essência, repartem-se entre órgãos específicos ou "poderes" que atuam de forma independente, dentro dos limites estabelecidos no ordenamento jurídico, exercendo cada um deles, por atribuição constitucional, competências públicas delimitadas.

As funções legislativa, judiciária e administrativa compõem as funções formais do poder estatal, constituindo-se em meios para o seu exercício.

A função legislativa, atribuída ao Poder Legislativo ou Parlamento, define-se na edição de leis, estabelecendo normas de caráter geral, abstrato e impositivo que compõem a ordem jurídica, dentro de cujos parâmetros a vida coletiva se desenvolve. Elaborando leis, o Legislativo atua no disciplinamento da vida comunitária, definindo direitos e deveres de todos, bem como responsabilidades recíprocas.

Formalmente e materialmente essa atividade é vinculada ao ordenamento constitucional. A produção legislativa não pode violar normas de competência ou de processo de formação das leis ou, ainda, não pode conflitar com os dispositivos da Constituição.

A responsabilidade do Estado legislador surge, como obrigação de responder pelo dano causado pela atividade legislativa, própria do Poder Legislativo, quando ilícita ou inconstitucional, quando particulariza seus efeitos ou quando é antijurídica.

A isenção em relação ao Poder Legislativo tem se justificado na consideração da soberania do Parlamento e ainda, conforme Manuel M. Diez, na consideração de que a atividade de um órgão colocado no vértice da pirâmide jurídica não há de ocasionar danos aos particulares, precisamente porque de sua atividade nasce a base de todo ordenamento jurídico⁶.

Contudo, no modelo atual de Estado social e intervencionista, reconhece-se de forma ampla a possibilidade de que as leis, a pretexto de satisfazerem um interesse público, possam atingir pessoas, causando-lhes um dano patrimonial.

Sendo uno o poder soberano do Estado, deve ele responder pelos atos legislativos da

⁶ DIEZ, Manuel Maria. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971, v. 5, p.137.

mesma forma que responde pelos atos administrativos e pelos jurisdicionais. Qualquer que seja a forma ou conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto do mesmo poder, e o tratamento dado a eles deve ser uniforme.

O princípio da submissão à ordem jurídica, corolário do Estado de direito, não excetua a função legislativa, seja exercida pelo Poder Legislativo, seja pelo Poder Executivo, nos limites em que o ordenamento constitucional o permite.

2.2. O agente legislativo

O Estado como pessoa jurídica de direito público, prescindindo do atributo físico, manifesta sua vontade através de órgãos, instituídos para o desempenho de suas funções, as quais realizam suas atribuições por meio de agentes que recebem o qualificativo de "públicos".

A noção de agentes públicos abarca todos aqueles que sob diversas categorias, com títulos jurídicos diferentes, desempenham função pública e enquanto a desempenham, independente da forma de investidura e da natureza da vinculação que os prende ao Estado.

Os agentes legislativos, como agentes políticos que compõem a categoria dos agentes públicos, exercem função pública consistente na elaboração de normas legais. Tidos como "mandatários" ou "representantes" do povo, estes agentes, selecionados pelo voto, submetem-se a um regime jurídico diferenciado, não estando sujeitos a hierarquia, nem aos dispositivos estatutários.

Um dos argumentos apresentados para justificar a irresponsabilidade do Estado legislador é o de que o autor do dano causado pelo ato legislativo é o próprio lesado, membro da sociedade que elege os seus representantes para o Parlamento. Considera a criação de normas como função própria da sociedade, não se admitindo a imputação ao Estado de danos que não foram causados por seus órgãos.

José Joaquim Gomes Canotilho contesta essa colocação considerando que, na atualidade, o processo integrativo entre sociedade e Estado, com a dissolução daquela nesse último e a concentração e centralização do poder no ente estatal, tornam inexistentes as condições do modelo liberal para a suposta separação entre as duas entidades⁷.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos ilícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, p.145.

O tratamento adequado da questão deve ter por pressuposto a análise da natureza jurídica da relação entre os agentes legislativos, o órgão a que se conectam, os administrados e o Estado, relação tradicionalmente apresentada na doutrina como de "representação".

O mandato representativo político, gerado pela eleição em favor do eleito, constitui elemento básico da democracia representativa consubstanciando os princípios da representação e da autoridade legítima. Nele, todavia, conforme observa José Afonso da Silva, há muito de ficção, podendo-se mesmo dizer que "não há representação" e que "a designação de mandatário não passa de simples técnica de formação dos órgãos governamentais"⁸.

Buscando fundamentar a relação do Estado com seus agentes, desenvolveu-se na Alemanha, sob autoria de Otto Gierke, a "teoria do órgão", amplamente aceita na doutrina atual. Segundo essa teoria, a manifestação de vontade da pessoa jurídica dá-se por intermédio de órgãos, de tal forma que quando os agentes que os compõem atuam, é como se o próprio Estado o fizesse.

Substitui-se a idéia de representação pela de imputação, associando o representante à pessoa jurídica. O órgão é entendido, assim, como parte integrante do Estado⁹.

Juary C. Silva, criticando a utilização dos institutos do mandato e da representação, adota a "teoria da investidura" para fundamentar a relação entre o povo eleitor, os parlamentares eleitos e o órgão do Estado. Segundo o autor, em decorrência da investidura popular, que se dá mediante eleição, os escolhidos tornam-se, *pleno iure*, órgãos estatais, estabelecendo uma relação orgânica entre o Estado e as pessoas investidas eletivamente para a função. A relação entre o povo e os parlamentares exaure-se no momento em que aqueles investem de parcelas de poder seus chamados "representantes"¹⁰.

Nesse sentido é a afirmação de Jellinek de que a teoria do Parlamento como órgão do Estado tem por consequência a vontade do

Parlamento como imediata vontade popular, porém entre o povo e este órgão não existe nenhum vínculo jurídico. Qualquer que seja o fundamento jurídico do membro de uma câmara, eleição, nomeação, posse de determinado cargo etc., o ato de criação jamais concede um direito do criador sobre o órgão criado, nascendo os direitos e deveres de uns e outros exclusivamente da Constituição¹¹.

Na concepção organicista do ente público, a atividade do agente ou funcionário configura-se como atividade da própria pessoa jurídica a que se vincula, sendo atribuíveis a ela todas as consequências dessa atividade. A relação entre o Estado e seus agentes é de imputação direta.

Assim, os parlamentares, agentes legislativos que compõem os órgãos estatais encarregados da função de legislar, ao exercerem a sua atividade, podem acarretar a responsabilidade jurídica do Estado, obrigando-o a responder pelos danos ilegais ou injustos que foram provocados pelas leis. Ao agirem, investidos pela eleição popular de poderes funcionais, expressam, na qualidade de seus titulares, a vontade estatal.

Muitos ordenamentos jurídicos, como o nosso (Constituição Federal, art. 37, § 6º), positivaram a regra pela qual as pessoas jurídicas de direito público são sempre responsáveis pelos atos de seus agentes ou funcionários quando no exercício de suas competências.

Na ausência de legislação específica, uma interpretação extensiva do conceito de administração pública e de agentes públicos poderá permitir a inclusão na previsão legal da possibilidade do Estado responder pelos danos causados ao patrimônio de terceiros por atos legislativos.

2.3. A lei

A lei, ato legislativo por excelência, constitui na relação discutida elemento preponderante. É ela o ato causador do dano que, imputável ao Estado, originaria a responsabilidade estatal.

Questiona-se na doutrina a sua aptidão como fonte geradora de responsabilidade do ente público, quando lesiva aos direitos dos administrados.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp.122-123.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1992, p. 300.

¹⁰ SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985, pp. 247-250.

¹¹ JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1954, pp. 439-440.

Preceito geral e abstrato, originário do poder competente e provido de sanção, destina-se a lei a inovar originariamente a ordem jurídica. Elaborada segundo um procedimento definido, submete-se à Constituição.

Lei fundamental do Estado, é a Constituição a primeira manifestação deste, no exercício da função de legislar, ocupando posição singular em relação às demais leis por ser superior a todas elas. Colocando-se acima dos poderes constituídos, incluindo o Legislativo, regulamenta a atuação dos mesmos, definindo competências e atribuições, limitando o poder e garantindo a proteção aos direitos individuais.

Com respeito à responsabilidade do Estado gerada por estes atos, o problema inexistente em relação à Constituição porque é ela o comando inicial que cria, originariamente, o Direito. Subsiste, porém, em relação aos atos dela derivados e que têm eficácia inferior à sua.

A imputação ao Estado dos danos produzidos por esses atos encontra na doutrina forte resistência.

A supremacia, ou soberania, da lei e o seu caráter de generalidade e abstração têm sido considerados pelos doutrinadores como princípios definidores da irresponsabilidade na atividade específica de sua elaboração.

Esses argumentos, entretanto, já não encontram ressonância na realidade jurídico-política do Estado constitucional pluralista e intervencionista da atualidade.

A supremacia da lei identificada à supremacia do Direito está ligada à origem sagrada da lei, nos primórdios da humanidade. Cultuada pelos juristas de todos os tempos, foi professada pelos movimentos revolucionários liberais como forma de garantir a igualdade e a liberdade dos homens e a sua proteção contra atos de autoridades de governos arbitrários e despóticos.

Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua concepção liberal a lei constitui expressão da razão. É essencialmente justa, medida de todos os direitos e de todas as liberdades. Manifesta através da vontade popular direitos preexistentes, consistindo apenas na delimitação da esfera de liberdade individual e na garantia da existência de direitos concorrentes. Desligada de interesses particulares, a lei é fundamentalmente apolítica¹².

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 54-55.

No Estado atual, contudo, a lei afastou-se da concepção que lhe deu, ao longo da história e especialmente a revolução liberal do século XVIII, superioridade e primazia. Inúmeros autores apontam a sua crise.

Na sociedade contemporânea, conflitiva e de interesses antinômicos, o poder político acha-se dispersado numa multiplicidade de grupos que se alternam na posição central, impondo concepções e políticas com base na força obtida na vitória eleitoral.

A lei, nesse contexto, deixa de ser a vontade geral, reduzindo-se à expressão da vontade de uma maioria. Torna-se instrumento de uma vontade política, particularizada, expressão de vontades predominantes.

Afirma Georges Burdeau que, despreendida de qualquer ligação com a Justiça, a lei é hoje, em termos realistas, meramente um processo de governo, "no sentido de que é ela um meio graças ao qual o poder político busca realizar a ordem social que corresponde à sua concepção de bem comum"¹³.

Não se mostra coerente, assim, a busca de justificativas para a irresponsabilidade do Estado pelas leis em conceitos que já não se aplicam em sua inteireza nos Estados modernos.

Conforme consideração de Canotilho, a soberania da lei determinando a irresponsabilidade estatal restou como seqüela da concepção antitética entre responsabilidade e soberania e da concepção de lei como ato perfeito e incontestado¹⁴.

A generalidade e abstração impostas como características necessárias da lei fundamentadas na tradição rousseauiana de lei geral e no movimento idealista alemão defensor da lei geral como lei da razão e da liberdade, no moderno Estado de direito, também perderam a sua efetividade.

Na estrutura atual, a realização da igualdade social impõe, em muitos casos, a necessidade das chamadas leis-medidas ou leis-individuais, notadamente marcadas pela intenção social.

Muitas das leis são hoje medidas que visam solucionar problemas concretos e singulares, situações relativas a fatos determinados que necessitam de decisões imediatas.

¹³ BURDEAU, Georges. *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français. Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Paris, nº 1, p. 47, 1939. Apud FERREIRA FILHO, op. cit., p. 130, nota 12.

¹⁴ CANOTILHO, op. cit., pp.146-147, nota 7.

São medidas de efeitos individuados e concretos mas que obedecem, na sua elaboração, ao processo previsto para a edição de leis pelo Legislativo, tal como ocorre com aquelas de conteúdo genérico, impessoal e abstrato, submetendo-se ambas a idêntico regime jurídico.

No Estado de direito social busca-se, assim, a conjugação da defesa de um sentido material de lei com a admissibilidade de leis que atendam às especificidades de casos concretos, perdendo a generalidade o caráter de característica essencial da lei.

García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández afirmam a esse respeito que a lei, como mandato normativo, normalmente perceptivo geral, pode também ser um mandato singular ou excepcional. Consideram que "o dogma da generalidade da lei poderá expressar uma diretiva política, mas carece de consistência como requisito técnico", concluindo que "são usuais e certamente valem como lei preceitos singulares e específicos para hipóteses únicas ou para sujeitos também concretos"¹⁵.

Ainda que submetido, o modelo atual de produção legislativa, a inúmeras críticas, é dele que provêm as leis que com a pretensão de generalidade e abstração e de constituírem-se em expressão da vontade geral, regulamentam a vida das pessoas impondo obrigações e restringindo direitos, gerando em muitos casos danos patrimoniais aos quais não pode o Estado furtar-se de responder.

3. O Estado legislador responsável

Partindo da afirmação de que a doutrina atual admite ou aceita como possível a responsabilidade do Estado por atos legislativos, deve-se verificar em que condições dá-se a aplicação deste instituto e os limites que devem ser observados.

Em princípio e de forma irrestrita, exclui-se da atividade legislativa, apta a fazer incidir a obrigação estatal de responder por danos, aquela relativa ao poder constituinte originário que tem por função a elaboração da Constituição. Esse poder, ilimitado no plano jurídico, estatui o "ex novo", iniciando ou constituindo o ponto de partida da ordem jurídica positiva, e, em consequência, não submete o Estado à obrigação de reparar danos que, porventura, as suas

disposições venham a ocasionar aos interesses dos particulares.

Excetuando, todavia, a norma constitucional, todas as outras manifestações legislativas encontram, na literatura jurídica, defensores da referida responsabilidade.

3.1. Atos legislativos do poder constituinte derivado ou reformador

Os atos legislativos decorrentes do poder constituinte derivado, destinados a reformar os preceitos constitucionais originalmente estabelecidos, podem fazer incidir a obrigação estatal de responder pelos danos, quando lesam os interesses dos particulares.

Miguel Marienhoff, sustentando a responsabilização estatal nessa hipótese, afirma que em um país constitucionalmente organizado a reforma da Constituição não pode despojar parte dos habitantes, privando-os, sem indenização, de direitos essenciais atribuídos pela Constituição originária.

Fundamenta-se o jurista argentino no dever jurídico que tem a comunidade de respeitar as consequências do originalmente concebido e estabelecido como regra básica de convivência. E conclui ressaltar como óbvia a necessidade de ressarcir os danos que os administrados recebam nessas condições pelo fato de que toda reforma constitucional tem por objeto satisfazer exigências de interesse geral ou público¹⁶.

Deve-se considerar, porém, que a questão envolve, além da busca de fundamentos justificadores, a análise do sistema constitucional adotado por cada país, estabelecendo a possibilidade de um controle da constitucionalidade segundo os modelos de Constituição rígida ou flexível, distinção feita em função da possibilidade de modificação dos seus dispositivos.

Nas Constituições rígidas o poder de reforma é condicionado, limitado em seu próprio texto segundo procedimento a ser seguido e matéria ou conteúdo possível de modificação.

Nas Constituições flexíveis, ao contrário, a modificação não requer procedimentos especiais e se realiza através de processo idêntico ao previsto para a elaboração das leis ordinárias.

Assim, segundo o sistema adotado, a reforma constitucional poderá ou não ser objeto de um controle de constitucionalidade quando este for previsto e, caso se submeta a ele, ao

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.156.

¹⁶ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1970, v.4, pp.738-739.

verificar-se a desconformidade com os preceitos da Constituição originária, deverá a nova norma ser declarada inconstitucional, daí decorrendo responsabilidade do Estado se durante a sua vigência produziu danos ao patrimônio dos particulares. Não se submetendo a norma àquele controle, a responsabilidade poderá ser questionada tendo em vista fundamentos outros que não a inconstitucionalidade da lei lesiva, o que será objeto de análise posterior.

3.2. *Atos legislativos inconstitucionais*

A responsabilidade originária dos atos legislativos inconstitucionais tem ampla aceitação na doutrina universal, sendo considerada como exceção ao princípio da irresponsabilidade estatal nessa matéria.

Figura a inconstitucionalidade como um dos aspectos da ilegalidade, impondo, em consequência, a necessidade de responder pelos prejuízos causados pelos atos evadidos desse vício.

A sua afirmação depende, entretanto, de que o ordenamento jurídico vigente preveja mecanismos para o controle da constitucionalidade das leis. Isso é possível nos países que adotam o modelo de Constituição rígida, nos quais a validade da norma legal é determinada pelas disposições constitucionais, por serem estas que detêm a força da supremacia e da regulação da forma de sua elaboração.

A lei resulta inconstitucional quando contém prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição, conflitando com seus dispositivos ou violando normas de competência ou de processo de formação das leis.

A consequência da sua declaração como tal implica no reconhecimento da existência de um "ilícito legislativo", o que impõe a responsabilização do Estado pelos danos daí emergentes. Não é lícito ao legislador ordinário infringir o Ordenamento constitucional.

Afirma Bielsa que a lei inconstitucional legitima a pretensão indenizatória porque, nesse caso, "a responsabilidade resulta virtualmente"¹⁷.

José Roberto Dromi sustenta ser necessariamente indenizável o dano jurídico produzido por uma lei inconstitucional regularmente sancionada¹⁸.

Em nosso País, Amaro Cavalcante propugna pelo seu reconhecimento em sua obra

¹⁷ BIELSA, op. cit., p.3, nota 3.

¹⁸ DROMI, José Roberto. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1987, t.1, p.193.

precursora *Responsabilidade Civil do Estado*¹⁹.

A responsabilidade do Estado, contudo, só é admitida quando a inconstitucionalidade da lei lesiva for declarada pelo poder competente. Se esse poder não se pronunciar pela sua invalidade, o preceito legal tem livre trânsito como perfeitamente válido, amparado pela presunção de que gozam as leis de serem constitucionais, ficando o Estado isento de responsabilidade, salvo se os danos provocados forem especiais e anormais.

Decretada, porém, a inconstitucionalidade, o ato legislativo torna-se ilícito, acarretando a responsabilidade do Estado pelos danos dele emergentes.

Nessa matéria, o Supremo Tribunal Federal de nosso País assentou a tese de que "o Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional"²⁰. E o Tribunal de Justiça de São Paulo firmou entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade representa um *prius* necessário da responsabilidade do Estado²¹.

Em relação à exigência da prévia declaração da inconstitucionalidade da lei, feita pelos tribunais e acatada unanimemente pela doutrina para o reconhecimento da responsabilidade estatal, deve-se observar que, embora a situação de ilicitude do ato seja garantidor da reparação dos danos, o prejudicado tem nesta situação uma proteção menos eficaz do que aquela dada ao particular quando lesado por leis conformes aos preceitos constitucionais.

Tratando-se de danos derivados de atos lícitos, a responsabilidade estatal decorre do estabelecimento do nexo causal entre o ato e o dano e de determinadas características do prejuízo. No que concerne, porém, à hipótese discutida, além da observância dos requisitos

¹⁹ CAVALCANTE, op.cit., pp. 510-511, nota 3.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Declaração pelo Supremo Tribunal Federal. Lei Estadual. Autonomia municipal. Recurso extraordinário nº 8.889. Relator Castro Nunes. 16 de junho de 1948. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 20, p.63, abr./jun. 1950.

²¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil do Estado – Imposto Inconstitucional – Restituição do Indébito – Execução de Sentença e Recurso Extraordinário. Apelação cível nº 22.247. Relator Sr. Desembargador Frederico Roberto. 30 de maio de 1944. *Revista de Direito Administrativo*, v. 8, pp.133-134, abr./jun. 1944.

mencionados, o particular deve, ainda, amparar o seu pedido em uma declaração prévia da invalidade do ato lesivo proferida pelo tribunal de cúpula ou órgão especial, em ação na qual ele não figura como parte legítima para a propositura.

Esse procedimento mostra-se incoerente e restritivo ao exercício do direito do particular de ter restabelecido o equilíbrio rompido pelo dano resultante da edição de ato em desconformidade com a lei superior.

Os tribunais deveriam, assim, ampliar as bases de reconhecimento deste direito, acatando a ação indenizatória direta com declaração incidente de inconstitucionalidade da lei para reparação dos danos consequentes da lei pretensamente inconstitucional.

O expediente é previsto no Ordenamento Jurídico nacional que adota, ao lado do controle jurisdicional concentrado, o controle difuso da constitucionalidade, por via de exceção ou incidental, através do qual qualquer interessado poderá suscitar a questão da inconstitucionalidade em qualquer processo, qualquer que seja o juízo.

A proteção ao direito certo e inquestionável do particular de ser ressarcido por danos que *lhe foram ilicitamente impostos, restaria garantida de forma mais efetiva, permitindo-se que ele recorra aos tribunais sempre que for lesado por medidas legislativas desconformes ao Ordenamento constitucional vigente.*

3.3. Ato legislativo constitucionais

Leis editadas, no todo ou em parte, em perfeita consonância com o texto constitucional, podem também acarretar danos injustos aos particulares, impondo-lhes prejuízos de ordem patrimonial.

Prevalece amplamente na doutrina favorável à responsabilidade do Estado legislador o entendimento de que apenas o ato legislativo constitucional que atingir direta e imediatamente um particular ou grupo específico de particulares determinará a indenização.

Justifica-se este posicionamento com a consideração de ser o prejudicado, nesses casos, o destinatário exclusivo da norma legal, ou que em relação a eles as limitações gerais caracterizam-se como sacrifício especial e anormal.

A questão reduz-se, portanto, ao ressarcimento pelo sacrifício imposto a um ou alguns particulares, de forma especial e desigual. Com

esse fundamento há no Brasil decisão favorável à indenizabilidade dos danos por atos legislativos constitucionais, proferida em 4.8.71 pelo Tribunal de Alçada de São Paulo (5ª Câmara), cujo relator foi o Juiz Maércio Sampaio²².

Essa sistemática mostra-se coerente com o regime de responsabilidade por atos lícitos, categoria à qual pertencem os referidos atos. Nesse regime, têm especial relevância a distinção entre os encargos exigíveis sem compensação, decorrentes da vida em sociedade, e aqueles impostos a poucos em benefício do interesse social.

O dano generalizado qualifica-se como encargo social, devendo ser suportado por todos os prejudicados, enquanto que o dano excepcional, desigual e grave, produzido pela norma legal, pode originar o ressarcimento em função do tratamento diferenciado a que ficou submetido o lesado frente aos encargos públicos.

Nesse sentido, afirma Cretella Júnior que se a lei constitucional causar danos a seus destinatários, *in genere*, o Estado é irresponsável, porque o prejuízo reparte-se por todos. Se, entretanto, o dano for a um só, ou a restritíssimo número, deixa a lei constitucional de ser "lei em tese" para erigir-se em ato administrativo, e, nesse caso, o atingido pode recorrer aos tribunais, mediante os adequados remédios jurídicos²³.

Essas leis são denominadas pelo jurista pátrio de "pseudoleis em tese".

Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere-se a elas como leis de efeito concreto que, embora promulgadas pelo Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constituem, quanto ao conteúdo, verdadeiros atos administrativos²⁴.

Relevante, contudo, o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho ao discordar da assimilação das leis individuais, concretas ou de medida aos atos administrativos, sob o ponto de

²² SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. Responsabilidade Civil do Estado. Exploração de Madeira. Proibição. Indenização. Apelação civil nº 157.299. Relator Sr. Juiz Maércio Sampaio. 4 de agosto de 1971. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 144, pp. 162-164, jul./set. 1972.

²³ CRETELLA, Júnior. "Responsabilidade do Estado por ato legislativo". *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 71, pp. 60-75, jul./set. 1984, p. 68.

²⁴ DI PIETRO, op.cit., p. 369, nota 9.

vista da responsabilidade. Segundo ele, a questão teria relevância se o deslocamento do problema para o terreno da responsabilidade da administração tornasse mais fácil a justificativa da pretensão ressarcitória ao lesado, o que seria criticável pelo estabelecimento de uma dualidade de critérios em um ordenamento onde não se distingue entre leis gerais e individuais²⁵.

Embora a natureza do ato legislativo de efeitos particularizados provoque dissenso na doutrina, prevalece em relação à responsabilização do Estado pelo dano resultante de lei obediente aos preceitos constitucionais, a exigência de que tal dano deva ser individualizado, relativo a uma pessoa ou grupo de pessoas determinado.

Esse é o requisito básico para a aplicação do fundamento clássico da "igualdade de todos diante dos encargos públicos", princípio invocado pela jurisprudência francesa desde o caso *La Fleurette*²⁶ e que serve de sustentação a responsabilidade derivada de atos lícitos.

Existe, entretanto, em formação na doutrina, correntes desconsiderando a individualização ou singularidade do dano como condição de indenizabilidade.

Miguel Marienhoff postula a esse favor, dando ênfase ao dano "diferencial" e indicando outros fundamentos para estabelecer a responsabilidade do Estado em matéria legislativa, como o respeito ao direito adquirido e ao direito de propriedade.

Afirma o jurista argentino a possibilidade de ser geral o dano ressarcível, incidindo sobre uma grande parcela da população, sendo, nesse caso, mais grave a lesão porque compromete mais interesses. Considera que a ilegalidade e a conseqüente responsabilidade do Estado não desaparece porque o prejuízo não se deu a poucos, mas a todos ou a muitos. E conclui que a generalidade do dano, em condição alguma, pode atuar como causa de impunibilidade, determinante de irresponsabilidade²⁷.

Entre nós, Cesar Viterbo Mattos Santolim preleciona que "aceitar-se que o Estado somente

tem a obrigação de indenizar naqueles casos onde o número de atingidos pelo ato legislativo é reduzido, é trazer para o plano quantitativo uma situação que é de qualidade. A questão não é quem ou quantos o Estado alcança, mas como e por que o faz".

Para esse autor, o ato legislativo lícito, ato geral, abstrato e constitucional, empenha a responsabilidade do Estado quando gera dano, condicionada apenas à "demonstração do prejuízo antijurídico e do nexo de causalidade entre este e o ato estatal". Considera que "o que deve ser examinado é se o interesse tutelado juridicamente e que serve de substrato do ato é mais ou menos relevante que aquele que decorre do dano havido. No primeiro caso, o dano não é ressarcível, posto que não é antijurídico. No segundo, sim"²⁸.

Sendo o ato legislativo gerador do dano concorde à Constituição, a responsabilização do Estado deriva de uma relação objetiva, afastada da culpa e da ilicitude do ato, baseada no nexo causal entre o dano e o ato que o produziu. A fundamentação para essa hipótese, conforme analisado, tende a ampliar-se, extrapolando o modelo francês da exigência da individualização dos danos. Cria-se com isto maiores condições para o particular lesado exercer a sua pretensão indenizatória pelos prejuízos sofridos, corrigindo grave distorção do sistema vigente.

3.4. Omissão legislativa

A responsabilidade estatal por omissão legislativa é situação especial, referente à possibilidade de obrigar o Estado a reparar os danos resultantes da inércia legislativa, quando o órgão competente deixa de produzir normas destinadas a dar operatividade prática a direitos garantidos constitucionalmente, a fim de torná-los atuantes.

A questão é analisada por José Joaquim Gomes Canotilho, que discute a admissibilidade de um direito subjetivo de particular lesado contra os órgãos públicos, inconstitucionalmente inertes, em face da vinculação constitucional do legislador à emanação de tais normas.

Conclui o autor que a falta de atuação das normas constitucionais submete-se a um controle político, podendo o cidadão, de forma individualizada ou associada, induzir os membros do Parlamento ou do Governo a tomarem a

²⁵ CANOTILHO, op.cit., pp.155-156, nota 7.

²⁶ Caso que originou a primeira decisão favorável à responsabilização do Estado por atos legislativos, oriunda do Conselho de Estado francês, datada de 14 de janeiro de 1938.

²⁷ MARIENHOFF, Miguel S. "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa". *Revista de Derecho Público*, São Paulo, nº 68, pp.5-15, out./dez. 1983, pp.12-15.

²⁸ SANTOLIM, Cesar Viterbo Mattos. "A responsabilidade civil do Estado por ato legislativo". *Estudos Jurídicos*, v. 22, nº 50, pp. 44-54, mai./ago. 1989, pp. 51-52.

iniciativa da lei. Não é reconhecido, porém, aos cidadãos qualquer direito subjetivo, invocável em juízo, que permita a obtenção de indenização pelos danos derivados de omissão legislativa constitucional²⁹.

Maria Emília Mendes Alcântara, analisando a omissão legislativa, estabelece como referencial para a obrigação estatal de ressarcir os danos a fixação de prazo para a emanção de normas complementares à Constituição. Sustenta que a irresponsabilidade se põe quando ao Legislativo não for cominado prazo, sendo pois conferida competência discricionária quanto ao momento da emanção de tal ato. Todavia, havendo prazo, afigura-se indeclinável o direito do particular de exigir indenização pelos danos ocasionados por essas omissões, uma vez que o legislador não pode furtar-se a editar legislação que vise tornar exequíveis direitos garantidos constitucionalmente, fraudando essas garantias³⁰.

A questão entre nós é de grande interesse, tendo em vista que a Constituição Federal promulgada em 1988 reconheceu o controle da inconstitucionalidade por omissão ou controle de constitucionalidade negativo, tendo por objeto a omissão dos poderes e órgãos administrativos que deixam de criar normas ou praticar atos requeridos pela própria Constituição para sua efetiva aplicação (art. 103, § 2º, CF/88).

Em relação ao Poder Legislativo a inércia se configura quando esse órgão deixa de legislar, não editando leis necessárias para complementar a eficácia das disposições constitucionais e para permitir sua plena aplicação.

A ação de inconstitucionalidade por omissão tem efeitos restritos, expressamente previstos, quais sejam: o de dar ciência ao poder competente no caso de ausência de normas e obrigar à prática do ato em trinta dias em se tratando de órgão administrativo.

Sua decisão é declaratória e mandamental e tem em relação ao Legislativo uma eficácia reduzida, por não existirem meios de obrigar este poder a legislar.

No que concerne à matéria em questão, a declaração de inconstitucionalidade por omissão relativa ao Poder Legislativo cria um

mecanismo que possibilita ao particular lesado pela inércia legislativa postular a favor da reparação do dano sofrido. O reconhecimento judicial da ilicitude do ato omissivo deve assegurar a obrigação estatal de responder pelos danos originários desta conduta.

Dada a limitação na titularidade para a propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão, não incluindo o cidadão, a responsabilidade estatal não pode, nessa hipótese, ficar vinculada apenas à prévia decisão declaratória de omissão. O prejudicado com a inércia legislativa deve ter reconhecido o seu direito de pleitear o ressarcimento dos prejuízos em ação direta de responsabilidade, com fundamento no princípio da legalidade, tendo em vista a ilicitude da omissão lesiva do legislador.

4. Conclusão

A doutrina da responsabilidade do Estado, formulada para os atos da administração, abrange também as outras funções estatais. A obrigação decorrente da função legislativa, conformada aos princípios do Direito Público e do Estado de direito, não deve ter tratamento de exceção.

Excetuando a norma constitucional, que cria originariamente o Direito de um Estado, todas as outras formas de manifestação legislativa são aptas a fazer incidir a responsabilidade do Estado, tanto as comissivas quanto as omissivas.

A reforma da Constituição procedida pelo poder constituinte derivado, nos países que adotam o modelo de Constituição rígida e o controle da constitucionalidade das leis, determina a responsabilidade do Estado quando ofende princípios e direitos essenciais contidos na Constituição originária.

A lei inconstitucional, nos sistemas jurídicos que admitem o controle de constitucionalidade das leis, constitui hipótese de causação ilícita de danos e impõe como consequência a responsabilidade do Estado. O fundamento é o princípio da legalidade. Exige-se como prova da ilicitude a declaração prévia da inconstitucionalidade do preceito lesivo pelo tribunal de cúpula ou órgão estatal.

A prática dessa exigência onera em demasia o particular lesado que, em nosso país, não tem titularidade jurídica para o exercício da ação direta de inconstitucionalidade das leis.

Devem os tribunais ampliar a proteção aos direitos dos administrados, reconhecendo a responsabilidade estatal em ação indenizatória

²⁹ CANOTILHO, op.cit., pp.163-164, nota 7.

³⁰ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.69.

direta com declaração incidente da inconstitucionalidade da lei lesiva.

A lei constitucional, que se acha no todo ou em parte em perfeita consonância com o texto constitucional, quando lesiva aos direitos dos administrados, constitui hipótese de causação lícita de danos. A obrigação estatal resulta da prática de atos amparados por um direito legalmente reconhecido ao legislador de criar, modificar ou extinguir situações preexistentes, sacrificando bens e valores jurídicos de terceiros inferiormente valorados pela ordem jurídica.

O fundamento prevalente é o princípio da

igualdade de todos perante os encargos públicos. Exige para o seu reconhecimento a demonstração do nexa causal entre o ato legislativo e o dano, além da especialidade e anormalidade desse último.

O Estado deve ser responsabilizado pela omissão legislativa no caso dos danos resultarem da inércia do legislador ordinário em editar normas destinadas a dar operatividade prática a direitos garantidos constitucionalmente, a fim de torná-los atuantes, desde que haja fixação de prazo para emanação de tal ato.